

LUIGI TRISOLINO

L'ABUSO D'UFFICIO

**Analisi critica della fattispecie nella
visione ordinamentale**



L'ABUSO D'UFFICIO

*Analisi critica della fattispecie
nella visione ordinamentale*



LUIGI TRISOLINO

Indice

L'AUTORE	5
INTRODUZIONE	6
Parte Prima	
<i>L'art. 323 del codice penale</i>	7
Parte Seconda	
<i>La clausola di salvezza e la ratio della norma</i>	8
Parte Terza	
<i>I soggetti del reato e l'esercizio delle funzioni o del servizio</i>	15
Parte Quarta	
<i>La violazione di legge o di regolamento e l'omessa astensione</i>	19
Parte Quinta	
<i>Il vantaggio ingiusto, il danno e il nesso di causalità</i>	23
Parte Sesta	
<i>L'elemento soggettivo: la forma intenzionale del dolo</i>	28
Parte Settima	
<i>Il comma secondo e l'aggravante speciale ad effetto comune tra determinatezza e ruolo del giudice</i>	34

Parte Ottava	
<i>Quale futuro per la struttura della fattispecie di abuso d'ufficio</i>	37

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	41
---------------------------	----

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI	42
-------------------------------	----

L'Autore



LUIGI TRISOLINO
DOTTORE

L'ABUSO D'UFFICIO

Analisi critica della fattispecie nella visione ordinamentale

Luigi Trisolino è nato a Francavilla Fontana (BR) l'11 ottobre 1989.

Ha conseguito la maturità classica nella città natale nel 2008, la laurea magistrale quinquennale in Giurisprudenza presso l'Università Roma Tre nel 2013, il diploma di specializzazione per le professioni legali presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali "Vittorio Aymone" (Lecce) nel 2015; ha terminato periodi di formazione pratica presso vari operatori del diritto; ha frequentato la scuola di formazione giuridica "Diritto e Scienza" nella sede di Bari.

Autore di saggi e articoli su riviste giuridico-culturali, scrive in poesia e in prosa da quando era bambino.

Per quanto concerne il settore giuridico, a inizio 2016 ha pubblicato "La diseredazione tra giurisprudenza e problemi operativi – Breve vademecum per gli studenti e per gli operatori del mondo forense e notarile".

Introduzione

Il piano gnoseologico del lavoro seguente è fondato su una precisa concezione di conoscenza giuridica, ritenuta valida dalle *Scholae* di formazione più avanzate sul piano sperimentale: la *doxa* e la *praxis* devono amalgamarsi e cooperare, e non semplicemente coordinarsi attraverso modalità che richiamano la struttura delle due rette parallele a breve distanza, destinate magari a non star lontane sì, ma anche a non congiungersi mai. La cooperazione operativa della ricerca (accademica ed extra-accademica) con la dimensione forense della pratica e della *prudentia iuris* quotidiana, a rigore, può realizzarsi, pienamente e soddisfattivamente, mediante le dovute “procedimentalizzazioni” logiche, anzitutto sul piano delle propedeuticità dello studio teoretico – fondato sull’incessante stimolo all’ermeneutica normativa di tipo scientifico, e categoriale – all’ermeneutica normativa di tipo pratico-risolutivo del caso concreto, nel c.d. diritto vivente.

Nello scritto, senza pretesa alcuna di completezza, anche data la peculiare economia logica del lavoro in questione, si analizza la struttura della fattispecie delittuosa di cui all’art. 323 del codice penale italiano vigente. La sintetica attività analitica, partendo da una introduzione storica, passa alla speculazione attinente ad un piano statico-ontologico (*prudentia* di ragion pura), per poi essere sviluppata, in rapidi riferimenti, alla realtà applicativa della giurisprudenza (*prudentia* di ragion pratica e dinamica forense di fatto).

Nella parte finale, invece, vengono aperti problemi inerenti all’attuale e futuro prospetto di ricerca, con cenni sulla dimensione dinamica della teoretica dell’ordinamento giuridico, e sulla necessità di una epistemologia volta a garantire i diritti dell’essere attraverso lo strumento formale del dover essere.



L'art.323 del codice penale

Per addentrarsi nel merito delle questioni problematiche che si sviluppano e si evolvono intorno al delitto tipizzato dal legislatore nell'art. 323 c.p., occorre anzitutto leggere il testo codicistico nel suo complesso, e successivamente analizzarlo, oltre che nella propria meccanica, nella sua economia strutturale.

Dispone, come noto, il primo comma dell'attuale art. 323 del codice penale che «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 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»; mentre il secondo comma statuisce che «La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità».

Muniti dello strumentario tecnico-giuridico che sempre più deve essere vocato ad un'attività ermeneutica fondata sul puro raziocinio e sulla logica sistemica, oltre che sulla considerazione delle dimensioni concrete, pratiche della fetta di realtà oggetto dell'interesse specifico sotteso all'art. 323 c.p., nel passaggio dal greggio del testo del legislatore alla individuazione della vera e propria norma, è utile "smontare" l'incastro precettivo della fattispecie astratta dell'abuso d'ufficio, per coordinarla con l'intero sistema giuridico in generale, da un lato, e per analizzare la portata dei singoli elementi costitutivi, dall'altro lato.



La clausola di salvezza e la *ratio* della norma

La clausola di salvezza posta non a caso nell'*incipit* della disposizione codicistica, «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato», è risultata un peculiare indice del carattere di rubrica penale di chiusura attribuibile alla figura delittuosa in questione, rispetto alle “travi portanti” – peculato, corruzione, concussione – del sistema ingegneristico-legislativo del Capo I (“Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione”), Titolo II (“Dei delitti contro la P.A.”), Libro II (“Dei delitti in particolare”).

La caratterizzante coloritura di *dictum* normativo di chiusura, rispetto al più esteso microsistema normativo che in primo luogo tutela il bene giuridico del buon andamento e dell'imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, tuttavia, ha perso la propria forte tonalità a seguito delle stagioni riformistiche che hanno visto mutare l'assetto strutturale, e le radici criminologiche stesse, dell'art. 323. A seguito delle leggi nn. 86/1990 e 234/1997, la configurabilità della fattispecie di abuso d'ufficio, a rigore, risulta subordinata alla sussistenza di più stringenti presupposti, che se su un piano strettamente criminologico-repressivo (anche soltanto a livello di deterrenza) possono salutarsi quali fattori legislativi genetici di una restrizione del campo effettuale del “nuovo” abuso d'ufficio, a livello di stretta legalità, ai sensi del cpv. dell'art. 25 Cost., risultano obiettivamente più coerenti col principio di determinatezza. Quest'ultimo principio, come dalla più autorevole dottrina inteso, rappresenta, insieme ai principi di tipicità e di tassatività, un fondamentale corollario del principio di legalità in senso sostanziale; tra l'altro risulta sinergicamente coerente con la base tecno-gnoseologica che funge da presupposto per l'operatività del principio di cui all'art. 5 c.p., dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, tranne se inevitabile (sulla scusabilità in caso di inevitabilità dell'errore sulla legge penale si v. C. Cost. n. 364/1988). Sotto l'ineludibile lume della certezza del diritto, qui realizzata principalmente attraverso il riferimento alla violazione di legge o di regolamento, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, da un lato, e il cittadino che con questi venga in contatto funzionale e istituzionale, dall'altro lato, sono messi nelle condizioni di conoscibilità e consapevolezza potenziale delle situazioni costituenti devianze e distorsioni dal corretto contegno, auspicabile nello svolgimento delle funzioni o del servizio.

La determinatezza quale precipitato logico della legalità sostanziale (*nullum crimen, nulla poena sine praevia, stricta et scripta lege poenale*), poi, risulta postulata normativamente dal diritto sovranazionale, in particolare dall'art. 7 CEDU, il quale presenta una cogenza anche nell'assetto ordinamentale italiano ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., come riformato dalla L. cost. n. 3/2001.

Se nel regime giuridico precedente alle riforme degli anni '90 del secolo scorso era possibile riconoscere, all'art. 323 c.p., un vero e proprio carattere sostanziale di chiusura, il quale, a rigor di logica, risultava invero essere frutto dell'esigenza di completezza dell'ordinamento penale, ora, invece, il carattere di chiusura sembra esser degradato a mero attributo di posizione all'interno dell'insieme "specialistico" di norme del Capo I, Titolo II. E ciò in consonanza con le esigenze garantistiche di adesione al principio di frammentarietà del c.d. diritto penale minimo dell'*extrema ratio*, oltre che a quello di determinatezza come anzidetto.

Più sopra si è menzionato l'art. 7 CEDU. Tale articolo della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, al primo comma, sancisce che nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Dalla garantistica irretroattività della legge penale di carattere incriminatorio, anche qui, come nel testo dell'art. 2 del vigente codice penale italiano, si giunge ermeneuticamente alla dimensione sostanziale positiva del precetto penale di carattere legale («secondo il diritto interno o internazionale»), e quindi alla caratura ontologica delle fonti del diritto di *extrema ratio*, le quali non possono non rispondere alla deterministica logica strutturale dell'oltre ogni sensato dubbio interpretativo. Ciò da un punto di vista dei principi del c.d. diritto penale generale; se invece si intende effettuare una *inspectio corporis iuris* in seno alla Convenzione EDU, ben si può osservare che la logica del nostrano abuso d'ufficio, volta a preservare l'imparzialità e il buon andamento della P.A., si riallaccia, seppur penalisticamente, e quindi sul piano del fatto del soggetto agente qualificato, al delicato terreno del divieto di discriminazione, nel suo versante tecnico, impiantato sulla tutela del cittadino di fronte al potere pubblico, e quindi sulla tutela anche degli interessi legittimi, sia oppositivi che pretensivi. Il vantaggio patrimoniale ingiusto e il danno (patrimoniale e non patrimoniale) ingiusto, bipolarmente simmetrici da un punto di vista speculare, nella realtà generano distorsioni e asimmetrie iniquamente satisfattorie per chi non ha titolo legittimo al raggiungimento di risultati favoriti dal contegno del pubblico ufficiale, o dell'incaricato di un pubblico servizio, da un lato, e danni ingiustificati per chi risulta essere titolare di specifiche e controinteressate sfere giuridiche costituite da diritti e interessi oggettivamente lesi. Nel c.d. diritto CEDU, così, l'*humus* logico di protezione del cittadino dagli abusi causativi di situazioni discriminatorie, può rinvenirsi nella struttura dell'art. 14, il quale dispone che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione EDU medesima deve essere assicurato senza alcuna discriminazione, per sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche o di altro genere, origine nazionale o sociale, appartenenza a una minoranza nazionale, ricchezza, nascita od ogni altra condizione.

L'art. 14 *de quo* risulta connesso anche ai beni giuridici dell'imparzialità (da un punto di vista valoriale), e del buon andamento (da un punto di vista pubblicistico-gestionale) di cui all'art. 97 Cost. Il primo dei due beni giuridici menzionati, poi, si salda alla dimensione prescrittiva della norma di cui all'art. 3, comma 1, Cost. La tematica dell'abuso del diritto, nel suo profilo eziologicamente consequenziale all'abuso d'ufficio, attiene al sostrato valoriale ed epistemologico che funge da formante giuridico-culturale dell'art. 323 del codice penale italiano. Sul divieto di discriminazione, situazione spesso causata dall'evento successivo alla condotta

punita nell'art. 323, si ricordi pure il comma secondo dell'art. 1 del Protocollo n. 12 alla Convenzione EDU, firmato a Roma il 4 novembre 2000. Il comma in questione dispone che nessuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per motivi di sesso, razza, colore, e per tutti gli altri previsti nell'art. 14 CEDU, richiamati al comma primo dell'art. 1 dello stesso Protocollo.

