

# ART. 323 DEL CODICE PENALE: IL REATO DI ABUSO D'UFFICIO

IL PROBLEMA INTERPRETATIVO CHE IL TERMINE "INTENZIONALMENTE"  
PONE NELL'INDIVIDUAZIONE DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO

di **Alessandra Germi**

Il reato di abuso d'ufficio è disciplinato dall'art. 323 del codice penale, tale norma è collocata nel secondo titolo del libro secondo, più specificamente nel primo dei tre capi in cui tale titolo è suddiviso, capo nel quale sono contenute le fattispecie criminose concernenti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione; ne consegue che l'abuso d'ufficio è un reato proprio, oggi, realizzabile solo da parte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio, soggetti definiti dagli artt. 357 e 358 dello stesso codice penale.

La fattispecie in esame ha subito nel tempo varie modifiche, in particolare, successivamente al suo primo inserimento nel codice Rocco, è stata oggetto sia della riforma generale dei reati contro la p.a. effettuata con la legge n. 86 del 1990, sia di un ulteriore cambiamento ad opera della legge n. 324 del 1997: la formulazione attuale del reato di abuso d'ufficio non può perciò essere compresa fino in fondo senza un rapido percorso della storia di tale fattispecie, tenuto conto che l'odierno art. 323 c.p. prende le distanze dai

suoi precedenti. L'antecedente storico del reato d'abuso d'ufficio è riscontrabile nell'art. 175 del codice Zanardelli, norma posta a tutela dei diritti del cittadino rispetto alle prevaricazioni del potere esecutivo, completamente diversa era l'ottica dell'abuso d'ufficio recepito dal codice Rocco in quanto in tal caso veniva in rilievo l'obbligo di fedeltà del pubblico ufficiale verso lo stato e la relativa violazione di tale rapporto di fi-

ducia; oggi, il bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p., letto alla luce della Costituzione, deve essere individuato nel buon andamento e nell'imparzialità della pubblica amministrazione, principi sanciti dall'art. 97 della carta costituzionale.

L'art. 323 del codice Rocco puniva il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, avesse commesso qualsiasi fatto non previsto



come reato da una particolare disposizione di legge purché l'azione fosse volta al fine di recare ad altri un danno o provocargli un vantaggio: tale disposizione delineava quindi un reato di mera condotta a dolo specifico e, se pur avesse un ruolo marginale all'interno dei reati contro la p.a., poteva essere invocata ogni volta che si riscontrassero finalità privatistiche se pur in coerenza di atti legittimi.

All'indeterminatezza di tale fattispecie, che permetteva un'indebita sovrapposizione del sindacato penale sulle scelte amministrative, si cercò di ovviare attraverso la riforma del 1990; tuttavia, con tale riforma non venne data maggiore tassatività alla norma ed inoltre, abrogati i delitti di peculato per distrazione e di interesse privato in atti di ufficio, l'abuso di ufficio, esteso anche agli incaricati di un pubblico servizio, divenne una fattispecie centrale di responsabilità penale anche perché si passò dalla formula di sussidiarietà rispetto a qualsiasi altro reato (se il fatto non è previsto come reato da una particolare disposizione di legge) a quella relativa ai soli reati più gravi (se il fatto non costituisce più grave reato).

L'abuso d'ufficio novellato dalla riforma del 1990 rimaneva, quindi, un

reato di mera condotta a dolo specifico in cui ciò che assumeva valore era il fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale e non, oppure di arrecare ad altri un danno ingiusto: anche in questo caso si permetteva al giudice di provare l'abuso indagando nei motivi dell'adozione dell'atto e dimostrando la presenza di un interesse privato con un contestuale eccessivo utilizzo della figura dell'eccesso di potere.

