

LA RIFORMA DELL'ABUSO D'UFFICIO

a cura di

ANDREA R. CASTALDO

MARCO NADDEO



G. Giappichelli Editore

Introduzione

Una riforma incompleta?

Andrea R. Castaldo

SOMMARIO: 1. Il perché della riforma. – 2. Il significato della riforma. – 3. Il vizio antico.

I termini della questione sono noti. L'art. 23, comma 1, d.l. n. 76/2020, convertito con legge n. 120/2020, ha modificato profondamente l'art. 323 c.p. La riforma è passata senza particolari intoppi, grazie anche al suo inserimento in un contesto di misure urgenti, legate all'attuale emergenza epidemiologica. Lo stesso non può dirsi per il "dopo", dal momento che si è assistito a una serie di interventi e commenti per lo più critici e alle prime decisioni giurisprudenziali, che hanno cercato di definire (*rectius*, ridefinire) i contorni e gli spazi applicativi.

Sintetizzando e semplificando, la maggior parte degli autori ha ritenuto trattarsi di una riforma "incompleta". L'incompletezza è espressione di insoddisfazione e tradisce un implicito dissenso. Per quale ragione? O, in altre parole, il Legislatore avrebbe dovuto fare *di più* o *di meno*?

Per rispondere occorre toccare tre punti, riassumibili in:

1. il perché della riforma;
2. il significato della riforma;
3. il "vizio antico".

1. Il perché della riforma

Le ragioni ispiratrici della riforma sono evidenti: ricostruire una fiducia lacerata nei confronti dell'agente pubblico e creare maggiore serenità nel suo lavoro per recuperare l'efficienza amministrativa.

La dizione precedente dell'art. 323 c.p. era generica, non rispondente al canone di tassatività imposto dal principio di legalità costituzionalmente tutelato,

per come elaborato nella teoria generale del reato. Aveva prodotto, di converso, l'abusato fenomeno dell'"amministrazione difensiva", la "fuga dal potere di firma" per il timore dell'instaurazione di un procedimento penale.

Nell'ambito del progetto FSE POR Campania 2014-2020 "Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance", che ha visto la partecipazione di sette Università della Campania e capofila l'Università degli Studi di Salerno – Dipartimento di Scienze Giuridiche, Cattedra di Diritto Penale, è stato distribuito un questionario anonimo a 780 funzionari della Regione Campania per testare dal vivo se effettivamente il reato di abuso d'ufficio rappresentasse un ostacolo nell'attività lavorativa quotidiana. Ebbene, l'analisi statistica ha confermato come tale fenomeno negativo non equivaleva a un pregiudizio o a uno stereotipo, ma purtroppo era una amara realtà.

Esito: il 76% dei pubblici dipendenti si "rifugiava" nell'amministrazione difensiva per l'incombente timore della sottoposizione a un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 323 c.p.

Prima conferma, dunque: la "paura della firma" non è uno *slogan* fondato su *bias*, ma la pungente manifestazione del *flop* giustizialista.

Non solo. La presunta utilità della repressione affidata all'art. 323 c.p. si scontra con il fallimento degli esiti dei procedimenti penali incardinati per tale reato: le statistiche raccontano infatti una verità allarmante. Nel periodo 2012-2017, a fronte di circa 38.000 procedimenti aperti per abuso d'ufficio, si sono avute solo 316 condanne con sentenza irrevocabile¹. La montagna che partorisce il topolino.

2. Il significato della riforma

"Si poteva fare di più": un *refrain* abbastanza scontato, che muove molto spesso da prese di posizione acritiche e antagoniste per natura. Accontentiamoci di una tappa significativa, allontanandosi dal sistema binario della semiologia strutturalista, dove adjuvanti ed opposenti sono rette parallele.

Keyword della riforma, infatti, la "punibilità per sottrazione". La nuova disposizione fa riferimento alla *violazione* di specifiche regole di condotta *espressamente* previste dalla legge.

I regolamenti "sono fuori". La restrizione dell'area del penalmente rilevante si era resa indispensabile anche a fronte di orientamenti giurisprudenziali tesi ad allargare con sistematica monotonia le maglie della punibilità attraverso la "teo-

¹ A. CHERCHI-I. CIMMARUSTI-V. MAGLIONE, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la Pa*, *Il Sole 24 Ore*, 15 giugno 2020.

ria della norma interposta”, o ricomprendendo nel fatto tipico la violazione dell’art. 97 Cost.