Sempre sul piano del c.d. diritto CEDU, in seguito alla introduzione, nella fattispecie di cui all'art. 323 c.p., dell'elemento della violazione di legge o di regolamento, occorre pure soffermarsi brevemente sulla questione dell'interpretazione normativa, quale attività del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio. L'art. 17 CEDU, a tal proposito, può risultare illuminante e ulteriormente protettivo nei confronti delle posizioni dei privati, spesso sottoposti alla quotidiana attività ermeneutica degli operatori pratici del diritto nella qualità di p.u. o di i.p.s. L'articolo da ultimo menzionato, appunto, sancisce che nessuna disposizione della Convenzione, annessa nell'entroterra del diritto applicabile in Italia ai sensi e per gli effetti dell'art. 117, comma 1, Cost. (in seguito alla L. cost. n. 3/2001), può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella Convenzione EDU medesima, o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste da quest'ultima. Può quindi ben comprendersi come queste situazioni di abuso, seppur più generali, possono essere ben agganciate alla tematica penalistica dell'abuso d'ufficio, nella delicata attività istituzionale dei soggetti qualificati di cui all'art. 323 c.p., così tanto a contatto coi diritti e gli interessi sensibili dei cittadini.

Ritornando all'analisi della *ratio* della clausola di salvezza di cui all'articolo in esame, si noti come questa non costituisca soltanto un indice della posizione della fattispecie di abuso d'ufficio nella compagine codicistica che si occupa di reprimere i delitti commessi dai pubblici agenti, bensì rappresenta anche il prodotto di una politica criminale, la quale blindava l'applicabilità dell'art. 323 ai casi ove non siano configurabili fattispecie che prevedono e puniscono più gravi reati. La residualità da sistemico-strutturale, così, diviene pure criminologica in senso stretto, e quindi valoriale o, se si vuole, criminalpolitologica.

Il legislatore, *rebus sic stantibus*, ha attribuito all'abuso d'ufficio un «ruolo sussidiario», che ne subordina l'operatività alla circostanza che nello stesso fatto non siano ravvisabili i presupposti di un più grave reato contro la pubblica amministrazione¹. Con la L. n. 86/1990, si è passati dalla formulazione implicita di sussidiarietà rispetto a qualsiasi altro reato – se il fatto non è previsto come reato da una particolare disposizione di legge – alla attuale formula di salvezza, che contempla i soli reati più gravi.

Se si ripercorre macroscopicamente la cronistoria dell'abuso d'ufficio, poi, si può osservare come in dottrina sia stato rintracciato un suo antecedente storico nell'art. 175 del Codice

¹ A. AMOLO, *L'abuso d'ufficio: analisi normativa e giurisprudenziale*, Altalex, 14/10/2014, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=69034>.

Zanardelli del 1889, il quale in verità si occupava di tutelare il cittadino nei confronti delle angherie e degli abusi del potere esecutivo. L'art. 175 puniva infatti il pubblico ufficiale che commettesse un atto arbitrario contro il privato, «abusando del suo ufficio». La relazione al progetto definitivo del codice Rocco, in vigore dal 1 luglio 1931, ed ancora vigente – con modifiche – pur tra le tante e differenti stagioni politiche succedutesi, ha fatto risalire la figura dell'abuso d'ufficio al codice penale delle Due Sicilie, che all'art. 234 puniva gli atti arbitrari del pubblico impiegato o funzionario commessi contro i diritti dei privati². Autorevoli studi, tuttavia, hanno rilevato come il reato *de quo* vanti in realtà un radicamento di più risalente tradizione³: l'art. 143 della legge sui delitti e sulle pene n. 143/1808, emanata da Giuseppe Bonaparte re di Napoli, puniva «ogni giudice ed ogni funzionario pubblico di qualunque sorta, che abusi del potere di cui è rivestito dalla legge, per soddisfare una passione ed un interesse privato, anche giusto».

Completamente differente è parsa la *ratio* dell'abuso d'ufficio previsto e punito nella codificazione del '30, ove all'art. 323 veniva anzitutto in rilievo l'obbligo di fedeltà del pubblico ufficiale nei confronti dello Stato⁴, obbligo in violazione del quale si configurava come conseguenza la lesione del rapporto organico di fiducia (principio di causalità di tipo tecnico, non naturalistico).

Il testo originario dell'articolo in esame disponeva che «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 cinquecento a diecimila». La formulazione testuale appena riportata era rubricata con la dicitura «Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge»; ciò, in un'era ancora non costituzionalizzata in senso assiologico, come invece accadrà a partire dal 1948, non era avvertito dai più come una apparente o patente (a seconda delle sensibilità) violazione del principio di legalità, nel suo corollario sostanziale del principio di determinatezza.

Il testo dell'art. 323 c.p. uscito dalla riforma generale dei reati contro la P.A., operata con la L. n. 86/1990, invece, ha statuito che «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», al primo comma, e che «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», al secondo comma.

Successivamente, a seguito della L. n. 234/1997, si è giunti all'attuale struttura della fattispecie astratta di abuso d'ufficio, con una misura sanzionatoria detentiva che prevedeva, però, un

² S. VINCIQUERRA, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2008, 250, nota 1.

³ *Ibidem*.

⁴ A. GERMI, *Art. 323 del codice penale: il reato di abuso d'ufficio*, Ficiesse.it, 2007, 22, http://www.ficiesse.it/public/pdf_rivista/200607_83.pdf.

minimo edittale di mesi sei ed un massimo di anni tre di reclusione.

Si è passati, quindi, dalla formula che sanzionava la commissione di qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge (versione del '30), a quella che contemplava la clausola di limitazione nella protasi incidentale «se il fatto non costituisce più grave reato» (versione del '90); e infine si è giunti all'attuale morfologia della clausola di salvezza (versione del '97), questa volta posta all'inizio della struttura della disposizione normativa, e consistente sostanzialmente nella medesima prescrizione limitativa del '90. A livello linguistico potrebbe rilevarsi soltanto il mutamento da protasi a proposizione che, iniziando per «salvo che», renderebbe più l'idea secondo cui l'abuso d'ufficio costituirebbe quasi l'ordinaria fenomenologia delle violazioni di rilievo penalistico, e le altre fattispecie al cui precetto fa seguito una cornice edittale di tenore quantitativo più elevato, e quindi più severamente punite, rappresenterebbero delle eccezioni. Quest'ultimo rilievo ipotetico, tuttavia, e a rigore, implicherebbe la fallacia – per anacronismo – degli orientamenti ermeneutici che persistono nel leggere l'art. 323 quale norma di chiusura del microsistema di reati dei pubblici agenti contro la pubblica amministrazione.

Al di là di ogni posizione, figlia di letture fondate su orientamenti ermeneutici più o meno rigoristici e letterali, non si dimentichi tuttavia il dato statistico, il quale attesta che sono diminuite non solo le condanne ai sensi dell'art. 323 c.p., con un simmetrico aumento delle assoluzioni, ma anche gli stessi processi con capi d'imputazione aventi ad oggetto l'abuso d'ufficio come riformulato dalla legge del '97, per via, a ragion del vero, di altri fattori strutturali della fattispecie astratta (i quali nel prosieguo del presente lavoro verranno sinteticamente affrontati).

Certamente la clausola di limitazione, inserita incidentalmente nel testo dell'art. 323 dalla riforma del '90, aveva già drasticamente inciso in deminuzione sulla effettiva portata della ascrivibilità e punibilità per il delitto in questione. Vi è chi addirittura si chiede se, malgrado il forte radicamento nella tradizione giuridica italiana, la figura delittuosa dell'abuso d'ufficio sia o meno ancora necessaria per proteggere il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, dato il ricco ventaglio di incriminazioni previsto dal codice penale⁵.

Con la riforma del 1997, sul piano di pura logica, la clausola di limitazione del '90 muta il proprio carattere qualificatorio⁶ in senso stretto del fatto, e ascende ad una più perentoria ed elisoria natura di clausola di salvezza, eccettuativa.

⁵ S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 250.

⁶ Il discernimento ontologico ben si comprende se si fa riferimento alla teoria c.d. pentapartita del reato (o, secondo chi scrive, tripartita in senso complesso o articolato) della scuola scientifico-strutturalistica post-stelliana, la quale suddivide il reato in quanto ente logico di ragione negli elementi – anch'essi di ragione – del fatto (materiale), della imputazione oggettiva e della imputazione soggettiva, della qualificazione oggettiva e della qualificazione soggettiva. Il nesso di causalità, che governa il decorso energetico del divenire, e quindi l'elemento dell'imputazione, sia fisico-meccanicistica che psichico-neurologica, viene assunto quale mero connettore logico e fenomenico tra un antecedente causale ed un susseguente effettuale, quindi come mero rapporto logico e non come vero e proprio elemento costitutivo del fatto materiale.

Da ultimo, il legislatore è intervenuto con la L. n. 190/2012 (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”, detta legge anticorruzione), il cui disegno di legge nella propria relazione illustrativa descriveva, tra i mezzi idonei alla realizzazione degli obiettivi auspicati, un approccio multidisciplinare in cui gli strumenti sanzionatori sono configurabili soltanto come alcuni dei rimedi volti al contrasto, e alla lotta, alla corruzione e all’illegalità nell’azione amministrativa. La legge *de qua* ha inasprito la cornice edittale della pena della reclusione: da sei mesi a un anno per il limite minimo, da tre anni a quattro anni per il limite massimo.

Il suddetto aggravio sanzionatorio, tuttavia, oltre che rispondere ad un’esigenza di deterrenza generalpreventiva, volta ad inibire la criminogenesi in seno agli uffici amministrativi, risulta ispirato non solo ad una ragion d’etica nella gestione amministrativa degli uffici e dei servizi pubblici, bensì, e anzitutto, in senso funzionalistico, all’intento – e ai principi socio-valoriali che vi sono dietro – di tutelare il mercato e le manovre di *import* ed *export*. Le condotte abusive *contra legem (et regolamentum)* recano, infatti, seri danni all’ordine monetario, poiché disincentivano gli investimenti, anche stranieri, frenando ed anzi reprimendo lo sviluppo economico, in un periodo di profonda crisi economico-finanziaria e di speranze di ripresa delle potenzialità dei fattori produttivi.

Tutto ciò non è sociologia teoretica, ma contribuisce a livello scientifico, ai fini del presente lavoro, a configurare il bene della vita protetto dallo Stato, e quindi bene giuridico, sotteso al ‘nuovissimo’ abuso d’ufficio: oltre al forse vetusto prestigio della P.A., ed oltre all’imparzialità e al buon andamento (*ex art. 97 Cost.*) in senso legalistico-tradizionale, anche la trasparenza e il buon funzionamento del mercato, quindi il buon andamento in senso economico-empirico ed econometrico; ed ovviamente, al passo coi tempi, la protezione degli interessi legittimi e degli stessi diritti soggettivi in formazione dei cittadini vocanti le pubbliche autorità.

L’aumento delle pene è stato subito autorevolmente valutato come «opportuno, perché dopo la modifica normativa del 1997 che ha sostituito un testo assolutamente generico sul concetto stesso di abuso, il delitto, nella sua descrizione, configura un’ipotesi di non lieve entità, prevedendo una volontaria violazione di norme di legge o di regolamento o la violazione del dovere di astensione al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o arrecare un danno ingiusto. Condotta che non appare meno grave di talune condotte corruttive quando il vantaggio per l’autore è significativo. L’innalzamento del massimo della pena a quattro anni ha una conseguenza assai rilevante: per effetto delle disposizioni contenute negli artt. 280, comma 2, e 381 c.p.p. per il delitto di abuso d’ufficio diviene possibile irrogare la misura cautelare della custodia in carcere [*si veda però quanto si dirà avanti, n.d.a.*] e procedere all’arresto in flagranza»⁷.

⁷ Tratto dall’intervento di G. PALOMBARINI ne’ *Gli atti del seminario di studio su “La novella anticorruzione”* del 15 marzo 2013, Camera penale Venezia, bollettino 2013, terzo numero speciale, <http://www.camerapenaleveneziana.it/news/visual.php?num=2161>.