La successiva riforma del 1997, riformulando l'art. 323 c.p., ha trasformato l'abuso d'ufficio, da delitto di pura condotta con dolo specifico avente ad oggetto un vantaggio di stampo alternativamente patrimoniale o non patrimoniale, in delitto di evento con dolo generico, il quale si consuma soltanto con la realizzazione di un ingiusto vantaggio patrimoniale proprio o altrui oppure con la provocazione di un danno ingiusto altrui: con la legge n. 324 del 1997 il legislatore ha, quindi, reso espliciti i confini entro i quali il giudice penale è chiamato ad esercitare le sue funzioni operando una vera e propria abolitio criminis in ordine alla fattispecie concreta dell'abuso non patrimoniale.

Ciò che nella formulazione del '90 co-

stituitiva finalità dell'azione illecita, ovvero il vantaggio o il danno ingiusto, diviene ora evento del reato: l'elemento che prima insisteva sul piano soggettivo dell'incriminazione, e che oggi integra il momento oggettivo è sì rimasto lo stesso, tuttavia, se in passato bastava che il soggetto attivo agisse per procurare un vantaggio ingiusto od arrecare un danno ingiusto ora è necessario che tale vantaggio o tale danno si sia verificato in concreto, con una evidente riduzione dell'area delle condotte punibili.

Occorre evidenziare che sia il vantaggio che il danno, come già succedeva nella fattispecie precedente, devono essere ingiusti: tale requisito deve essere autonomo rispetto agli altri elementi della fattispecie astratta del reato, infatti, non può sostenersi che il vantaggio o il danno arrecato, per il solo fatto di scaturire da una condotta abusiva siano ingiusti.

Il giudice, di conseguenza, dovrà effettuare una duplice valutazione circa l'ingiustizia del fatto commesso: la prima relativa alla condotta posta in essere dal soggetto agente; la seconda, autonoma rispetto alla precedente, concernente il risultato della condotta già qualificata come illecita.

Continuando nell'analisi della nuova fattispecie, abbandonata l'infelice tautologia per la quale commetteva abuso d'ufficio il pubblico ufficiale che "abusava del suo ufficio", il legislatore del '97 ha opportunamente introdotto due condotte tassative e alternative che delineano finalmente la condotta del reato in esame: la violazione di norme di legge o di regolamento, da un lato, e l'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, dall'altro.

Specificato che tali condotte devono essere compiute nello svolgimento delle funzioni e del servizio, dato sia temporale che pertinenziale, e che possono





consistere sia in un comportamento commissivo che omissivo, per quanto riguarda la prima condotta, il legislatore ha individuato solo due fonti dal cui non rispetto potrebbe derivare l'abuso di ufficio ed ha svincolato definitivamente tale reato dall'effettiva emanazione di un atto amministrativo; inoltre, relativamente alla locuzione "violazione di norme di legge" la prevalente giurisprudenza e la maggior parte della dottrina affermano che essa debba essere ricondotta al vizio di illegittimità dell'atto con esclusione dell'incompetenza e dell'eccesso di potere, e che tale violazione debba consistere nella violazione di norme che disciplinano in modo puntuale e sostanziale l'attività del soggetto attivo del reato con l'irrelevanza del non rispetto di norme procedurali o di mero principio come lo stesso art. 97 della costituzione.

Pare opportuno sottolineare che tale visione restrittiva dell'operatività della norma in esame, certamente più aderente all'intenzione del legislatore del '97, è stata fortemente criticata in quanto, soprattutto dopo l'abrogazione dei delitti di peculato per distrazione e di interessi privati in atti pubblici, lascerebbe impunte le condotte mag-

giormente subdole le quali, se pur formalmente legittime, costituiscono un vero e proprio abuso di potere.

Tuttavia, la Corte Costituzionale nel 1998, investita della relativa questione di illegittimità, ha dichiarato costituzionale l'art. 323 c.p. specificando che la scelta del legislatore di non sanzionare penalmente condotte comunque riprovevoli ed illecite definendo restrittivamente la fattispecie incriminatrice non può essere censurata di legittimità costituzionale: le condotte che non rientrano in tale modo nell'ambito di applicazione della norma in esame, infatti, possono in ogni caso essere sanzionate con strumenti differenti da quello penale.