Ancora, «dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Il messaggio veicolato dal Legislatore è estremamente nitido: il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio potranno agire “autonomamente” se titolari di un potere discrezionale e comunque quando la fonte della loro attività derivi da regolamenti. Né si tratta di una sorta di depenalizzazione mascherata, come pure si è cercato di far passare, accreditando l’idea che il decisore pubblico sarà consequenzialmente *legibus solutus*, dal momento che – a parte i reati-satellite che restano in vigore per le condotte di *malpractice* – residuano la responsabilità amministrativa, contabile, disciplinare. Un formidabile *mix* di misure preventive e repressive.

E non è tutto. Non è stata intaccata dalla riforma la violazione del dovere di astensione, che – correttamente – sanziona il favoritismo come espressione di sperequazione. È il principio di imparzialità che si cala nella realtà fenomenica, quando, a fronte di un conflitto di interessi, il pubblico dipendente ha l’obbligo di *non* agire.

3. Il vizio antico

You can’t teach an old dog new tricks: le prime applicazioni giurisprudenziali appaiono “timide”, tese a re-interpretare e costruire rinnovati spazi di tipicità, in qualche modo comprimendo la chiara intenzione della riforma di “voltare pagina” e frenare interpretazioni estensive *in limine analogiae*.

Il “vizio antico”, mai sopito, che riprende vigore. Allora, la *mutatio libelli* nei procedimenti in corso ben si presta a non lasciare presunti vuoti di tutela, individuando così reati “sentinella”, facili da contestare (ad esempio, il falso in atto pubblico, il reviviscente peculato per distrazione, l’omissione di atti d’ufficio). Si recuperano spazi di punibilità che escono dalla porta dell’abuso d’ufficio ed entrano strumentalmente dalla finestra.

Il cambio di rotta, di cui il Legislatore ha avvertito l’esigenza, non potrà mai concretizzarsi del tutto se non passerà per un cambio culturale, sopprimendo la “cultura del sospetto”: il pubblico amministratore non è, per definizione, un “soggetto a rischio” o *borderline*.

È la *forma mentis* che va sconfitta per restituire dignità di funzioni e di servizio al rappresentante delle istituzioni pubbliche e delle articolazioni dello Stato, nell’interesse della comunità. Più in generale, è indispensabile rallentare la corrente panpenalista e riconoscere al diritto penale la dignità di *extrema ratio*, utilizzando rimedi alternativi.

Le riflessioni che precedono vogliono essere una “guida alla lettura”, una

sorta di manualetto operativo e di istruzioni per maneggiare con cura la riforma dell'abuso d'ufficio. Ecco dunque che i vari contributi si snodano attraverso un percettibile collante, che tiene insieme la struttura complessiva del testo e fornisce linfa vitale all'opera di interpretazione e critica che ciascuno potrà (e dovrà) trarre.

In particolare, l'evoluzione legislativa abbastanza tormentata, riflessione con la quale si apre il testo, è indispensabile per avere una visione e una spiegazione del *pre* e del *post* della riforma. In tale ottica si spiegano le considerazioni inerenti al formante giurisprudenziale sia nel profilo oggettivo che in quello soggettivo, fondamentali per comprendere appieno le deviazioni registrate nella prassi.

La riforma del 2020 costituisce il cuore pulsante dell'opera, alla quale viene dedicato ampio spazio, anche per quanto concerne ipotesi di abrogazione secca del reato *de iure condendo*, nonché attraverso il raffronto con l'ordinamento di *common law* inglese.

Gli ulteriori contributi si soffermano su un recupero di efficienza dell'amministrazione pubblica, in una dimensione a tutto tondo che richiama i provvedimenti cautelari.

Infine, l'approccio critico complessivo alla riforma dell'art. 323 c.p. deve passare necessariamente attraverso l'analisi dell'istituto del *whistleblowing*, una realtà che si affaccia timidamente nel nostro sistema di lotta alla *malpractice* della P.A. e che viene affrontato *ex professo*, verificando il dato statistico, nelle istruttive considerazioni finali.

*L'evoluzione legislativa:
dall'abuso innominato
all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.*