Al tempo dell'entrata in vigore della c.d. legge anticorruzione del 2012, appunto, ai sensi del secondo comma dell'art. 280 c.p.p. la custodia cautelare in carcere poteva essere disposta soltanto per i delitti, consumati o tentati, per i quali fosse prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni. Poi, l'art. 1, D.L. n. 78/2013, conv. in L. n. 94/2013 ha sostituito la parola «quattro» con la parola «cinque», determinando così un ritorno al recente passato, o una specie di passo del gambero (a seconda delle differenti visioni), verso l'espulsione della facoltà di disporre la misura custodiale carceraria dall'entroterra processualistico della fattispecie del delitto previsto e punito ai sensi dell'art. 323 c.p. post-riforma-2012.

Invariata invece è rimasta la facoltà, in capo agli ufficiali ed agenti di P.G., di arrestare il soggetto agente pubblico colto in flagranza di un delitto non colposo, tentato o consumato, punito con la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni: il delitto di abuso d'ufficio, come ritoccato dalla L. n. 190/2012, rientra nello schema precettivo generale dell'art. 381, comma 1, parte prima, c.p.p. Ovviamente la misura *de qua* è giustificata, e quindi può essere applicata, soltanto se risultano sussistenti la gravità del fatto e la pericolosità del soggetto, desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto medesimo (comma secondo dell'art. 381 c.p.p.).



I soggetti del reato e l'esercizio delle funzioni o del servizio

Il delitto di abuso d'ufficio è un reato c.d. proprio, poiché può essere commesso soltanto da particolari tipologie di soggetti agenti, ossia dai pubblici ufficiali e, dopo l'entrata in vigore della L. n. 86/1990, anche dagli incaricati di pubblico servizio.

La nozione di pubblico ufficiale è ricavabile dalla stessa legge penale codicistica, in particolare dall'art. 357; si tratta tuttavia di norme penali di tipo tecnico-descrittivo con funzione meramente qualificatoria. L'articolo appena menzionato, invero, è inserito nella compagine del Capo III ("Disposizioni comuni ai capi precedenti"), e statuisce che è un pubblico ufficiale colui che esercita una funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria. La norma nel proprio *incipit*, tuttavia, specifica che quanto in seguito definisce ha valenza «agli effetti della legge penale». È pubblico ufficiale sia chi ha che chi non ha un rapporto di impiego con lo Stato, temporaneamente o permanentemente.

Per quanto concerne la questione qualificatoria del pubblico ufficiale in aspettativa, ai fini della legge penale, la giurisprudenza ha sostenuto che se un soggetto che si trovi in tale regime commette un fatto integrante la fattispecie astratta di cui all'art. 323 c.p., commette comunque il delitto *de quo*, poiché il regime di aspettativa altro non comporta che una mera sospensione del servizio, e non, ad esempio, del rapporto di pubblico impiego.

Ancora, sempre dal c.d. diritto vivente si può evincere come sia possibile la configurazione di un concorso di soggetti *extranei* alla P.A.; saranno quindi considerati coautori del delitto in questione soltanto se concorrenti con un soggetto *intraneus* ai sensi dell'art. 117 c.p. Tale articolo dispone che se per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti intercorsi tra il colpevole e l'offeso muta il titolo del reato per taluno dei soggetti che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato; tuttavia è fatta salva la facoltà (tecnica) del giudice di diminuire la pena per gli agenti rispetto ai quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti anzidetti, qualora il reato per cui tutti concorrono risulta più grave (c.d. circostanza attenuante facoltativa).

Per quanto riguarda il rapporto tra il disposto dell'art. 323, di parte c.d. speciale del codice penale, e il disposto dell'art. 117, di parte generale del medesimo codice, la loro sinergia positiva fa propendere per la tesi che qualifica il delitto di abuso d'ufficio come un reato proprio non esclusivo, ossia un reato per la cui sussistenza è necessario sì che l'agente rivesta

una particolare qualifica, ma che se realizzato in assenza della anzidetta qualifica è comunque penalmente rilevante, integrante gli estremi di un reato comune, e non proprio.

Sulla tematica dei soggetti attivi, chiaro e preciso si presenta un arresto pretorio di merito, il quale ha affermato che con l'abuso d'ufficio, appunto, si è dinanzi ad una tipica figura di reato proprio ma non esclusivo; a ciò consegue la possibilità di realizzare il fatto tipico anche per interposta persona, nonché la applicabilità del concorso nel reato da parte del c.d. *extraneus*, secondo i principi generali del concorso di persone nel reato, senza tuttavia che tale apporto possa essere considerato imprescindibile per la configurazione dell'illecito (Tribunale di Salerno, Ufficio del G.i.p., 21 dicembre 2010, n. 683).

Per quanto concerne la condotta del privato che concorre con l'agente pubblico qualificato nel delitto di cui all'art. 323 c.p., occorre rilevare la sussistenza della destinazione in suo favore dei benefici conseguenti all'atto illegittimo e abusivo. L'*extraneus* verso la P.A., per configurare una condotta sussumibile nelle maglie logiche della fattispecie in questione, così, deve giuocare un ruolo causalmente efficiente per l'attuazione e la verifica dell'evento del reato stesso (ora l'abuso d'ufficio non è più un reato c.d. di pericolo), e sempre previa rappresentazione cosciente della peculiare qualificazione soggettiva del soggetto c.d. *intraneus* alla pubblica amministrazione.

Inoltre, secondo le coordinate pretorie fornite dal supremo consesso di legittimità e nomofilachia, per la sussistenza del concorso del privato nel reato di cui all'art. 323 c.p., occorre che si dimostri che il privato medesimo «abbia svolto una effettiva attività di istigazione o agevolazione rispetto all'esecuzione del reato [...] Va, infatti, considerato che il privato, contrariamente al pubblico funzionario, non è tenuto a conoscere le norme che regolano l'attività di quest'ultimo, né, soprattutto, è tenuto a conoscere le situazioni attinenti all'ufficio che possono condizionare la legittimità dell'atto richiesto» (Cass. n. 8121/2000). È, quindi, una questione anche di applicazione di differenti leggi di copertura: per effettuare la verifica sia *ex ante* che *ex post* della sussistenza degli elementi costitutivi tutti della fattispecie di abuso d'ufficio, è necessario discernere lo statuto qualificatorio soggettivo di ogni singolo concorrente.

«Al fine di affermare la sussistenza del concorso del privato nel reato di abuso d'ufficio, la prova che un atto amministrativo è il risultato della collusione tra privato e pubblico funzionario non può essere dedotta dalla mera coincidenza tra la richiesta del primo ed il provvedimento posto in essere dal secondo, essendo invece necessario che il contesto fattuale, i rapporti personali tra le parti o altri dati di contorno dimostrino che la presentazione della domanda è stata preceduta, accompagnata o seguita da un'intesa col pubblico funzionario o, comunque, da pressioni dirette a sollecitarlo, ovvero a persuaderlo al compimento dell'atto illegittimo» (cfr. Cass. n. 2844/2003). Tuttavia, e a scanso di equivoci, in caso di rilievi attestanti la presenza di accordi di tipo collusivo tra il privato e il pubblico agente, occorre sempre prestare attenzione alla fenomenica del fatto storico, da un lato, e all'applicazione della concettualistica tecnico-giuridica ai fini della qualificazione degli elementi costitutivi del fatto materiale, dall'altro lato. È necessario, quindi, vagliare il potenziale grado specifico di sussumibilità

nell'alveo logico-strutturale della fattispecie di cui all'art. 318 c.p. – corruzione per l'esercizio della funzione – prima di decidere per l'inquadramento nella figura di abuso d'ufficio; a maggior ragione se si effettua l'esame, di carattere analitico-normativo, gravitante intorno al concreto perno di scarto logico insito nella clausola iniziale di salvezza dell'art. 323.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 357 c.p., sempre agli effetti della legge penale, poi, si definisce come pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi. La siffatta attività, tra l'altro, deve essere caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione, o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi. È ormai pacifico, quindi, che non occorre una investitura formale, giacché risulta sufficiente che il soggetto che pone in essere la condotta tipica eserciti, anche *de facto*, funzioni pubbliche con l'acquiescenza o col concorso della pubblica amministrazione.

La funzione legislativa e quella giudiziaria non hanno dato luogo a questioni identificative, problemi che invece si sono sviluppati intorno alla figura della pubblica funzione amministrativa. Si è proceduto, in dottrina e in giurisprudenza, con il tracciare la linea di distinzione tra l'anzidetto concetto e quello di servizio pubblico, secondo le coordinate nozionistiche del diritto amministrativo. Dibattiti aperti persistono sui concetti di servizio pubblico e di atto di natura autoritativa, data la labilità del confine tra atti autoritativi e non autoritativi dopo le ondate di privatizzazione (si pensi alla legge c.d. Bassanini-1, ossia la L. n. 59/1997, e alla legge c.d. Bassanini-2, ossia la L. n. 127/1997).

Pubblici ufficiali sono, ad esempio, il consulente tecnico, l'ufficiale giudiziario, il testimone, l'assistente universitario in sede di esame, i membri della commissione edilizia comunale, gli agenti di pubblica sicurezza, le forze dell'ordine, il portalettere, il controllore dei treni delle Ferrovie dello Stato-Trenitalia, il geometra tecnico dell'ufficio comunale; e ancora, la Corte di Cassazione ha affermato che soggetti attivi del delitto di abuso d'ufficio possono essere anche il medico specialista di un ente pubblico ospedaliero, il notaio, il quale a rigore è un operatore giuridico ibrido poiché al contempo pubblico ufficiale e libero professionista o professionista liberale.

La Suprema Corte di legittimità, poi, ha sostenuto che soggetto agente del delitto di cui all'art. 323 c.p. può essere anche il dipendente di Poste Italiane S.p.a. addetto all'attività di accettazione della corrispondenza, il quale utilizzi la sua qualifica funzionale per inviare indebitamente alla rete di distribuzione pubblica la corrispondenza privata priva della richiesta affrancatura (Cass. n. 37775/2010); o il magistrato – e qui si rientra nell'esercizio della pubblica funzione giudiziaria, non controversa di per sé a livello soggettivo-identificativo – che, «aggirando il precetto della legge, ha concentrato gli incarichi di consulenza nelle mani di un ristretto gruppo di soggetti i quali avevano, d'altro canto, percepito onorari illegittimi, in violazione del limite normativamente stabilito» (Cass. n. 16895/2008).

Per quanto concerne, infine, gli incaricati di pubblico servizio, l'articolo di riferimento è il

358 del codice penale. Gli incaricati di pubblico servizio sono soggetti che a qualunque titolo prestano un pubblico servizio, ossia un'attività disciplinata nelle medesime forme della pubblica funzione ma priva dei poteri tipici che caratterizzano quest'ultima; dalla portata della norma di cui all'art. 358, invero, è da escludere lo svolgimento di mere mansioni di ordine, nonché la prestazione di un'opera soltanto materiale.

Sono incaricati di pubblico servizio, ad esempio, gli impiegati di enti pubblici che collaborano con i pubblici ufficiali nell'opera da questi condotta, o il custode di un cimitero, o i conduttori televisivi, gli esattori di una società concessionaria dell'erogazione del gas.

La figura dell'abuso d'ufficio, nel corso della storia, è sempre stata caratterizzata dall'essenza di reato proprio: l'art. 143 della legge sui delitti e sulle pene n. 143/1808 puniva ogni giudice ed ogni funzionario pubblico di qualunque sorta; l'art. 175 del codice del 1889 puniva il pubblico ufficiale, ed era diretto in generale ai titolari del potere esecutivo, allora scientificamente dai più esteso anche alla funzione amministrativa (oggi invece distinta quale potere di gestione non rientrante nell'esecutivo in senso stretto); l'art. 323 del codice Rocco, nella sua versione originaria del '31, puniva il pubblico ufficiale; l'art. 323 come riformato dalla L. n. 86/1990 ha esteso la punibilità, come anzidetto, agli incaricati di un pubblico servizio.

