

**Riflessioni sul reato di abuso d'ufficio a margine del seminario  
"Responsabilità erariale e penale dei pubblici dipendenti", ItaliaDecide  
18 settembre 2017  
di Fabio Pinelli**

Affrontare il tema della paralisi o del rallentamento dell'azione amministrativa, in ragione delle possibili ricadute di essa in ambito penale, richiede anzitutto l'aver adeguatamente riflettuto su un dato di fatto: l'esistenza di una zona grigia nella quale la linea di confine tra azione amministrativa *non iure* e condotta penalmente illecita risulta essere sottile, di uno spazio aperto al possibile coinvolgimento del pubblico funzionario in un procedimento penale per la violazione dell'art. 323 c.p.(l'abuso di ufficio).

Per cercare di affrontare la questione problematica - chiaramente leggibile nelle statistiche giudiziarie - connessa al dato per il quale solo una parte minima dei processi per abuso d'ufficio si conclude poi con una sentenza di condanna, è opportuno muovere l'analisi differenziando il piano sostanziale della responsabilità penale, da quello procedimentale nel coinvolgimento delle indagini. E questo per comprendere come intervenire in ciascuno di essi, in concomitanza con un'azione correttiva di governo dell'azione amministrativa.

La riflessione deve muoversi su piani diversi, in modo sinergico, con l'obiettivo di rendere più connotata l'incriminazione dell'art. 323 c.p., favorendo una più trasparente e proceduralizzata azione amministrativa (uniformandola e oggettivizzando il più possibile le valutazioni e le determinazioni che precedono l'azione stessa), e fissando delle scansioni procedimentali che favoriscano la mancata attivazione del procedimento penale o, quantomeno, una conclusione anticipata e rapida delle indagini.

Iniziando l'analisi dal piano sostanziale della responsabilità penale, vanno anzitutto ricordati gli sforzi compiuti dal legislatore, prima nel 1990 e poi nel 1997, per ridefinire un contenuto precettivo tassativo del reato di abuso d'ufficio.

Effettivamente, essendo pretesa dall'incriminazione la violazione di legge o di regolamento, ovvero l'omessa astensione in caso di conflitto

d'interessi, nello svolgimento delle funzioni e del servizio, oggi la condotta del reato di abuso d'ufficio è certamente meglio tipizzata rispetto al passato. Lo stesso dicasi per l'evento del reato, indicato nell'ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero in un danno.

Di talché, per potersi configurare il reato, sul piano oggettivo, è necessaria la compresenza della cd. doppia ingiustizia, sia della condotta - la violazione di legge e assimilati - sia dell'evento di vantaggio o di danno, che non deve spettare in base al diritto oggettivo regolante la materia. Doppia ingiustizia che non può essere né desunta, né presunta, dalla sola utilizzazione di un mezzo ingiusto per perseguirla, ma deve essere accertata in concreto come requisito ulteriore, rispetto alla condotta *contra ius*.

Tutto ciò sostenuto da un elemento psicologico particolarmente penetrante, il dolo intenzionale, che deve riguardare la deliberata volontà del pubblico ufficiale di agire *contra legem* per procurare un vantaggio o causare un danno ingiusto; con la conseguenza che, ad esempio, il comportamento illegittimo del pubblico ufficiale, che persegua comunque una finalità pubblicistica quale *ratio* della propria azione, determina l'esclusione del dolo intenzionale e di conseguenza il reato.

La norma attualmente in vigore, testé brevemente analizzata, era stata voluta dal legislatore per perseguire una serie molteplici di scopi, quali (a) arricchire la precisione del fatto di reato, delineando in maniera più netta e oggettiva i comportamenti punibili, prima descritti con la connotazione generica di "abusa del suo ufficio"; (b) circoscrivere l'ambito della punibilità, prevedendo un evento consumativo del reato, che ha trasformato il modello di incriminazione da reato a dolo specifico, a reato di evento sul piano degli effetti patrimoniali della condotta; (c) evitare il più possibile la penetrazione dell'Autorità giudiziaria penale in settori riservati istituzionalmente all'attività discrezionale della pubblica amministrazione, la cui eventuale illegittimità doveva rimanere emendabile o comunque sanzionabile all'interno dell'ambito amministrativo, eventualmente giurisdizionale e contabile.

Alla prova dei fatti, la novella normativa del 1997 è riuscita nel suo intento con particolare riferimento all'individuazione dell'evento del

reato, mentre, quanto a tassatività descrittiva della condotta sembra vi sia riuscita solo in parte, essendo risultata non particolarmente significativa, in termini di precisione, la nozione di "violazione di legge", estesa dal diritto vivente anche all'inosservanza del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ci sui all'art. 97 della Costituzione.