Andrea Satta

SOMMARIO: 1. L'abuso di autorità. La prevaricazione del potere esecutivo, cenni all'art. 175 Codice Zanardelli. – 2. L'arretramento della soglia di punibilità. L'esercizio illegittimo del potere: la riforma dell'abuso di ufficio nel Codice Rocco. – 2.1. L'abuso innominato di ufficio. La sussidiarietà dell'art. 323 c.p. e l'abuso di potere. – 2.2. L'abuso di tipo "affaristico". La previgente disposizione dell'art. 324 c.p. – 3. La primigenia riforma del 1990. – 3.1. L'incorporazione e l'ampliamento della fattispecie. – 3.2. Il fine patrimoniale o non patrimoniale del novellato art. 323 c.p., dolo specifico e profilo dell'ingiustizia. – 3.3. Lo sviamento di potere quale paradigma di colpevolezza, prime avvisaglie. – 4. Dall'abuso di potere alla violazione del dovere. La novella del '97. – 4.1. I filtri selettori, limiti alla eccessiva dilatazione della fattispecie. – 4.2. Le condotte punibili. Il nodo dell'eccesso di potere nella sua particolare accezione dello sviamento di potere. – 4.3. Il danno e il vantaggio ingiusto quali "corazza" del penalmente rilevante. Il dolo intenzionale – 5. La burocrazia difensiva e la ritrosia alla firma, motivi della riforma del d.l. n. 76/2020, cenni al novellato art. 323 c.p.

1. L'abuso di autorità. La prevaricazione del potere esecutivo, cenni all'art. 175 Codice Zanardelli

L'abuso del funzionario pubblico è stato storicamente inteso, sin dal *Codice Napoleone* del 1810, passando attraverso il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819, e per giungere, infine, al *Codice Zanardelli*¹ del 1889, quale forma

¹ Nel Codice per lo Regno delle Due Sicilie, all'art. 234, si disponeva: «Ogni ufficiale pubblico o impiegato che comanda o commette qualche atto arbitrario, sia contro la libertà individuale sia contro i diritti civili di uno o più cittadini, sarà punito colla interdizione dalla carica da un anno a cinque. Se l'atto arbitrario si commetta per soddisfare una passione o un interesse privato, l'ufficiale pubblico che lo comanda o commette sarà inoltre punito colle relegazioni, salvo le pene maggiori nei casi stabiliti dalle leggi», cfr. *Codice per lo Regno delle due Sicilie, parte seconda, leggi penali*, Rist. anast., Padova, 1996, p. 56.

di *prevaricazione*² del potere esecutivo contro le emergenti libertà individuali dei cittadini.

La caratterizzazione dell'abuso di ufficio nei codici ottocenteschi, si rinveniva nella strutturazione del delitto nelle forme dell'*abuso di autorità*, quale "angheria" del potere pubblico verso i nascenti diritti civili dei consociati, e contemplava, quale presupposto indefettibile della fattispecie, un atto *arbitrario* quale condotta modale dell'agire del pubblico ufficiale, e più raramente recava la dovuta attenzione al, ugualmente sentito, e costantemente emergente, fenomeno del clientelismo affaristico.

Con la norma contenuta nell'art. 175 del Codice Zanardelli del 1889³, più specificamente, si assisteva ad una omogeneizzazione tra differenti condotte di abuso di autorità, prevedendosi la sanzione penale, sia per la condotta del "pubblico ufficiale che abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge", sia per la condotta del funzionario pubblico "qualora agisca per un fine privato".

Il reato di abuso di ufficio, nella versione suddetta del 1889, si preoccupava non solo di inibire tutte quelle condotte (indeterminate) di abuso che fossero finalizzate all'esercizio di un potere indebito di ingerenza e sopruso verso, ed in contrasto, ai diritti dei privati cittadini, ma anche di salvaguardare gli interessi economici dei privati e della stessa Pubblica Amministrazione allorché l'azione di abuso fosse stata adottata per il perseguimento del fine privato clientelare.

La norma venne costruita quale reato di danno, e ciò trovava conferme esplicite nella *ratio* sottostante tesa ad evitare le vessazioni a cui i privati venivano esposti dall'agire incontrollato dei pubblici ufficiali, che non trovassero già adeguata forma di sanzione in altre fattispecie di reato più specifiche e nominate. Ed infatti, la fattispecie di cui all'art. 175 Codice Zanardelli apriva alla concezione, consolidatasi nel tempo, della norma relativa all'abuso di ufficio quale norma di chiusura dell'intero sistema, ed a tutela degli abusi *innominati*, da invocarsi quale condotta modale *aspecifica* dell'agire illegittimo ed abusivo del funzionario pubblico.

E così sin dalla sua nascita, in culla, l'abuso di ufficio (di autorità) venne

² Sul punto Carrara riteneva l'abuso di autorità una «garanzia contro i poteri temuti, ovvero di difesa dei cittadini dalle aggressioni alla libertà fisica e morale poste in essere dai pubblici funzionari», così A. GARGANI, *L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1224 ss.