Il delitto, se si osserva bene la struttura dispositiva dell'art. 323 c.p., non si presenta come proprio soltanto in senso soggettivo, ma occorre circoscrivere anche oggettivamente – e in senso funzionale – l'inquadramento qualificatorio della condotta. Si tratterebbe, quindi, di un reato soggettivamente ed oggettivamente proprio, giacché ad integrare il fatto tipico deve essere un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio «nello svolgimento delle funzioni o del servizio». A costituire in senso tecnico-normativo la struttura del precetto dell'astratta fattispecie penale *de qua*, invero, sono utilizzati concetti propri della scienza giuridica amministrativa e, anzitutto, del dettato normativo dell'ordinamento (extrapenale) amministrativo; si tratta di leggi di copertura di tipo tecnico-giuridico. Risulta utile, così, ricordare la formula concettuale della “funzione amministrativa”, svolta dal pubblico ufficiale, formula definita sinteticamente dal Benvenuti quale manifestazione del potere amministrativo – in primo luogo autoritativo – nel suo farsi atto.



La violazione di legge o di regolamento e l'omessa astensione

Il riferimento, da parte del legislatore del 1997, alla violazione di legge o di regolamento, e alla omessa astensione in caso di conflitto d'interessi – in presenza, appunto, di interessi propri del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, o di loro prossimi congiunti – o negli altri casi prescritti, a rigore, costituisce un passo avanti verso la piena conformazione alla logica del principio penalistico di determinatezza.

Come le istanze riformatrici del reato in questione contro la P.A. avrebbero potuto garantire i fragili equilibri sussistenti tra l'attività del potere amministrativo e l'attività giudiziaria, se non attraverso la stretta legalità? Si è dinanzi ad un legislatore che accentua il proprio carattere deterministico *ex ante*, seppur attraverso uno strumento che, ontologicamente generale e astratto, si presta ad operare in una indeterminata ed indeterminabile dimensione fenomenica concreta.

Prima della L. n. 234/1997 si lasciava ampio margine alle onorate Procure della Repubblica nel determinare, caso per caso ed *ex post*, la configurabilità, ai fini dell'imputazione, di un contegno abusivo – più tipizzabile che tipico – da parte dei pubblici agenti, nell'entroterra di una fattispecie costruita in modo aperto, non tassativo, malgrado si fosse in presenza – come lo si è tuttora – di un delitto c.d. tecnico e non naturale.

Volendo brevemente scrutare la struttura storica della fattispecie del delitto di abuso d'ufficio, in realtà, è facilmente rilevabile il dato di una costante determinatezza sottaciuta, o anche mancata, e quindi, da un punto di vista prettamente razionalistico, di una legalità tenue. La condotta tipica che integrava la figura dell'abuso d'ufficio gravitava intorno ad un 'vago' concetto di abuso, per la cui definizione operavano leggi di copertura più elastiche di quelle che dovrebbero soprassedere alla gnoseologia di un delitto, come quello in questione, volto a presidiare non soltanto l'onore e il decoro dell'amministrazione, ma, in aggiunta, la sfera di libertà del privato, posto a diretto contatto con l'azione dei pubblici poteri. Se il delitto *de quo* è qualificabile come un delitto tecnico, è alla dimensione propria delle regole della *tekne* del *nomos* che bisogna agganciarsi, ai fini sussuntivi utili alla integrazione della fattispecie in questione. Ciò, anzitutto, in virtù del principio di non-contraddizione, il quale, attraverso la propria consequenzialità inferenzialmente determinata, si salda al principio del terzo-escluso (sarebbero, così, fuori dall'area di dominio gnoseologico dei delitti tecnici, ad esempio, le leggi di natura e gli elastici portati della morale; non sempre quelli dell'etica rigoristico-pub-

blicistica, soprattutto in uno Stato che politicamente sceglieva di definirsi etico in senso para-hegeliano).

Il codice penale delle Due Sicilie del 1819, all'art. 234, puniva (semplicemente ed indeterminatamente) gli atti arbitrari del pubblico impiegato o funzionario commessi contro i diritti dei privati; stesso impianto strutturale presentava l'art. 175 del Codice Zanardelli, il quale, appunto, puniva il pubblico ufficiale che commettesse un atto arbitrario contro il privato, «abusando del suo ufficio». In senso differente, invece, è da intendersi il rapporto tra la fattispecie dell'originario art. 323 del codice Rocco e le altre prescrizioni legislative: dato che l'articolo *de quo* era inizialmente rubricato con la dicitura «Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge», l'ottica era quella propria di un'apoteosi dell'indeterminatezza e, di contraltro, del principio di completezza sistemica dell'incriminazione statutaria, figlia di un tempo ove il c.d. diritto penale minimo era meramente embrionalizzato in un limbo scientifico, a fronte degli autoritarismi del regime fascista.

Sorprende, invece, rilevare come nell'art. 143 della legge sui delitti e sulle pene n. 143/1808, emanata dal re di Napoli di quel periodo, la parte precettiva sottoponesse al vaglio punitivo «ogni giudice ed ogni funzionario pubblico di qualunque sorta, che abusi del potere di cui è rivestito dalla legge [...]». Seppur relegato al fondamento istitutivo del potere dei giudici e dei funzionari pubblici di qualunque sorta, e quindi alla dimensione delle cc.dd. norme d'azione, ovvero di attribuzione dei pubblici poteri, il riferimento alla legge ha determinato comunque una canalizzazione del giurista che si accingeva a qualificare una determinata condotta, *ex post*, verso il contenuto degli atti legislativi di investitura e di attribuzione dei poteri funzionali all'espletamento dei compiti amministrativi, nei settori del pubblico impiego.

La riforma generale dei reati contro la P.A., attuata con la L. n. 86/1990, poi, allargando le maglie soggettivo-qualificative del reato proprio dell'abuso d'ufficio attraverso la contemplazione, in qualità di soggetto agente, dell'incaricato di pubblico servizio, in aggiunta al pubblico ufficiale, aveva pure lasciato aperte le maglie obiettive della condotta. Questa doveva semplicemente essere una condotta abusiva causalmente finalizzata alla produzione di determinati eventi; la siffatta teleologia, infatti, delineava la figura di cui trattasi come una fattispecie a dolo specifico.

La disposizione normativa dell'art. 323 c.p. uscito dalla riforma del '90, invero, sanciva la punibilità degli anzidetti soggetti *ex lege* qualificati che abusavano, *sic et simpliciter*, del loro ufficio. Se questo «abuso» dovesse essere individuato attraverso una stretta violazione di legge o di regolamento, tuttavia, non era dato specificamente saperlo dal precetto della norma, nella sua conformazione strutturale precedente appunto al 1997.

Con la maggiore blindatura della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. (ai fini dell'accesso logico-sussuntivo della realtà fattuale nella dimensione astratta del precetto penalistico), avvenuta con la L. n. 234/1997, per la configurazione dell'abuso d'ufficio, a rigore, occorre rilevare un contrasto tra l'operato dei soggetti agenti qualificati e un'espressa norma di legge o di

regolamento.

Ci si è chiesti, tuttavia, se la violazione di qualsiasi norma di legge o di regolamento sia idonea ad integrare la materialità del fatto di abuso d'ufficio, a fronte del principio penalistico di offensività all'insegna della materialità, o se, viceversa, si possa e si debba distinguere a seconda del carattere della norma.

Ad esempio, e più dettagliatamente, ci si è interrogati sulla possibilità di ammettere la configurabilità della figura criminosa in questione per violazione di norme di natura strettamente procedimentale, ossia di norme vocate alla disciplina del percorso procedimentale da osservare nello svolgimento delle funzioni e del pubblico ufficio⁸. Problemi particolari si porrebbero – come attenta dottrina ha osservato – quando la norma procedimentale non detta i criteri sostanziali secondo cui l'agente qualificato è tenuto a gestire, e risolvere, le 'situazioni' amministrative sottoposte alla cognizione potestativo-amministrativa di sua competenza.

La tesi attualmente prevalente, in verità, sostiene che può integrarsi la figura dell'abuso d'ufficio per effetto della violazione di disposizioni normative anche meramente procedimentali, ma resta tuttavia intatta la necessità che il giudice, di volta in volta, verifichi la «derivazione logico-causale del danno o del vantaggio ingiusto dalla violazione della norma procedimentale»⁹ medesima.

Nell'art. 323 c.p. la “antinomica” contrapposizione tra la condotta dei soggetti agenti qualificati, da un lato, e le norme dell'ordinamento giuridico ammesse nella realtà statuale, dall'altro lato, deve essere specifica, poiché la violazione rileva, ai fini della sussunzione del fatto nella fattispecie astratta, soltanto se riferita a leggi e regolamenti. Cass. n. 5026/2009, in particolare, ha escluso l'operatività della figura delittuosa *de qua* in relazione al requisito strutturale specifico della violazione di legge, che era stata dapprima individuata nella norma sul patrocínio legale dei dipendenti della pubblica amministrazione, contenuta nell'art. 28 del comparto sulle regioni e sulle autonomie locali del CCNL (avente natura pattizia di diritto privato). Il fatto non integrerebbe la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., a ben vedere, per difetto dell'anzidetto elemento strutturale, avente la funzione di qualificazione tecnica del parametro normativo violato dalla condotta, da un lato, e quindi la funzione di qualificazione oggettiva della condotta stessa, dall'altro lato, nonché consequenzialmente.

Di fondamentale importanza, tra l'altro, sono le norme amministrativistiche, sulla cui qualificazione spesso si giuocano ineludibili equilibri logico-sussuntivi, nell'economia dinamico-strutturale della fattispecie di abuso d'ufficio così come uscita dalla riforma di cui alla L. n. 234/1997. Cass. n. 37531/2007, poi, ha sostenuto la stretta rilevanza penalistica della violazione delle disposizioni della L. n. 241/1990, sul procedimento amministrativo e sull'accesso

⁸ G. MORABITO, *Abuso di ufficio: i problemi sul tappeto* (tratto da R. GAROFOLI- G. MORABITO, *Giurisprudenza penale ragionata – I singoli reati*, Neldiritto editore, 2008), http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=3440#VW4Bw8_tmko.

⁹ *Ibidem*.

agli atti procedimentali; le disposizioni dell'anzidetta legge, invero, prescrivono alla P.A. il dovere di condurre una adeguata istruttoria amministrativa. Dato che quest'ultima risulta imposta da una norma di carattere generale sul procedimento, ossia ai sensi dell'art. 3 L. n. 241, in quanto costituente una fase essenziale e direttamente incidente nel processo del c.d. *making decision process*, si è ritenuto che l'inosservanza del dovere di effettuare un'istruttoria adeguata, in funzione dell'accertamento tecnico sulla sussistenza, o sulla carenza, o sulla mancanza assoluta delle condizioni richieste per il rilascio di un provvedimento autorizzatorio, è idonea ad integrare una violazione di legge e, in presenza di tutti gli altri elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., anche un abuso d'ufficio.