È quindi certamente da mettere in campo ogni possibile sforzo riformatore, finalizzato a tipizzare con maggiore dettaglio, nella norma incriminatrice, quali tipologie di violazioni di legge siano idonee a degenerare, dal piano della mera illegittimità amministrativa, a quello dell'illiceità penale. Necessario appare rafforzare la tipizzazione delle condotte vietate, facendo esplicito riferimento, nel disposto normativo, in luogo che ad una generica "violazione di legge", alle sole disposizioni di legge strumentali alla regolarità dell'attività amministrativa. In altri termini, alle sole violazioni di quelle norme che vietano in modo specifico un comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio.

Ciò potrebbe non bastare a superare il problema del numero elevato di iscrizioni di procedimenti penali e di dibattimenti inutili, laddove si continuasse a considerare la celebrazione del processo il luogo di verifica se tale violazione di legge abbia determinato altresì la seconda ingiustizia del profitto o del danno; il tutto con azione intenzionale da parte del pubblico ufficiale.

Diventa allora opportuno pensare a degli strumenti conoscitivi, per il P.M. e per gli investigatori, in grado di far apprezzare loro, sin dal momento dell'inizio delle indagini, l'atteggiamento complessivo del pubblico dipendente e le ragioni che lo hanno autenticamente mosso ad un determinato comportamento.

Rispetto a questo obiettivo, un modello da considerare, anche in relazione al tema dell'azione amministrativa, potrebbe essere quello dell'efficacia liberatoria, sul piano sostanziale, del rispetto di Linee Guida adottate a governo dell'azione stessa.

L'idea di predisporre Linee Guida nell'attività della P.A. merita di essere coltivata, essendo utile qualsiasi strumento finalizzato a promuovere l'effettività e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Le Linee Guida sono - mutuando una definizione della Corte di Cassazione (Cass. Pen. Sez, IV, 20.04.2017, n. 28187)- (a) direttive; (b) hanno contenuto orientativo; (c) esprimono raccomandazioni, nell'intento di uniformare e oggettivare le valutazioni e le determinazioni che precedono un'azione, sottraendola dall'incontrollato soggettivismo.

La loro osservanza può costituire uno scudo protettivo contro istanze punitive non giustificate.

Infatti, la dimostrazione, da parte del pubblico dipendente, di aver agito, in una determinata vicenda amministrativa, in stretta osservanza delle Linee Guida, sarebbe strumento di agevole e preventiva rappresentazione, in fase di acquisizione della notizia di reato, dell'assenza di qualsiasi illiceità penale nell'adozione di un provvedimento, quantomeno sul fronte dell'elemento psicologico di sostegno dell'azione criminosa.

Le Linee Guida potrebbero inoltre prevedere, di fronte a situazioni di permanenza di criticità nella comprensione della correttezza di una determinata scelta discrezionale del pubblico dipendente, l'obbligatorietà della previa acquisizione, da un soggetto terzo tecnicamente autorevole, di un parere *pro veritate*, l'adesione al quale potrebbe agire da strumento dimostrativo dell'assenza del dolo di sostegno di una determinata condotta, eventualmente illegittima.

Del resto, il modello teorico della proceduralizzazione, attraverso direttive e raccomandazioni, di determinate azioni positive, contraddistingue in modo sempre più marcato diversi ambiti della nostra legislazione, anche sanzionatoria, che prevedono profili d'irresponsabilità quale conseguenza diretta del rispetto di determinati protocolli di azione.

Da questo punto di vista, il moto espansivo della responsabilità penale delle persone giuridiche, per i fatti di reato commessi dai vertici apicali degli Enti, nell'interesse o a vantaggio di essi, può essere utilizzato quale utile *tertium comparationis*.

Il catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli Enti, infatti, è sempre più ampio e comprende un'articolata pluralità di delitti.

Rispetto ad essi, seppur in relazione al solo Ente, l'adozione e l'efficace attuazione di un M.O.G.C. esclude, allorquando viene commesso il reato presupposto, la punibilità dell'Ente.

Purtuttavia, la scelta recente del legislatore, con la Legge Gelli, di richiamare, direttamente nella norma incriminatrice, il rispetto delle Linee Guida quale causa di esclusione della punibilità, non sembra immediatamente replicabile in relazione all'abuso d'ufficio, e questo per un duplice ordine di criticità.

La prima sembra essere sistemica, nel senso che la scelta operata dalla Legge Gelli, nel prevedere la non punibilità dell'agente per l'azione imperita rispettosa delle Linee Guida, fa riferimento alla sola responsabilità a titolo di colpa, vale a dire alla responsabilità per un'azione lecita e regolamentata sul piano cautelare. Mentre il pubblico funzionario va protetto rispetto a responsabilità che sono normalmente dolose, avendo ad oggetto condotte illecite che, quantomeno a livello di contestazione, sono considerate, in capo all'agente, rappresentate e volute per tali.

Non è, dunque, immediatamente agevole, da un punto di vista dogmatico, pensare alla spendibilità del modello tracciato dalla Legge Gelli anche in relazione al reato di abuso d'ufficio.