³ L'art. 175 del Codice Zanardelli così disponeva: «Il pubblico ufficiale, che, abusando del suo ufficio, ordina o commette, contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni ad un anno, e qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione».

aspramente criticato⁴ per la eccessiva *dilatazione* dei contenuti precettivi della norma che, intesa e realizzata quale norma di chiusura, non garantiva alcun controllo predeterminato sulla ampia nozione di abuso e di arbitrarietà dell'atto. L'abuso di autorità sarebbe divenuto penalmente rilevante in ogni circostanza in cui l'atto assunto fosse stato arbitrario, e quindi, realizzato *non iure*, e ciò a discapito della esigenza di tipizzare le *categorie* di atti illegittimi assunti dal funzionario pubblico e da assimilare al concetto di arbitrarietà.

Si considerava arbitrario, in altre parole, tutto ciò che fosse contrario all'esercizio della funzione conferita al funzionario pubblico, e che, nel contempo, nuocesse direttamente o indirettamente agli interessi e diritti dei privati, rimettendosi la valutazione circa la illiceità penale del fatto realizzato, proprio all'evento di danno patito dal privato.

La caratterizzazione della condotta illecita veniva, così, a confondersi con la evidenza *ex post* del danno subito dal privato interessato o coinvolto dall'azione abusiva del funzionario pubblico o, per altro verso, veniva assorbita dal vantaggio offerto al privato, nell'aver abusato dell'agire pubblico per finalità di favoritismo affaristico. Di qui la netta percezione che la norma incriminatrice dovesse ineluttabilmente procedere ad un drastico *arretramento* della propria soglia di punibilità e dovesse trasferire anche all'elemento psichico criteri di *selezione* dell'area del penalmente rilevante attraverso la indagine della *finalità* perseguita dall'agire infedele del funzionario pubblico. E così, come vedremo *infra*, la disposizione normativa del Codice Rocco in materia di abuso di ufficio andrà a sostituire la nozione di atto arbitrario con quella di "fatto".

2. L'arretramento della soglia di punibilità. L'esercizio illegittimo del potere: la riforma dell'abuso di ufficio nel Codice Rocco

2.1. L'abuso innominato di ufficio. La sussidiarietà dell'art. 323 c.p. e l'abuso di potere

Prendendo atto del *deficit di tipicità* della norma di cui all'art. 175 del Codice Zanardelli, il legislatore del 1930 intervenne, *in subiecta materia*, cercando di ovviare alle vaghezze ed indeterminanze, ancorando le condotte modali, in cui si estrinsecava l'abuso, alle categorie ed ai motivi di annullamento dell'atto

⁴In dottrina A. MANNA, *Abuso di ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, il quale rileva che già la fattispecie del 1889 presentasse un "difetto endemico di tipicità" al quale si cercò di porre riparo ricorrendo alla nozione di atto arbitrario, comunque "sinonimo" di abuso, e al "modello del reato di danno".

amministrativo, secondo le regole proprie di tale ramo dell'ordinamento e la disciplina dei relativi vizi.

Si realizzò la nuova fattispecie incriminatrice mantenendone la natura giuridica di reato *generico* e *sussidiario*, confermandone la sua naturale funzione di chiusura, supplementare⁵, rispetto a tutte le fattispecie incriminatrici che reprimavano abusi nominati di autorità. Così che l'abuso *innominato* di ufficio residuasse come ultimo baluardo del sindacato penale sull'agire del funzionario pubblico allorché si fosse abusato dei "poteri inerenti alle funzioni".

Così si prevede nell'art. 323 c.p. il seguente precetto normativo, che resterà invariato fino agli anni '90: «*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 da lire ventimila a quattrocentomila*».

In tal modo l'abuso di autorità si trasformò in *abuso di potere* convergendo l'attenzione del legislatore del 1930 sull'esame della condotta abusiva tenuta dal funzionario pubblico piuttosto che sul danno o sulla limitazione al diritto subito dal privato.

Apparve evidente che si fosse voluto tenere fuori dall'abuso di potere il diverso caso della usurpazione del potere, non conferito dalla legge al funzionario pubblico, richiedendosi per la realizzazione del fatto tipico del reato un *cattivo uso* di poteri *realmente* affidati al funzionario pubblico. Del pari emerse cristallina la *voluntas legislatoris* di vincolare la prognosi sul giudizio circa la abusività della condotta al ricorrere di violazioni già passibili di sindacato in sede amministrativa per vizi di legittimità⁶. E così si ritenne essere abuso di potere non solo la condotta che avesse ecceduto i poteri, per inosservanza delle formalità prescritte dalla legge nel suo esercizio, ma anche le forme di eccesso/abuso di

⁵ *Relazione Ministeriale sul progetto del codice penale*, II, p. 132 «L'opportunità, se non la necessità, d'una disposizione che configuri questo delitto sussidiario, appare indiscutibile. Senza questo titolo generico, supplementare, di delitto, rimarrebbero impuniti quegli abusi dei pubblici ufficiali, che non potessero farsi rientrare in alcuno dei titoli specifici di reato, con i quali si reprimono gli abusi nominati d'autorità»; in dottrina E. CONTIERI, voce *Abuso innominato di ufficio*, *Enciclopedia del diritto*, Vol. I, Milano, 1958, p. 190.