Per quanto concerne il rilascio di titoli abilitativi concernenti l'edilizia (si pensi al permesso di costruire), in violazione delle disposizioni del piano regolatore generale, invero, si sono formati nel tempo divergenti visioni con conseguenti differenti risposte in potenza risolutive. Da un lato si è sostenuto che il PRG ha natura normativa, dall'altro lato si è negata ad esso tale natura; per un recessivo e al contempo autorevole orientamento dottrinale, poi, ha natura – specificamente – regolamentare. Ciò lo si è detto accentuando il carattere di generalità e astrattezza delle previsioni pianificatorie *de quibus*, destinate a trovare concreta attuazione soltanto con l'adozione dei successivi piani attuativi¹⁰. Un altro indirizzo, tuttavia, contrariamente sostiene che il piano regolatore generale sia da ricondurre alla categoria degli atti amministrativi generali, poiché i destinatari delle previsioni che in esso sono contenute sono determinabili soltanto a posteriori, in seguito all'attività amministrativa posta in essere in attuazione delle previsioni del PRG, appunto. Si è pure parlato di natura mista, per via delle previsioni di carattere generale e astratto nel piano in questione contenute, da un lato, e delle prescrizioni concrete, immediatamente (e potenzialmente) lesive, dall'altro lato. La *vexata quaestio*, momentaneamente, è stata risolta affermando la necessità di valorizzare i dati normativi della c.d. legislazione complementare: si pensi, ad esempio, all'art. 13 L. n. 241/90, che esclude l'osservanza dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo ai fini della piena partecipazione (ai sensi dell'art. 7 della legge medesima), nei casi di specifici procedimenti volti all'adozione di regolamenti, di atti generali e di atti di pianificazione; viene così posta una distinzione rilevante ai fini che qui interessano.

Un simile discernimento qualificatorio degli atti, invero, è pure rintracciabile in seno alla L. n. 142/90 sugli enti locali, odiernamente confluita nel testo unico sugli enti locali, il D.Lgs. n. 267/2000.

La qualificazione oggettiva della condotta, utilizzando leggi di copertura di tipo tecnico-giuridico, comunque, non si sottrae alla considerazione del nesso causale quale criterio logico di connessione (di *causa ad effectum*) della condotta posta in essere dal soggetto agente, all'evento prodotto. Si è discusso in giurisprudenza e in dottrina, a tal proposito, del mutamento della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. da reato c.d. di pura condotta a reato c.d. di evento.

¹⁰ R. GAROFOLI - G. MORABITO, *Giurisprudenza penale ragionata - I singoli reati*, cit.



Il vantaggio ingiusto, il danno e il nesso di causalità

La L. n. 234 del 1997 ha apportato una modifica strutturale alla fattispecie delittuosa di cui all'art. 323 c.p., tanto che si è parlato di trasformazione da reato c.d. di pura condotta a reato-evento, o meglio, reato di evento.

Tuttavia nel versante analitico-strutturalistico della scienza giuspenalistica, recentemente, si registra un orientamento avente un impianto concettuale che sostiene l'inesistenza di reati senza evento, o di pura condotta.

Il siffatto orientamento scientifico fonda il proprio statuto falsificativo non su un *humus* culturale meramente dogmatico, né sulle adesioni valoristico-costituzionalistiche su cui, comunque, sarebbe anche agganciabile a fronte dell'esigenza del pieno e rigoroso rispetto del principio di offensività attraverso il versante fenomenologico concreto della materialità; si ricordi, invero, il cpv. dell'art. 25 Cost., in cui il legislatore costituente italiano, in tema di legalità, nei versanti formali della riserva di legge e della irretroattività penalistica, utilizza il preciso termine «fatto», in senso tecnico indicante una fetta (e soltanto quella fetta) del divenire delle azioni umane nella realtà percepibile.

Per una completezza descrittiva del penalmente rilevante quale papabile oggetto di punibilità, si tenga poi presente che il piano offensivo del divenire, annettibile alla percepibilità umana, può risultare già delineabile in porzioni cronologiche precedenti alla specifica sezione propriamente fisica del compimento degli atti idonei, diretti in modo non equivoco alla produzione di una situazione che presenti tassativi indici peculiari; in tali situazioni si ha un netto superamento del rischio naturale da convivenza socio-antropica generale. Una manifestazione del contegno dei consociati può essere qualificabile, in relazione alla integrabilità sussuntiva in una figura criminosa, come ex se pericolosa in senso specifico, e quindi come un fatto tipico nel cui entroterra logico-strutturale la soglia di punibilità viene nel precetto normativo arretrata dal legislatore medesimo, a fronte di una lesione da pericolo già di per sé offensiva in senso logico del bene giuridico della sicurezza pubblica, necessaria anticamera della protezione materiale della vita e dell'incolumità psico-fisica, e della protezione conservativa dello Stato: si pensi in tal senso ai delitti di attentato.

L'evento, se nella dogmatica «finzionistica» della teoretica tradizionale sulla fattispecie di attentato non viene solitamente condensato in una propria dimensione concettuale autonoma, nella meccanicità fenomenica di tipo fisico e nella produzione conato-psichica e neuro-ener-

getica (idealmente sintetizzabile verbalmente, a modesto parer di chi scrive, come attività fenomenico-noumenica o *nous-fenomenica*), a rigore, risulta sussistente, manifestato al reale effettivo dell'essente olistico che, in un'eventuale attività processuale successiva, sarà oggetto di ricostruzione storica in quanto fatto analiticamente considerabile, e quindi, in quanto deflagrazione causale della condotta in evento pericoloso e offensivo. Qui l'offensività viene colorata dal transito canalizzatorio del contegno criminoso dell'agente, dall'area del rischio, a quella del pericolo qualificato nomologicamente in aderenza alla sua fenomenologia; in tale ultimo senso, appunto, per via degli atti posti in essere, causalmente orientati a commettere un (altro) evento, evitabile soltanto attraverso il perseguimento dei fatti-eventi minori e precedenti, comunque integranti già una lesione da forte e peculiare messa in pericolo.

Al di là della critica, condotta da alcuni studi e osservatori giuridici, sulla non praticabilità della sistemazione dogmatica volta ad accettare perseguibili figure criminose prive di evento, che in realtà e a rigore sarebbero, appunto, delle figure criminose con un evento *ex se* pericoloso teleologicamente spinto alla (e qualificato dalla) commissione di ulteriori e determinati atti lesivi, si rilevi l'acclarato passaggio strutturale della fattispecie di abuso d'ufficio, da reato incentrato sull'*agere non iure*, a reato rifondato su un evento di ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per terzi con un danno per la persona offesa, causati da un *agere contra ius, intra moenia* (da intendere in senso funzionale, ossia nello svolgimento delle funzioni o del servizio).

La condotta causativa dell'evento del danno, patrimoniale e/o non patrimoniale, o del vantaggio patrimoniale può anche estrinsecarsi in atti giuridici interni o esterni, di carattere decisionale, consultivo, preparatorio; o in attività soltanto materiali, in comportamenti del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che rappresentino un'illecita deviazione dagli scopi propri della amministrazione pubblica.

Il complesso nomologicamente coordinato di atti posti in essere dalla P.A., in seno al procedimento amministrativo quale forma contenitrice e cultrice della funzione amministrativa pubblica (e quindi del potere amministrativo nel suo farsi atto, benvenutianamente), presenta appunto una serie di fasi in successione. A fronte della complessità il legislatore ha organizzato una sorta di parcellizzazione del lavoro degli uffici facenti parte degli organi, a loro volta appartenenti agli enti. La giurisprudenza, tenendo conto della siffatta realtà, ha garantisticamente affermato che non risponde del delitto di cui all'art. 323 c.p. il pubblico ufficiale che partecipi soltanto ad una fase procedimentale, ove il suo contributo operativo risulti essere limitato alla adozione di un atto, legittimo, che si sia posto in una relazione materialmente causalistica con il finale provvedimento patologico, poiché illegittimo. Ciò per ovviare all'inconveniente, incostituzionale, di istituire surrettiziamente una patente alla imputazione fondata su una specie di responsabilità oggettiva (Cass. n. 7290/2000).

Per quanto concerne l'ammissibilità, anzitutto logica, di una forma omissiva per la fattispecie criminosa dell'abuso d'ufficio, poi, in seno alla giurisprudenza il dibattito è stato sempre abbastanza aperto. Prima dell'ultima novella che ha inciso sulla struttura stessa dell'art. 323 c.p., ossia prima della L. n. 234/1997, un orientamento alquanto diffuso sosteneva la con-

figurabilità del delitto *de quo* anche in forma omissiva. L'omissione o il rifiuto di un provvedimento quale azione volta a favorire sé o un terzo, o pure volta a danneggiare altri, era inquadrata come abuso d'ufficio omissivo.

Tuttavia, e a rigor di attenta lettura del sistema codicistico, era stato rilevato il debordamento nell'entroterra di un'altra (specifica) norma, ben distinta, sul rifiuto di atti d'ufficio e sulla omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), figure a loro volta integranti due fattispecie diverse, per una parte degli studiosi, o una medesima fattispecie, per altro orientamento.

Mentre il primo comma dell'art. 328 prevede delle condotte integranti un rifiuto di atti urgenti (il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo), il secondo comma prevede condotte integranti la immotivata omissione di atti richiesti (il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta scritta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo; tutto ciò, però, fuori dei casi di cui al primo comma). In entrambi i casi, comunque, al di là dello scarto logico in senso stretto, il coordinamento con la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., invero, si evince dalla formula normativa «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato», presente all'inizio dell'articolo che prevede e punisce l'abuso d'ufficio: questa clausola di riserva determina la soccombenza delle figure di cui all'art. 328 c.p., per le quali il legislatore prevede la sanzione della detenzione con una cornice edittale comprensiva tra i sei mesi e i due anni nell'ipotesi di cui al primo comma, e la pena fino a un anno di detenzione per l'ipotesi di cui al secondo comma. Il «più grave reato» viene determinato, comparativisticamente, dalla considerazione del *quantum* della cornice edittale, e dato che per l'abuso d'ufficio il legislatore ha previsto una cornice che parte da un anno nel minimo e arriva fino ad anni quattro nel massimo, lo scarto logico dalla fattispecie di cui all'art. 323 c.p. a quelle di cui all'art. 328 non avverrebbe mai quando risulterebbero integrati tutti gli elementi costitutivi del «nuovo» abuso d'ufficio, più organizzato, nella propria meccanica, in senso coerente col principio di determinatezza, anche ai fini discernitivi dalle altre figure criminose.

Prima della riforma del '97, l'espressione normativa «abusa del suo ufficio» era comunque letta, dai più, come una componente che qualificava il delitto di abuso d'ufficio in termini di delitto con condotta attiva a forma libera; ma un simile argomento è risultato debole di fronte alla portata generale dell'applicazione del cpv. dell'art. 40 c.p., il quale sancisce che non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo.

Andando oltre la rarefazione della determinatezza che caratterizzava, per alcuni versi, la ricerca specifica di una condotta abusiva idonea a configurare una papabile imputazione nei confronti del soggetto agente qualificato di cui all'art. 323 c.p., accanto alla chiusura della struttura della fattispecie di abuso d'ufficio, si è assistito pure ad una resistenza del carattere di reato a forma libera, con un evento consistente in un vantaggio patrimoniale e in un danno patrimoniale o non patrimoniale. Attenta dottrina, pur sostenendo la configurabilità

dell'omissione per il delitto in questione, ha rilevato il non-senso logico di una forma omisiva per l'ipotesi della mancata astensione in presenza di un interesse proprio. L'omissione dell'omissione configura il contegno dell'agente quale azione attiva.

Chiarita la forma fenomenica del delitto tecnico che qui si sta trattando nei suoi rilievi critici, oltre che nella sua evoluzione nel tempo, si continuano ora ad evidenziare gli aspetti problematici e garantistici che la giurisprudenza ha enucleato dalla *ratio* delle disposizioni dell'art. 323 c.p. Per poter integrare la predetta fattispecie è necessario che sussista la c.d. doppia ingiustizia, ossia l'ingiustizia della condotta posta in essere in violazione di legge o di regolamento o dell'obbligo di astensione, da un lato, e l'ingiustizia dell'evento di danno o di vantaggio patrimoniale non spettante in base alla normativa regolatrice della materia (in tal senso, Cass. n. 36125/2014; n. 1733/2013; n. 27936/2008). Secondo la Corte di Cassazione, infatti, occorre una duplice e distinta valutazione: non può presumersi l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale conseguito dall'agente per sé o per terzi a fronte del rilievo del carattere *contra ius* della condotta, sia in caso di violazione di legge o di regolamento, che nel caso della violazione dell'obbligo di astensione (Cass. n. 21357/2010; n. 35381/2006).