La seconda condotta che integra il reato in esame consiste nella mancata astensione del soggetto attivo in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto oppure in presenza di previsioni ad hoc dell'ordinamento parimenti intese a prevenire interessi di conflitto e si riferisce ai casi che in passato erano ricondotti nell'ambito di applicazione del delitto di interesse privato in atti di ufficio.

Delineati per sommi capi la condotta e l'evento di cui all'art. 323 c.p. non si

può prescindere dall'approfondire l'elemento soggettivo necessario ad integrare il delitto di abuso di ufficio: in primo luogo si deve sottolineare nuovamente che con la riforma del '97 tale fattispecie è stata trasformata da delitto a consumazione anticipata a dolo specifico (delitto di pericolo), in cui la rappresentazione del danno o del vantaggio pur integrando lo scopo del soggetto attivo non rientrava nella fattispecie oggettiva, a delitto di evento a dolo generico (delitto di danno).

Tale dolo generico consiste nella rappresentazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio della propria qualifica soggettiva e nella volontà di violare una norma di legge o di regolamento attinente alla funzione o servizi medesimi oppure di non osservare un obbligo di astensione.

Relativamente ai due eventi tipici del delitto, danno o vantaggio ingiusti, l'art. 323 c.p. specifica che essi debbano essere procurati "intenzionalmente": si deve quindi capire che cosa significhi tale avverbio e cosa aggiunga all'elemento soggettivo richiesto in capo al soggetto agente per la configurabilità del delitto di abuso di ufficio.

Tale avverbio, dato non controverso in dottrina ed in giurisprudenza, è stato previsto non per rafforzare l'elemento soggettivo, nel senso di richiedere la non equivocità della direzione della condotta dell'agente verso l'ottenimento dell'evento finale del danno o del vantaggio patrimoniale ingiusto, ma per connotarlo in una delle tre figure tipiche in cui il dolo generico è suddiviso.

Infatti, il dolo generico, grazie all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, è stato classificato in dolo intenzionale, se si persegue l'evento come scopo finale della condotta o come mezzo necessario per ottenere un ulteriore risultato, in dolo diretto, se l'evento non

costituisce l'obiettivo diretto della condotta ma l'agente lo prevede e lo accetta come risultato certo od altamente probabile della propria condotta, ed in dolo eventuale, se il rischio della produzione dell'evento appare come una delle possibili conseguenze della condotta e come tale viene accettato dall'agente.

Tenuto conto della classificazione appena esposta, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno sempre ritenuto che il dolo necessario per la configurabilità del delitto di abuso relativamente al raggiungimento dell'evento tipico non potesse in alcun modo coincidere con il dolo eventuale, ovvero con l'accettazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio del rischio di ottenere un vantaggio patrimoniale o di arrecare un danno.

Se il dolo eventuale è, dunque, sempre stato ritenuto insufficiente per integrare il delitto in esame, dall'elemento soggettivo di cui all'art. 323 c.p., dopo varie pronunce giurisprudenziali in senso contrario, è stata esclusa anche la rilevanza del dolo diretto: quindi, l'avverbio "intenzionalmente" indica che il danno o il vantaggio ingiusto debbano essere conseguenza diretta ed immediata del comportamento dell'agente e che siano da lui voluti come obiettivo del suo operato.

Una volta stabilito che è il dolo intenzionale l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 323 c.p., in giurisprudenza è stato ulteriormente chiarito che il reato in esame non sussiste ogni volta in cui il pubblico ufficiale persegua un interesse pubblico: ne consegue, quindi, che qualora l'evento tipico sia una conseguenza accessoria dell'azione dell'agente, azione diretta a perseguire in via primaria l'obiettivo di interesse pubblico, non è configurabile il dolo intenzionale e perciò il reato non sussiste, rimanendo possibile sanzionare tale condotta in sede diversa da quella penale.