⁶ *Relazione Ministeriale sul progetto del codice penale*, II, pp. 132 e 133 «Troppo vago e indeterminato appare il concetto di abuso di ufficio. Mi sembrò, in un primo momento, necessario precisare le forme nelle quali l'abuso si estrinseca, e cercai di ottenere la maggiore possibile completezza attingendo la nozione di tali forme dal diritto amministrativo, ossia dalla classificazione dei motivi di annullamento dei provvedimenti emessi da enti pubblici. Solo da tale classificazione può trarsi un esatto criterio per le previsioni e distinzioni di atti arbitrari del pubblico ufficiale, lesivi di interessi altrui [...] ho considerato che la formula tradizionale dell'abuso di potere rispecchi, in sintesi, con sufficiente esattezza tutte le varie possibilità di comportamento illegittimo del pubblico ufficiale [...]».

poteri, rispettose delle formalità, ma relative allo sviamento nell'esercizio del potere discrezionale. In particolare si tese a valorizzare la c.d. "arbitrarietà soggettiva" quale forma di eccesso di potere sintomatica del fenomeno per il quale il funzionario pubblico, pur agendo nel rispetto di ogni condizione formale prevista dalla legge per l'esercizio del suo potere, anche discrezionale, avesse agito o si fosse determinato ad agire per soddisfare uno *scopo diverso* da quello da perseguire a causa della funzione rivestita.

Sul punto della determinatezza del concetto di abuso dei poteri la Corte Costituzionale non tardò a sdoganarne la legittimità costituzionale⁷.

Da molti si dedusse pertanto un arretramento della soglia di punibilità del reato, poiché, nella volontà del legislatore del 1930, si scorse la intenzione di sottoporre a giudizio l'agire abusivo valorizzandosi in maniera assorbente il solo *disvalore penale della condotta*, piuttosto che il disvalore di evento, e quindi il danno provocato al privato dall'agire abusivo ed infedele del funzionario pubblico. La norma, in altre parole, sembrò porsi a contrasto di ogni forma di *infedeltà*⁸ del pubblico funzionario, mutando la prospettiva di tutela da quella relativa ed incentrata sull'interesse/diritto del privato leso, a quella di stretto interesse al buon funzionamento della Pubblica Amministrazione, espressiva della concezione *egocentrica* dello Stato, propria di quel periodo storico dominato da culture nazionalsocialiste.

La eccezionale mole di possibili abusi di potere venne, però, a trovare adeguata limitazione attraverso la valorizzazione *finalistica* dell'agire abusivo del funzionario pubblico, tanto che si prevede l'elemento psicologico del dolo specifico consistente nel fine di "recare ad altri un danno o di procurargli un van-

⁷ Cfr. Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 7, in *Giur. cost.*, 1965, p. 50; in dottrina T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso di ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, il quale rileva che «l'abuso innominato [...] avrebbe, di lì a poco, superato anche il vaglio di legittimità. La Corte Costituzionale ritenne, infatti, che il concetto di abuso dei poteri inerenti le funzioni pubbliche fosse sufficientemente definito, essenzialmente perché basato sull'identificazione di un vizio di legittimità dell'atto compiuto dal pubblico ufficiale e su una finalità privata idonea a caratterizzare la direzione illecita del potere».

⁸ Ed infatti, nelle intenzioni del legislatore del 1930, si sarebbe dovuto introdurre nell'art. 329 c.p. una incriminazione specifica della infedeltà amministrativa *sub specie* di condotta del funzionario pubblico che si rendesse infedele nell'adempimento dei doveri dell'ufficio o del servizio, in modo da compromettere il prestigio o gli interessi della Pubblica Amministrazione. Tale intenzione fu fatta decadere poiché come si legge nella *Relazione Ministeriale su progetto del codice penale*, II, p. 135 «Si ritenne eccessivo, dopo le numerose disposizioni sugli abusi nominati e la previsione anche dell'abuso generico e innominato di autorità, dettare ancora altre norme di carattere generico e sussidiario in questa materia. Si osservò che la nuova disposizione, con la sua formula indeterminata e generica, poteva riuscire pericolosa, prestandosi alle esagerazioni di un eccesso di zelo nella persecuzione penale a tutela dei beni e interessi della pubblica amministrazione [...]»; in dottrina L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976.

taggio”, da considerarsi, evidentemente già allora, *ingiusto*, di carattere patrimoniale e non ancora non patrimoniale.