Per quanto poi concerne il profilo della causalità, collante logico di connessione (causale) di un fatto con un altro fatto, e in particolare di una condotta, materialmente e nomo-tecnicamente qualificata ed integrante quella di cui all'art. 323 c.p., con un evento di danno, si considerino gli artt. 40 e 41 c.p. Questi ultimi costituiscono il fondamento normativo della causalità materiale o di fatto, per la ricostruzione e valutazione della dinamica dell'illecito penale; ma anche di quello civile, data la traslazione della teoria della causalità adeguata dalla *scientia* penalistica (in seno alla quale è sorta ed in seno alla quale pure è stata superata dal successivo approdo della causalità scientifica), alla sfera gnoseologica civilistica, con la teorica della regolarità causale.

Per la teorica appena menzionata non basta che il fatto antecedente sia logicamente un *prius* necessario e condizionante l'esistenza stessa, oltre che il successivo svilupparsi, del fatto susseguente; e quindi che sia *condicio sine qua non* di quest'ultimo; ma occorre che sia pure regolarmente e normalmente configurabile *ex ante*, secondo un giudizio di verosimiglianza, o del più probabile che non, e così (già) idoneo ed efficace eziologicamente a determinare il conseguente *posterius* fisico-fenomenico. Se questa impostazione presenta una valenza operativo-accertativa sufficiente nell'ambito del processo civile, nel processo penale, invece, il parametro probatorio si basa sulla certezza della connessione logica tra i due poli strutturali del fatto illecito (condotta ed evento), secondo la formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio (ai sensi dell'art. 533 c.p.p.; si v. pure Cass., SS.UU., n. 30328/2002, c.d. sentenza Franzese).

La struttura della causalità insita nella norma principe del sistema risarcitorio civilistico da fatto illecito, l'art. 2043 c.c., invero, è costituita da un fatto qualificato come doloso o colposo, e da un danno qualificato come ingiusto (*contra ius*, ma anche, in difetto di cause di giustificazione, *non iure*), oltre che dal verbo cagionare, il quale indica una messa in moto di un decorso fenomenico che nella fattualità si pone come presupposto logico determinate

per il verificarsi dell'evento, ai fini dell'integrazione della violazione del c.d. *neminem laedere*. Nell'art. 40, comma 1, c.p., invece, il legislatore utilizza il termine «conseguenza» per descrivere il legame che connette la realtà fenomenica dell'evento a quella della condotta, sia che si sposi la concezione naturalistica (e cronologica) della causalità, sia che si adotti un orientamento normativistico, e quindi fondato unicamente, e per logica, sulla lesione del bene giuridico tutelato già nella integrazione di una condotta tipica. Il delitto di cui all'art. 323 c.p., invero, non può più essere integrato soltanto in base alla configurazione di una condotta deprecabile, ma necessita ordinariamente di un evento specificamente qualificato dalla ingiustizia formale (un vantaggio patrimoniale non spettante secondo le norme ordinamentali, un danno ingiustificato). Il vantaggio patrimoniale deve essere procurato dall'agente qualificato della fattispecie *de qua*; il verbo «procurare» ricorda quello utilizzato nell'art. 2043 c.c., ossia il verbo «cagionare».

Anche se si gravita nell'orbita dei reati cc.dd. tecnici, a rigore, la sussistenza della causalità deve comunque essere accertata ai fini della 'imputazione' oggettiva di un determinato fatto-evento ad un altro determinato fatto (la condotta); nonché ai fini della ascrizione imputativa di tipo soggettivo, ossia della condotta causativa dell'evento ad una determinata persona fisica. A dominare la cognizione e la conseguente qualificazione dei fatti, attraverso la logica dei concetti scientifici del diritto, ovviamente, si utilizzano gli apparati del sapere nomologico e tecnicistico specifico.



L'elemento soggettivo: la forma intenzionale del dolo

L'elemento soggettivo dell'abuso d'ufficio dimensiona il proprio entroterra gnoseologico intorno alla forma dolosa della colpevolezza.

È importante osservare e analizzare – seppur brevemente – i mutamenti del meccanismo di costruzione, ad opera dei legislatori nel tempo, del coefficiente subiettivo che compone la fattispecie dell'abuso *de quo*. L'art. 143 della legge sui delitti e sulle pene n. 143/1808, ad esempio, puniva ogni giudice ed ogni funzionario pubblico di qualunque sorta, che abusasse del potere di cui è rivestito dalla legge, «per soddisfare una passione ed un interesse privato, anche giusto». La soddisfazione di una passione e di un interesse privato, anche giusto, invero, costituisce l'evento della condotta abusiva da parte dell'agente qualificato, ma, tra le righe della formulazione normativa, il termine «passione» starebbe ad indicare un desiderio, e nel desiderio risiede comunque un piano psico-volitivo, in cui la coscienza appercettiva – magari incompleta – oscilla precocemente in volontà diretta, quasi impetuosa verso l'oggetto desiderato. Se si pensa all'attuale codice penale italiano, si potrà invero ricordare come all'art. 90 il legislatore abbia disposto, lapidariamente, che gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità. Gli stati *de quibus*, ovviamente, sono limitati specificamente a quelli che risultano isolabili ed analizzabili in una persona sana, ossia idonea ad esercitare l'indispensabile attitudine al *self control*, attraverso il controllo della propria affettività ed emotività.

Al di là della meccanica della condotta-evento dominata dalla fenomenologia causalistica, il dolo che si configura nell'art. 143 della legge di inizio '800, quindi, risulta qualificabile come dolo specifico. In questo tipo di forma dolosa della colpevolezza, è richiesto che il soggetto agente agisca per un fine particolare, nella consumazione del reato.

L'art. 323 c.p., nella sua versione originaria degli anni '30 del secolo scorso, disponendo che «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», orientava pure la fenotipicità della colpevolezza dolosa in questione in senso specifico. Ciò in quanto il delitto doveva essere rappresentato, e voluto, dall'agente qualificato col fine di recare ad altri un danno o di procurare un vantaggio ingiusto.

Il primo comma dell'art. 323 c.p. riformato dalla L. n. 86/1990, pur conservando la medesima tipologia, e quindi la stessa conformazione in senso specifico della forma dolosa di colpevolezza, ha qualificato ulteriormente l'oggetto della coscienza rappresentativa e della volontà di cui il dolo specifico in questione si compone. La complessità discernitiva del dolo specifico del rinnovato art. 323 *post*-1990, a rigor descrittivo, consisteva nella distinzione tra i due commi: per integrare il primo comma occorre che il soggetto agente (pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio) avesse abusato del proprio ufficio «al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto». Sia il vantaggio che il danno dovevano essere entrambi ingiusti (si presume sia *contra ius* che *non iure*); il «vantaggio» del primo comma, che sanciva una pena detentiva fino ad anni due, non doveva avere natura patrimoniale. Il secondo comma, invece, disponeva che «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»: se il vantaggio aveva carattere patrimoniale era considerato più grave, e quindi punibile con una cornice edittale che poteva arrivare fino ad un lustro di durata.

Se si eccettua la riforma intervenuta con la L. n. 190/2012, la quale ha soltanto innalzato la cornice edittale della pena detentiva prevista dall'art. 323 c.p., la L. n. 234/1997, invero, costituisce l'ultimo apporto legislativo di modificazione strutturale della fattispecie *ex se* considerata.

Secondo una tesi, con la riforma del '97, la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. 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»¹¹.

E, in particolare, si osservi come il cambiamento di struttura operato dal legislatore nel '97, con riguardo al delitto di abuso d'ufficio, concerne la trasformazione di quest'ultimo da reato di pericolo con dolo specifico di danno, a reato di danno con dolo generico intenzionale.

Il ruolo che svolge il dolo specifico è quello di dimensionare l'oggettività giuridica della fattispecie, sicché non può essere surrogato dalla mera valutazione probabilistica in ordine alla realizzazione dell'evento che lo incardina, ma richiede la precisa direzione della volontà al raggiungimento del risultato¹². Secondo la dottrina che ha formulato questo rilievo, invero, la ristrutturazione dell'art. 323 c.p. da reato con dolo specifico a reato con dolo generico intenzionale, risulta una spia della simmetria tra dolo intenzionale e dolo specifico.

¹¹ A. GERMANI, *Art. 323 del codice penale: il reato di abuso d'ufficio*, cit.

¹² F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. II - *Il reato*, IQ Diritto e Scienza s.r.l., 2011, 386-387.

Per l'integrazione della fattispecie *de qua* nella densa coloritura tipologica del suo elemento psicologico, a rigore, si sono posti nel panorama giurisprudenziale pratici diversi problemi tecnici, a fronte dei quali le riflessioni teoriche, tecniche, e le istanze della società han dovuto confrontarsi con un testo normativo codicistico che statuisce quello che dispone letteralmente, e soltanto ciò che letteralmente dispone.

Per affermare la penale responsabilità dell'agente, si ritiene necessario che l'evento di ingiusto danno altrui o di ingiusto vantaggio proprio o altrui, che costituisce un elemento del fatto del delitto in questione, sia voluto come conseguenza diretta ed immediata della condotta abusiva, nonché come obiettivo primario della stessa (Cass. n. 241210/2008; n. 238927/2008). Si può pure osservare come un orientamento giurisprudenziale di merito, in particolare, abbia richiesto una più intensa coloritura del coefficiente subiettivo del soggetto agente qualificato, ossia l'esclusività del fine di perseguire un ingiusto danno o vantaggio (cfr. Cass. n. 240757/2008; da ultimo Cass. n. 245010/2009). Una pacifica acquisizione ermeneutica, da parte della giurisprudenza penale di legittimità, poi, risulta essere l'orientamento volto a rilevare che la sussistenza della forma intenzionale del dolo, necessario elemento della struttura della fattispecie di cui all'art. 323 dopo la L. n. 234/97, sia da escludersi nelle ipotesi in cui le condotte cc.dd. abusive vengano poste in essere allo scopo di perseguire un interesse pubblico, legittimamente affidato al soggetto agente qualificato (cfr. Cass. n. 231343/2005; n. 228811/2004; n. 226566/2003)¹³. Cass. n. 39371/2010, poi, ha distinto l'interesse pubblico dai fini privati anche se leciti, dai fini collettivi, e dai fini privati di un ente pubblico, oltre che dai fini politici.