La seconda criticità, di carattere applicativo, è per certi versi del tutto indipendente dalla scelta del Legislatore, perché attiene al rischio concreto che essa possa essere vanificata, di fatto, dalla sua applicazione giurisprudenziale.

I primi interventi della Corte di Cassazione, proprio sulla Legge Gelli, da questo punto di vista sono paradigmatici.

Il Legislatore si è (*rectius*: era) fatto portatore di una forte assunzione di responsabilità politica: contro il rischio, pericolosissimo, dell'inazione terapeutica quale conseguenza dell'atteggiamento della cd. medicina difensiva, ha inteso proteggere il medico che agisce ed interviene, prevedendo la non punibilità per la sola azione imperita (non per quella negligente o imprudente) e garantendogli la non punibilità se l'azione è stata posta in essere nel rispetto delle Linee Guida.

Ebbene, questa scelta è già stata completamente disarticolata dalla Corte di Cassazione, che ha espressamente negato, nella recente sentenza sopra citata, che la causa di non punibilità dell'art. 590 sexies c.p. possa operare come tale, ritenendola, nonostante l'inequivoca lettera della legge ("la punibilità è esclusa"), solo un criterio di valutazione della colpa.

Senza volere affrontare in questa sede il più complesso tema dell'intervento giudiziario "sostitutivo" (non semplicemente "suppletivo") delle scelte politiche, siano esse più o meno condivisibili, sembra opportuno paventare come alto il rischio che una scelta legislativa finalizzata a garantire da responsabilità penale il pubblico funzionario che rispetti determinate Linee Guida nell'azione amministrativa, possa essere distorta in termini analoghi a quanto già fatto per la Legge Gelli, e conseguentemente vanificata. Il parametro di costituzionalità non sarà più l'art. 32 della Costituzione, diventerà l'art. 97, ma con analogo risultato.

L'ambito d'intervento riformatore dovrebbe dunque essere finalizzato a superare questa probabile possibile aggiramento interpretativo, pensando non tanto alle Linee Guida quale strumento integrativo in negativo del precetto penale - così garantendo altresì il più ampio rigore della riserva di legge in materia - ma quale strumento di indirizzo dell'azione amministrativa, in grado di essere apprezzato sin dal momento dell'iscrizione della notizia di reato, per comprendere o meno del *quantum* di disvalore di una determinata azione amministrativa che appare illegittima.

L'Autorità Giudiziaria avrebbe da subito maggiori elementi per ritenere eventualmente insussistente sin dall'inizio la fattispecie di cui all'art 323 c.p., e ciò quantomeno sul versante del dolo.

Per favorire questo meccanismo, peraltro, appare necessario uno sforzo riformatore sul piano processuale, destinato a fissare delle scansioni procedurali che favoriscano, già dal momento dell'iscrizione della notizia di reato, una verifica (obbligatoria per l'A.G.) puntuale e in contraddittorio circa l'effettiva esistenza delle Linee Guida e il loro rispetto nel governo dell'azione amministrativa; oltretutto per comprendere i reali intendimenti del pubblico funzionario, sottostanti una determinata scelta.

Si potrebbe in analogia con quanto previsto dall'art. 289 c.p.p. - che prevede l'obbligo del previo interrogatorio dell'indagato di un reato contro la pubblica amministrazione, rispetto all'adozione di una misura cautelare interdittiva - prevedere l'obbligatorietà, immediatamente successiva all'iscrizione della notizia di reato per abuso d'ufficio, della notificazione di un invito a comparire per contro-dedurre rispetto alle ragioni che hanno determinato l'iscrizione stessa.

Questo meccanismo consentirebbe al pubblico funzionario (evidentemente nel pieno delle garanzie di legge, ivi incluse quelle di rifiutare di avvalersi di tale facoltà) di esibire e dimostrare l'esistenza di Linee Guida dell'azione eseguita e il loro rigoroso rispetto, facendo cadere dalle sue premesse la necessità di un'articolata indagine finalizzata alla verifica della sussistenza o meno degli elementi costitutivi del reato, in particolar modo del dolo intenzionale di sostegno della condotta criminosa.

In conclusione, l'intervento riformatore dovrebbe essere orientato in senso ampio e trasversale prevedendo (a) una migliore tipizzazione dell'art. 323 c.p., con indicazione specifica di quali norme di legge debbano essere violate per ritenere consumato il delitto di abuso di ufficio; (b) l'obbligo per le Amministrazioni di dotarsi di idonee linee guida o pareri *proveritate* che siano di riferimento per l'esercizio corretto della azione amministrativa; (c) l'obbligo per il Pubblico Ministero di accertarne il rispetto, mediante apposito invito a comparire del funzionario amministrativo, il quale, invitato a dedurre, sarà informato che in caso di rifiuto di avvalersi di tale facoltà, da espletarsi con le garanzie di legge, il procedimento penale seguirà il proprio corso.