E così per tale via accanto alla lesione, inevitabile e costante, del bene giuridico del buon funzionamento della Pubblica Amministrazione poteva, nel caso in cui il danno o il vantaggio si concretizzassero, aversi lesione del bene giuridico patrimoniale del privato.

2.2. L'abuso di tipo affaristico. La previgente disposizione dell'art. 324 c.p.

Il legislatore del 1930 preferì differenziare, dall'abuso di ufficio *stricto sensu* di cui all'art. 323 c.p., la connessa e problematica tematica del c.d. *conflitto di interessi*, prevedendo una disciplina *ad hoc* per l'infedeltà del funzionario pubblico proteso al perseguimento del proprio o dell'altrui interesse privato, collidente con l'esercizio del potere esercitato in funzione dell'ufficio rivestito. E così si disciplinò all'art. 324 c.p. l'interesse privato in atti di ufficio: «*Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire quarantamila ad ottocentomila*»⁹.

Nella interpretazione originaria della norma, si postulò che il «prendere un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione» significasse ritenere penalmente rilevante anche la condotta del funzionario pubblico protesa al soddisfacimento di un interesse privatistico nell'ambito, però, di un esercizio del potere che nella sua esplicitazione risultasse formalmente conforme alla legge. Ciò lasciò presagire la necessità, che in ipotesi siffatte, si dovesse indagare quale fosse il reale *movente* dell'agire del pubblico ufficiale, e se cioè vi fosse corrispondenza effettiva nel binomio, implicitamente presupposto dalla norma, *atto legittimo-sfruttamento indebito* della funzione, per giungere, in maniera non equivoca, a sanzionare la condotta assunta. Che, del resto, questa indagine, tesa a dimostrare il perseguimento dell'interesse privato, fosse particolarmente complessa, risultava evidente sia per la difficoltà *in re ipsa* di dimostrare tale finalità della volontà, soprattutto in quelle ipotesi che non fossero trasmodate in corruzione impropria, sia per la ulteriore ed assorbente considerazione che il pubblico ufficiale sarebbe stato tacciato, in caso di inazione per concomitante

⁹ In dottrina R. PANNAIN, *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Arch. pen.*, 1965, I, p. 117; F. BRICOLA, *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 72; C.F. GROSSO, *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, 1966; D. SANTAMARIA, *La condotta punibile nell'interesse privato in atti di ufficio*, Napoli, 1965.

conflitto di interessi, di omissione di atti di ufficio, ed in ciò avrebbe potuto simulare, giustificandola, la spinta volitiva alla azione.

La tipicità della fattispecie apparve quindi del tutto carente non essendosi specificamente valorizzata, anche qui, la finalizzazione della condotta del funzionario pubblico verso la forma della *prevaricazione* e *sfruttamento*¹⁰ della funzione esercitata, seppur nell'ambito della legittimità formale.

Prendere un interesse privato, allora, sarebbe dovuto diventare, per sanare tali profili di indeterminatezza della fattispecie, sinonimo di svolgimento del pubblico potere conferito dalla legge, esercitato in ossequio ai principi e condizioni formali e sostanziali regolatori del detto potere, in vista però di una finalità illecita privata propria od altrui.

Era, da tale punto di vista, prossima l'emersione del tema del *conflitto di interessi*¹¹, essendosi da molti rilevato che non necessariamente l'interesse pubblico e quello privato dovessero trovarsi in conflitto l'uno con l'altro, essendo sufficiente la mera incompatibilità funzionale e la indebita *ingerenza profittatrice*¹².

Che si trattasse solo di interesse privato in atti "legittimi" del funzionario pubblico, risultava evidente dalla netta differenziazione di questo caso da quello dell'interesse privato perseguito con la realizzazione di atti illegittimi, e cioè al di fuori del perimetro dei presupposti e connotati sostanziali e procedurali legittimanti l'esercizio del potere. L'essenza del disvalore penale della condotta di cui all'art. 324 c.p., risiedeva nel fatto del pubblico ufficiale che prendesse un interesse privato, e cioè, in definitiva, nell'obbligo di astenersi dall'esercitare, seppur a tanto *legittimamente abilitato*, un potere conferito dalla legge, nei casi di possibile conflitto di interessi.

3. La primigenia riforma del 1990

3.1. L'incorporazione e l'ampliamento della fattispecie

Dalla natura residuale, assegnata all'abuso di ufficio dal Codice Rocco, negli anni '90, si passò, con il primo intervento di riforma avvenuto con la legge 26

¹⁰ A. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 16, che evidenzia: «fondamento comune tra le fattispecie di cui agli artt. 323 e 324 c.p., consistente proprio nella strumentalizzazione, o sfruttamento, del pubblico potere ...».