Se si tiene conto, comunque, che in seno alla piattaforma applicativa pretoria, in modo costante, si è sviluppato un orientamento secondo cui per integrare il dolo intenzionale, nell'abuso d'ufficio, occorra che l'agente debba perseguire l'evento di ingiusto danno o di vantaggio quale obiettivo (addirittura) primario della propria condotta, si va incontro all'apertura di ulteriori crepe in seno all'affresco sistemico-normativo regolante i delicati e, tradizionalmente, tesi equilibri istituzionali tra i poteri legislativo ed esecutivo, da un lato, e una cospicua parte del potere giudiziario, dall'altro lato. Una simile interpretazione, tuttavia, potrebbe aprire le porte ad un certo oltranzismo di matrice impunitivistica, alterando gli equilibri dell'ordinario

¹³ Si ricordi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui difetta il dolo intenzionale del reato quando il soggetto agente qualificato, pur nella consapevolezza dell'illegittimità del proprio agire e dell'ingiusto vantaggio patrimoniale di natura privata in tal modo determinato, abbia inteso comunque perseguire la soddisfazione di un interesse pubblico, di preminente rilievo, legalmente rientrante nella sua sfera di competenza. In una tale situazione, secondo questa chiave di lettura, il favoritismo privato, in quanto qualificato dalla concorrenza del fine pubblico perseguito, risulterebbe l'oggetto di una degradazione, la quale, se non motivata da istanze sociali e valoriali oggettivamente pan-salvifiche o, pure, eminentemente salvifiche in senso specifico, costituirebbe una ingiustificabile *factio* non ricavabile dal dato testuale della meccanica di fattispecie, intesa tanto in senso statico quanto in senso dinamico. Sempre in seno alla giurisprudenza, poi, viene avanzato lo specifico orientamento, maggiormente discernitivo, secondo cui la concorrente intenzione di soddisfare l'interesse pubblico può valere ai fini dell'esclusione del dolo intenzionale, se il fatto è commesso dal soggetto cui era rimessa la cura dell'interesse pubblico e se il mezzo prescelto in concreto risulti essere stato l'unico in grado di realizzare tale interesse (cfr. *ex multis* Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2003, Mannello; Sez. VI, 22 novembre 2002, Casuscelli Di Tocco; Sez. VI, 10 gennaio 2008, Rigola, Sez. VI).

senso dell'onore, del decoro e della irreprensibilità con cui è doveroso adempiere alle proprie cariche pubbliche o ai propri uffici e servizi pubblici; con una patente violazione dell'art. 54 Cost., il quale appunto, nel secondo comma, prescrive che i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, concetti comunque mobili nel loro specifico significato, ma sempre inerenti alla onestà nel rispetto del senso del dovere pubblico. Ciò risulta più chiaro se si pensa, d'altronde, al fatto che un simile stampo ermeneutico cadrebbe in una fallacia logica dinanzi al senso proprio delle parole utilizzate dal legislatore nell'art. 323 c.p., a meno che non voglia assumersi la (qui) irragionevole presunzione per cui in tema di integrazione di abuso d'ufficio *lex minus dixit quam voluit*. Dai lavori preparatori della L. n. 234/1997, tra l'altro, si evince che il legislatore ha inserito l'avverbio «intenzionalmente» soltanto per escludere la punibilità del fatto a titolo di dolo eventuale, ove si ha la mera accettazione del rischio di verificazione dell'evento, al limite con la colpa cosciente.

Chi qui scrive non pensa di risultare inadeguato, su un piano di stretta logica, se afferma criticamente che, talvolta, si corre il pericolo di trovarsi in un panorama applicativo tendente ad ipostatizzare i peculiari piani dimensionali ontici ove la morfologia – dommaticamente qualificata – di intenzionalità dolosa realizza la propria incidenza psicologico-imputativa.

Il perseguimento di un fine strettamente politico-partitico, a rigore, non escluderebbe la configurabilità del delitto in esame. La scienza amministrativistica e la dottrina *gius-amministrativa*, ormai pacificamente, distinguono la tipologia specifica, la *ratio* e la funzione delle leggi di copertura proprie del c.d. secondo potere dello Stato, il potere esecutivo, agganciato all'alta conduzione della cosa pubblica in senso politologico, dal potere amministrativo (autoritativo e non autoritativo), attinente invece alla gestione tecnica dei pubblici interessi, nel rispetto della sfera giuridica personale e patrimoniale dei privati consociati.

Per quanto concerne la punizione di determinati malcostumi politici, poi, si ricordi come ciò che non riesce ad entrare nell'area dell'impunità dalla porta d'ingresso, entra talvolta dalla porticina retrostante della meccanica di fattispecie. È stato sostenuto, infatti, in giurisprudenza, che l'abuso occorrente per la configurabilità dell'abuso d'ufficio deve essere inteso come esercizio del potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura e dalla funzione del potere medesimo: «sicché mancando [proprio] l'elemento dell'esercizio del potere è da escludere la [stessa] configurabilità del reato».

Cass. n. 5895/2013, ad esempio, ha escluso la configurabilità dell'abuso d'ufficio per un'ipotesi di un parlamentare che aveva posto in essere condotte di cc.dd. raccomandazioni in favore altrui, poiché il siffatto contegno non rientrava nella categoria degli atti d'ufficio, dato che le condotte in questione non contemplavano l'esercizio dei poteri funzionali connessi alla specifica qualifica soggettiva dell'agente.

La L. n. 234/1997, così, ha inteso continuare sulla via tracciata dal primo approdo riformatore dei reati contro la P.A., la L. n. 86/1990, la quale ultima aveva pure abolito il reato di

interesse privato in atti d'ufficio. Il legislatore ha inteso, infatti, da un lato tipizzare ancor più nitidamente la fattispecie di abuso d'ufficio, dall'altro lato, poi, ha avuto l'obiettivo di ridurre gli spazi di sindacabilità della pubblica attività amministrativa ad opera degli organi giudiziari penali. L'eccesso di potere e i vizi di merito sono ora del tutto esclusi dalla meccanica della figura di cui all'art. 323 c.p..

L'operatore amministrativo viene chiamato *ex lege* ad esercitare un proprio *munus*, appunto, *secundum legem et regolamentum*, in violazione dei quali e in presenza di tutti gli altri elementi integranti la figura di abuso d'ufficio, a rigore, può configurarsi una lecita imputabilità ai sensi dell'art. 323 c.p..

Codificando la figura del dolo intenzionale all'interno della compagine dell'art. 323 c.p., e intensificando così la colorazione della sfera psico-subiettiva, il legislatore ha dimostrato di aderire agli apporti di un orientamento dottrinale alquanto partecipato.

«Nel composito disordine della cognizione dell'essere noumenico (...), il metro entropico utilizzato dalla dogmatica della “*scientia iuris*” è stato quello della categorizzazione della multiformità»; «[...] la scienza penalistica ha isolato alcune forme del dolo, distinte dal punto di vista della sua struttura. E così si è parlato di dolo intenzionale, ove è presente la ferma volontà dell'accadimento, di dolo diretto, ove sussiste l'accettazione dell'accadimento “*ex se*”, di dolo eventuale, ove può invece rintracciarsi l'accettazione del rischio del verificarsi dell'accadimento»¹⁴; tanto per riprendere una breve e modesta riflessione più o meno recente dello scrivente, intorno alla struttura del dolo, frutto di alcuni studi sulla evoluzione della dottrina nel Novecento e nell'attuale inizio di nuovo millennio.

In effetti, la caratterizzazione del dolo in senso intenzionale, a rigor di logica, non attiene soltanto al piano della densità volitiva (il 'più' volere, il volere in crescendo, il romantico *sehnsucht*, il desiderio del desiderio, elevato all'ulteriore potenza), bensì riguarda la struttura stessa della forma dolosa di colpevolezza, ossia la conformazione ontica dei singoli oggetti della coscienza rappresentativa pre-volitiva, in cui l'*ego* nidifica appunto il proprio orientamento volitivo specifico e intenzionalmente irremovibile. Le appena menzionate caratterizzazioni specifiche sarebbero da provare in un eventuale giudizio, a fronte di un'imputazione a titolo di abuso d'ufficio; occorre, quindi, secondo una logica criminologica affezionata ai valori dell'imparzialità e del buon andamento, che la presenza legislativa del dolo intenzionale non inibisca in modo eccessivo l'azione dell'Autorità giudiziaria nell'espletamento della propria funzione di equa giustizia tecnica. Se già di per sé il dolo, nella sua peculiare forma intenzionale, necessita di una precisa indicazione e dimostrazione probatoria, al limite di una *probatio diabolica*, non sarebbe ragionevole un orientamento ermeneutico volto a limitare la punibilità della condotta abusiva soltanto ove l'agente l'abbia posta in essere pensandola in termini di primario ed esclusivo contegno avuto di mira. Una robusta intenzione di commettere un fatto determinato, a rigore, non deve essere necessariamente accompagnata da una distinta

¹⁴ L. TRISOLINO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Persona e Danno*, 07/04/2015, http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=47480&catid=205.

intenzione di far prevalere l'intenzione *de qua* sulla alternativa rappresentazione, pure voluta; ma qui si stagliano interrogativi inerenti alla compatibilità del dolo intenzionale con il dolo alternativo, ed anche con un dolo che potrebbe inquadrarsi come surrogatorio (verificatosi il presupposto per la recessione del primario intento, unico intento diretto ed immediato sarebbe quello residuale, il quale partecipa alla fondazione – o rifondazione – del dolo che domina il fatto tipico effettivamente verificatosi, comunque intenzionale).

A conforto di quanto sostenuto, poi, si può osservare come la Corte Costituzionale, con ordinanza n. 251/2006, ha dichiarato la manifesta inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 323 c.p., considerato (*ex multis*) che in determinate pronunce giurisprudenziali di legittimità «non è stato affermato che la mera compresenza di una finalità pubblicistica basti ad escludere la sussistenza del dolo (intenzionale) previsto dalla norma; né si è mai affermato, (...), che “intenzionalmente” significhi “al solo scopo di”; che in base ai principi affermati nella giurisprudenza di legittimità non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito il fine pubblico accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illecita dal punto di vista amministrativo, non sia soggetta a sanzione penale, ma è necessario che egli abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obiettivo principale; con conseguente degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto (semplice previsione dell'evento) od eventuale (mera accettazione del rischio della verifica dell'evento); che, pertanto, la questione di costituzionalità deve essere dichiarata manifestamente inammissibile anche perché, essendo erroneo il presupposto interpretativo da cui muove il giudice rimettente, non sussiste, nei termini prospettati, il diritto vivente di cui si denuncia l'incostituzionalità»¹⁵.

¹⁵ Corte Cost., 18 giugno 2006, ordinanza n. 251.



Il comma secondo e l'aggravante speciale ad effetto comune tra determinatezza e ruolo del giudice

Il secondo comma dell'art. 323 c.p. dispone che «La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità». Il legislatore chiude l'articolo con una norma che richiama il concetto di vantaggio, nel primo comma qualificato limitatamente alla sfera patrimoniale, nonché come evento che beneficia l'agente o altri, e con il concetto di danno, specularmente simmetrico (in senso negativo-effettuale) al già menzionato concetto di vantaggio, ma non circoscritto nel suo carattere ontologico alla sola sfera patrimoniale.

Il comma secondo codifica una circostanza aggravante speciale ad effetto comune, il cui presupposto integrativo ed operativo, invero, risulta agganciato ad un giudizio (sull'evento del fatto verificatosi), che si manifesta quale frutto di un rilievo tecnico dell'organo giudicante. L'applicazione di tale aggravante trova la propria valvola nella «rilevante gravità» del vantaggio patrimoniale o del danno, patrimoniale o non patrimoniale.

L'ottica della gravità del fatto, agganciata tradizionalmente e normativamente (ai sensi dell'art. 132 c.p.) alla discrezionalità del giudice nell'applicazione della pena, trova il proprio centro di gravità codicistico nell'art. 133. Quest'ultimo sancisce che nel momento, e nel percorso logico-giuridico tutto, ove il giudice esercita la propria discrezionalità, ai fini dell'applicazione della pena, questi deve tener conto della «gravità» del reato, desunta dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione (num. 1), dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato (num. 2, assimilabile al comma secondo dell'art. 323, e non sovrapponibile, non soltanto per l'effettività del divieto del *ne bis in idem* sostanziale, ma per la ulteriore e più precisa qualificazione del presupposto dell'articolo sull'abuso d'ufficio, ove si discorre di «rilevante» gravità); e ancora, la gravità del reato va desunta, generalmente, dalla intensità del dolo o dal grado della colpa (num. 3; ma verrebbe da osservare come l'abuso d'ufficio odiernamente sia configurabile, già ordinariamente, solo a fronte della sussistenza del dolo nella sua forte e robusta forma intenzionale).

Al secondo comma dell'articolo codicistico che prevede e punisce il delitto di abuso d'ufficio, invero, potrebbe essere criticato lo scivolo della stretta tensione alla determinatezza quale corollario del principio di legalità (cpv. art. 25 Cost.), verso le indeterministiche e potenzialmente arbitrarie derive della discrezionalità giudiziaria. Occorre, però, e a rigore, notare

come la particolare portata tecnica della gnoseologia giudicante assicura la tenuta del sistema penalistico in senso garantistico, rispondente alle esigenze di certezza del diritto. Il ruolo istituzionale del giudice è un ruolo improntato alla tecnicità nomologica, la quale, invero, caratterizza anche le ipotesi in cui la legge attribuisce un potere discrezionale al magistrato giudicante. Il problema resta assopito, poi, se si considera che la legge dispone il presupposto per l'operatività della più accentuata discrezionalità suddetta, da un lato, e che la stessa legge pure prevede gli indici da cui desumere, secondo ragionevolezza e applicando le appropriate ed aggiornate leggi di copertura, i criteri orientativi sulla cui base realizzare eventualmente il giudizio sulla configurabilità o meno della rilevante gravità.