L'interesse perseguito dal pubblico ufficiale, tuttavia, per poter annullare il disvalore della realizzazione degli eventi tipici, deve essere esclusivamente pubblico non essendo sufficiente un fine collettivo o politico, e, nello stesso tempo, il soggetto agente deve essere titolare del potere di perseguire tale fine non esercitando un potere che non gli appartiene.

Si deve sottolineare, dunque, che è proprio la limitazione alla sola rilevanza del dolo intenzionale a permettere di affermare, in presenza delle condizioni sopra esposte, la non sussistenza del delitto di abuso d'ufficio nelle situazioni in cui coincidano l'interesse pubblico con quello privato, anche se si deve specificare che una parte della dottrina afferma che per la configurabilità del dolo intenzionale non è necessario il perseguimento in via esclusiva del fine privato.

Con l'inserimento nell'art. 323 c.p. dell'avverbio "intenzionalmente" il legislatore, quindi, richiedendo da parte del giudice una pregnante verifica dell'elemento soggettivo, da una parte ha voluto evitare che il dolo venisse riscontrato unicamente sulla base dell'acclarata illegittimità dell'atto amministrativo o del comportamento illegittimo degli agenti, dall'altra parte ha voluto circoscrivere l'area delle condotte penalmente rilevanti.

L'accertamento del dolo non potrà fermarsi, quindi, alla verifica della volontà della condotta, ma dovrà avere ad oggetto il se quella condotta, nel contesto in cui è stata realizzata, risulti o meno conseguente causale della prospettiva di cagionare, attraverso la condotta stessa, l'evento verificatosi.

Alla luce di quanto detto, parte della dottrina non ha tardato a mettere in risalto le evidenti difficoltà di provare in capo al soggetto attivo la presenza del dolo intenzionale ed il relativo rischio di assistere ad un notevole numero di assoluzioni per insussistenza del fatto

in ordine al difetto dell'elemento soggettivo.

Sempre per quanto concerne l'elemento soggettivo del delitto di abuso di ufficio, non si deve dimenticare che alla fattispecie in esame è applicabile l'art. 47 del codice penale disciplinante l'errore di fatto che esclude la punibilità dell'agente, sia relativamente al suo comma 1, sull'errore di fatto sul fatto, che al suo comma 3, sull'errore di diritto sul fatto, quest'ultimo invocabile ovviamente solo in occasione di errore sulle norme extrapenali.

Stante il potenziale ampio ambito di operatività in materia dell'art. 47, comma 3, è necessario, caso per caso, verificare se l'errore sulla legge extrapenale vada ad incidere sul precetto, non escludendo la punibilità, od al contrario sul fatto.

L'errore di fatto o di diritto extrapenale che cada sull'ingiustizia del vantaggio o del danno escluderà il dolo, proprio come l'errore di fatto o di diritto extrapenale che vieta al pubblico ufficiale od all'incaricato di un pubblico servizio di conoscere che sta attualmente svolgendo la sua funzione o servizio e violando norme ad esso attinenti: diverso è l'errore di diritto penale sugli stessi elementi, errore che può essere valutato solo entro i limiti dell'errore scusabile (art. 5 c.p.).

Inoltre, in giurisprudenza è stato precisato che il pubblico ufficiale e l'incaricato di un pubblico servizio possono invocare, allo scopo di escludere la ricorrenza del dolo, l'ignoranza delle circostanze di fatto, anche attinenti all'ufficio, ma non l'ignoranza delle norme che disciplinano lo svolgimento delle proprie funzioni in quanto tali norme sono implicitamente richiamate dalla legge penale ad integrazione dell'ipotesi criminosa per cui la non conoscenza di esse si ripercuote non sul fatto ma sulla medesima legge penale e quindi deve considerarsi irrilevante ai fini dell'esclusione della non punibilità.