¹¹ A. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 16, che rileva: «Era, dunque, *in nuce*, la tematica del conflitto di interessi, pur se, a nostro sommo giudizio, ancora sottovalutata, ma bisogna tenere anche conto del fatto che non si era a quel tempo "legislativamente" sviluppato il *pendant* privatistico dell'abuso di ufficio, ovvero sia l'infedeltà patrimoniale».

¹² Cfr. Cass. 30 novembre 1970, in *Giust. pen.*, 1972, II, p. 429; Cass. 9 gennaio 1979, in *Giust. pen.*, 1980, II, p. 676.

aprile 1990, n. 86 di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., ad attribuire, differentemente dal passato, una posizione centrale ed assorbente al nuovo abuso di ufficio¹³.

La prima evidenza di ciò la si percepì attesa la incorporazione del *peculato per distrazione* e dell'*interesse privato in atti di ufficio* nella nuova fattispecie di cui all'art. 323 c.p., che per tale motivo andava a marcare lo spazio di tipizzazione normativa precedentemente ricoperto dalle due diverse norme degli artt. 323 e 324 c.p.

Non solo, ma si evidenziò un *inasprimento* della pena quale conferma dell'assorbimento nella stessa fattispecie di cui all'art. 323 c.p. della ipotesi delittuosa del *peculato per distrazione*, che appunto veniva espunto dall'art. 314 c.p.

La sussidiarietà della norma prevista in origine dal Codice Rocco venne limitata alle sole ipotesi di reato più gravi, con estensione dell'ambito di operatività del novellato art. 323 c.p. anche ai comportamenti omissivi del pubblico ufficiale, e la *estensione soggettiva*, di non poco momento, della ipotesi di reato anche all'incaricato di pubblico servizio con ampliamento fisiologico delle ipotesi penalmente rilevanti, attesa la possibilità di sussumere nella fattispecie gli atti assunti dall'incaricato di pubblico servizio, non tipicamente attribuiti alla competenza funzionale del pubblico ufficiale.

E così l'art. 323 c.p. venne novellato con la seguente formula: «*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*»¹⁴.

¹³ In dottrina T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, p. 595 ss.; ed ancora T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso di ufficio*, cit., p. 5, che ritiene: «L'art. 323 venne riformulato essenzialmente allo scopo di poter fungere da *legatario* di una parte delle condotte originariamente sussumibili nell'art. 314 e nell'art. 324 c.p., assicurando (almeno secondo le intenzioni) un filtro selettivo più adeguato a definire la loro offensività».

¹⁴ In dottrina A. MANNA, *Abuso di ufficio*, cit., p. 20, critica la previsione normativa sulla base della considerazione per cui: «Il legislatore [...] nel testo definitivo preferì la generica locuzione *abusa del suo ufficio*, che così sostituiva quella, pre-vigente, dell'*abuso di poteri inerenti alle funzioni*, anche perché la norma, questa volta era stata giustamente estesa all'incaricato di un pubblico servizio. Il *paradosso normativo* [...] la condotta ha subito [...] un lento, ma inesorabile processo di *volatilizzazione*, con gravi pericoli per il principio di precisione, solo attenuati [...] dall'intervento del dolo specifico».

3.2. Il fine patrimoniale o non patrimoniale del novellato art. 323 c.p., dolo specifico e profilo dell'ingiustizia

La caratterizzazione della finalità della condotta, con l'introduzione dell'elemento psicologico del *dolo specifico*, fu il tratto tipico della prima riforma del 1990 poiché tese a valorizzare, da un lato, la natura del bene conseguibile all'esito della attività abusiva del funzionario pubblico, e dall'altro lato, a valorizzare il connotato della ingiustizia del risultato.

L'ingiustizia del danno o del vantaggio (patrimoniale e non) fu considerato elemento che aggiungeva alla fattispecie incriminatrice rilievi significativi, espressione diretta delle scelte di politica criminale, ostative e di rifiuto di quelle tese a punire per la mera infedeltà del funzionario pubblico che avesse agito adottando atti illegittimi. Il rifiuto si evidenziò allorché, si riconobbe che l'illegittimità dell'atto potesse qualificare ipotesi di abuso di ufficio penalmente rilevanti, solo alla condizione della finalizzazione alla realizzazione dell'evento del vantaggio o del danno *non iure datum*. Con la conseguenza che l'agire illegittimo del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, che non avesse finalizzazione o non avesse realizzato lo scopo ingiusto, veniva ad essere sottratto dall'area del penalmente rilevante, nel tentativo di recuperare profili di materialità alla fattispecie criminosa oramai abbandonati dai tempi remoti dello schema delittuoso dell'abuso prevaricatore ed in danno del privato cittadino, proprio dei codici ottocenteschi.

Nella valutazione del profilo della ingiustizia, connotata in termini di *illiceità speciale*¹⁵, si incentrò il giudizio di disvalore penale del fatto realizzato dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, tanto da ritenersi necessario, a tal fine, e per definire il contenuto precettivo dell'ingiustizia, ricorrere ad ogni criterio normativo per poter qualificare il risultato dell'azione abusiva come ingiusta, attraverso il fenomeno della etero integrazione del precetto penale.

In relazione al fine perseguito, al dolo specifico richiesto dalla novellata fattispecie dell'art. 323 c.p., si ebbe modo di comprendere che il legislatore avesse voluto, anche per meglio tipizzare la fattispecie, valorizzare le istanze punitive

¹⁵ In dottrina A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione, prospettive di riforma*, Napoli, 2006, p. 136 ss., il quale rileva: «con la qualifica del profitto e del danno in termini di illiceità speciale, in quanto intrinsecamente ingiusti, si è vincolata la rilevanza penale dell'atto illegittimo all'ulteriore requisito secondo cui il risultato prodotto si riveli di per sé non *iure dato*. Da ciò, quindi, non deriva la necessaria ed automatica consequenzialità tra illegittimità dell'atto ed ingiustizia del profitto o del danno inferto, registrandosi un netto rifiuto dell'equivalenza *illegittimità-ingiustizia*: quest'ultima, infatti, sarebbe frutto di un'autonoma valutazione ispirata anche a criteri indiretti di riferimento ordinamentale».

sottese al profilo dello sfruttamento dell'ufficio per il perseguimento di finalità diverse da quelle assegnate al funzionario pubblico in maniera istituzionale, e come detto, sminuire quelle espressive della mera infedeltà agli interessi della Pubblica Amministrazione.

La finalità della condotta penalmente rilevante venne caratterizzata dalla strumentalizzazione allo scopo privato della funzione rivestita (e dallo stesso agire *contra ius*) del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, in grado di *assimilare*, pienamente, il disvalore delle condotte di c.d. *favoritismo affaristico*, proprie del previgente art. 324 c.p., e di *distrazione per peculato*, espunte dalla norma in cui erano precedentemente contenute (art. 314 c.p.).

In particolare la finalità non patrimoniale, che esitava dalla previsione normativa «procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale [...] arrecare ad altri un danno ingiusto», conteneva sia fatti di prevaricazione del potere pubblico in danno del privato, sia fatti di sfruttamento privato dell'ufficio per il conseguimento di vantaggi a carattere non patrimoniale. Viceversa, la finalità patrimoniale «procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale», esprimeva in tutta evidenza la *voluntas legislatoris* di reprimere quei fatti di c.d. favoritismo affaristico, in sé coinvolgendo le espunte condotte di peculato per distrazione.

La diversità dell'interesse, bene giuridico, coinvolto nelle ipotesi suddette aveva indotto parte della dottrina a ritenere le ipotesi del comma 1 del tutto disgiunte ed autonome da quelle del comma 2 dell'art. 323 c.p.¹⁶, altra a ritenere il comma 2, invece, una circostanza aggravante.

Il *trait d'union* delle due fattispecie era però certamente collegato all'elemento psicologico del dolo specifico, lanterna lueggiante i profili di tipicità della rilevanza penale dei fatti di abuso di ufficio. L'attenzione si spostava sull'*accertamento* della *volontà finalistica* dell'agire infedele del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, tralasciandosi di determinare, con maggiore chiarezza, sia i profili relativi alla legittimità-illegittimità dell'azione assentita dal potere pubblico al funzionario, sia tralasciandosi il non marginale profilo di richiedere il concretizzarsi di un danno per la Pubblica Amministrazione e per il privato cittadino.

I filtri selettori della norma vennero esclusivamente affidati al dolo specifico, doppio dolo specifico nella specie, con evidenti ricadute sia sulla materialità del fatto di abuso, assolutamente indeterminato, e sia sulla previsione della realizzazione del danno del tutto assente, se non in termini di mera volontà perseguita¹⁷.

¹⁶G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale, I, Appendice*, Bologna, 1991, p. 27; nello stesso senso cfr. App. Palermo, 29 maggio 1990, in *Foro it.*, 1990, II, p. 638.

¹⁷V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso di ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 191 ss.