Recentemente il legislatore ha coniato un nuovo articolo nel codice penale: il 2 aprile 2015 è entrato in vigore il D.Lgs. n. 28/2015, che ha introdotto appunto l'art. 131-*bis* c.p., rubricato con la formula "Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto". Anche se in senso contrario – di *favor* – il congegno normativo di recentissimo conio, così, sposta l'asse sistemico-punitivo verso l'ampliamento di una considerazione giudiziale che, pur partendo da precisi indici prescrittivi di natura legale, ossia i presupposti di operatività dello stesso istituto in questione, si fonda su un concetto *ex se* non deterministico in senso stretto, la speciale tenuità del fatto.

Non pare quindi in voga con lo stile della formulazione logico-legislativa odierna una contestazione del secondo comma dell'art. 323 c.p. per carenza di determinatezza. Tuttavia, a ragion del vero, le odierne misure adottanti concettualismi che in un'ottica tradizionale parrebbero non particolarmente tecnicistici, nascono in un contesto di *favor rei*, da un lato, e di emergenziale nonché disperata risposta alla questione del sovraffollamento carcerario, dall'altro lato.

A proposito della «particolare tenuità del fatto», poi, si presti attenzione all'art. 323-*bis* c.p. Quest'ultimo dispone che qualora i fatti previsti e puniti a titolo di abuso d'ufficio, oltre che di peculato, peculato mediante profitto dell'errore altrui, malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione, peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri, «sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite». Si potrebbe pensare ad una sovrapposizione delle due norme sul medesimo fatto di particolare tenuità; ciò però non sarebbe a rigore veritiero, poiché l'art. 323-*bis* c.p. disciplina una circostanza attenuante speciale per tutte le fattispecie delittuose che menziona, mentre l'istituto di nuovo conio rappresenta una causa di non punibilità. Potrebbe al massimo parlarsi di una sovrapposizione sostanziale di tipo concettuale. La causa di non punibilità *de qua* si applica sì ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena (e l'abuso d'ufficio in astratto vi rientra per via del massimo edittale di anni

quattro), ma occorre verificare, in particolare, la sussistenza dei due indici-criteri – come appunto definiti nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo – indicati nella legge delega. Gli appena menzionati indici sono la particolare tenuità dell’offesa e la non abitualità del comportamento; nel testo definitivo del D.Lgs. n. 28/2015, tuttavia, il primo dei due criteri risulta ulteriormente specificato in riferimento ai parametri¹⁶ delle modalità della condotta, da un lato, e dell’esiguità del danno o del pericolo, dall’altro lato, valutati *ex art. 133, comma 1, c.p.*.

Se dal punto di vista ontologico-dommatico lo scarto è facilmente condensabile attorno alla differente natura attribuita dal legislatore alla circostanza di cui all’art. 323-*bis* c.p., e all’istituto di cui all’art. 131-*bis* c.p., introdotto dal D.Lgs. n. 28/2015, dal punto di vista degli effetti pratici e applicativi, in realtà, potrebbero porsi numerosi problemi. L’aiuto principe in siffatte difficoltà – lo ricordano i grandi maestri della messa in pratica della teoria – resta sempre il diritto, e in un sistema giuridico di tipo positivo e di *Civil law*, la stretta norma ricavata dal testo delle disposizioni prodotte dal legislatore. I criteri e gli ulteriori parametri poc’anzi menzionati, a rigore, dovrebbero tracciare una strada volta a garantire il dovuto discernimento nel momento pratico-applicativo, anche col rigoroso ausilio della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. Ciò in quanto il criterio di risoluzione delle antinomie cronologico (*lex posterior derogat priori*), e quello riassunto nel brocardo *lex specialis derogat generali*, non risultano utili, in senso stretto, a dirimere le eventuali incertezze applicative del giudice, in un magma aprioristicamente indeterminabile di fattispecie concrete.

Il delitto di abuso d’ufficio, seppur più volte mutato nella sua struttura, e ancora, seppur criticato in ogni sua formulazione legislativa, risulta essere una figura di presidio del bene giuridico dell’imparzialità, a diretta garanzia dell’uguaglianza e del diritto a non essere discriminati dai pubblici poteri. Esso, quindi, rappresenta un vessillo delle conquiste lente e dolorose che la storia delle organizzazioni umane, oltre che la storia di ogni singolo uomo vittima di ingiuste discriminazioni, ci insegna. Il suo eventuale esilio dall’ordinamento giuridico, a ben vedere, rappresenterebbe un passo indietro, non razionale, sul sentiero della tutela del cittadino.

¹⁶ C. RINALDI, *La particolare tenuità del fatto*, Iurisprudenzia.it, 04/05/2015, <http://www.iurisprudenzia.it/sentenze/La-particolare-tenuita-del-fatto-149.aspx>.



Quale futuro per la struttura della fattispecie di abuso d'ufficio

La ricerca si propone di indagare sul livello di compatibilità della figura delittuosa dell'abuso d'ufficio, così come previsto e punito nel vigente sistema penalcodicistico italiano all'art. 323, con i parametri nomologici, dispositivi in senso precettivo, del dettato costituzionale interno, intendendo quest'ultimo quale parziale formante normativo del diritto sovranazionale, in un'ottica macro-ordinamentale, monistica, di interazione fra i diversi gradi di legislazione, amalgamati sinergicamente all'interno di una comunità internazionale.

A partire dalla morfologia e dalla logica del micro-sistema dei cc.dd. delitti contro la P.A., e in particolare a partire dall'abuso d'ufficio, possono essere condotte indagini filosofico-analitiche sulla dottrina dell'ordinamento giuridico come dottrina dello Stato, quest'ultimo concepito ("già" dal Kelsen) quale organo della comunità giuridica internazionale. Possono essere condotti studi, inoltre, sul funzionalismo moderno e contemporaneo, sul ruolo del funzionario della P.A. e della magistratura nel panorama istituzionale odierno, oltre che, più astrattamente e in generale, sulle prospettive di tutela dell'essere nelle sue dialettiche con la dimensione del dover essere. Ciò sia da un punto di vista storico-materialistico e dialettico che da un punto di vista concettualistico di tipo costituzionalistico-evolutivo, sia da un eventuale osservatorio *gius-naturalistico* che da un punto di vista neopositivistico ed empirometrico-verificazionistico, con percorsi teoretico-ipotesi da falsificare.

Obiettivo principale dell'ulteriore lavoro, per garantire alla fattispecie un adeguato presente in vista di un prossimo futuro, è quello di ricercare delle coordinate epistemologiche idonee ad organizzare una lettura normativa di tipo rigoroso, il cui statuto ermeneutico caratterizzante sia fondato sul metodo logico e sull'attività di categorizzazione dei significati estraibili dal greggio del dettato legislativo, con conseguente isolamento e analisi di tali significati su un piano di enti di ragione pura, organicamente dispiegabili in apparati strutturali sistemici rispondenti a coerenza contro-antinomiale, unitarietà e completezza. Attraverso un'operazione analitica (di teoretica giuridica in senso stretto o puro), infatti, possono essere evitate le fallacie applicative e le grossolane incertezze giurisprudenziali, tenendo tuttavia conto dell'esistenza di sorprese materiali, tipiche delle complessità dei singoli casi concreti, nel c.d. diritto vivente.

Il lavoro, però, non dovrebbe fermarsi, nel suo complesso, ad una entropica *inspectio* di logica pura, ma, partendo dall'osservazione del prodotto risultante dall'incontro dialettico-prescrittivo del dato legale (generale e astratto) col portato fenomenico della dimensione antropo-

logica dell'essere, dovrebbe volgere la propria indagine sugli aspetti di carattere sociologico-giuridico, attraverso i metodi delle scienze cognitive aventi quale oggetto di studio l'individuo dinamicizzato, con gli altri individui, in una dimensione sociale, organizzata e complessa, che prende il nome di "cittadinanza". Gli aspetti salienti del contro-funzionalismo e dell'abuso dei poteri degli uffici pubblici, in danno del privato consociato, d'altronde, incidono fortemente sulla psicologia sociale, intorno alla quale, a sua volta, si giuoca la partita poietico-legislativa teleologicamente orientata – per tradizione – alla deterrenza, nonché la partita sulla fiducia in una piattaforma burocratico-statuale che sia idonea nel dimostrare la propria correttezza agli operatori del mercato, per rendersi appetibile nei confronti di questi ultimi nelle manovre di *import ed export* (si pensi alle anzidette motivazioni dell'aggravio sanzionatorio ad opera della c.d. legge anticorruzione, la L. n. 190/2012).

Allo stato attuale dell'arte, poi, occorre partecipare rigorosamente alla dottrinale riflessione dialettica volta alla riscoperta continua dell'ermeneutica normativa contemporanea, partendo da quella storica, col fine di proporre, nel rispetto della pluralità dei pensieri, una visione di tenuta degli equilibri tra i poteri dello Stato (in particolare, tra l'attività di vaglio giudiziario e quella della discrezionalità amministrativa), da un lato; e con l'intento, dall'altro lato, di distillare il diritto e la sua scienza dalle inique superfetazioni di un falso strutturalismo che talvolta, surrettiziamente, sposta l'asse ermeneutico giurisprudenziale di legittimità dagli auspicabili versanti del rigore analitico a quelli del paradosso del *favor* ultra-garantistico a oltranza. Questo, figlio dell'impunitivismo, e lontano dall'equilibrato garantismo costituzionalistico e sovranazionale, propina illogicamente letture non conferenti al dato testuale dell'art. 323 c.p. (in combinato disposto, appunto, con la Carta costituzionale italiana e con la CEDU), e, più in generale, promuove di fatto un irrazionale *laissez-faire* di nomo-ermeneutica non conferente al dato testuale dei principi fondamentali espressi nelle Carte dei diritti. In questa logica, anzitutto, occorre individuare gli elementi di distorsione nell'economia ermeneutica legalitaria, ricercando un adeguato metro che risulti obiettivamente idoneo a discernere la dimensione dell'apparato assiologico-valoriale ove trovano inizio le riflessioni giuridiche, dalla sfera dell'ideologico dogmatismo. Il tutto, condensando l'opportunità di dar voce e peso dialettico sostanziale, nella riflessione, ai versanti di un essente che è stato e che è sempre in mutevole essenza, ossia ai versanti dell'*etos*, dell'intimo pubblico sentire un fenomeno in lento, costante fermento. L'*etos*, infatti, costituisce qualcosa in più e al contempo qualcosa in meno della consuetudine: qualcosa in più sul piano fenomenico-sostanziale, poiché in seno ad esso sgorga la consuetudine coi suoi elementi della *diuturnitas* e della *opinio iuris ac necessitatis*; qualcosa in meno poiché sul piano tecnico la consuetudine ha i confini circoscritti e gli effetti limitati alla parte non punitiva, di *extrema ratio*, dell'ordinamento giuridico. L'*etos* riesce a vegliare nel meccanismo di sussunzione poietica, ossia di trasposizione della realtà fenomenica e sociale nella costruzione dei precetti delle fattispecie astratte, per quanto concerne l'operazione tipica di ogni legislatore.

I limiti di nomo-ermeneutica sopra richiamati, così, non restano privi di conseguenze sul piano della mentalità sprezzantemente anarcoide: non si avrebbe una fiacchezza della dinamica *gius*-ordinamentale dinanzi ai soprusi dei poteri finanziari globali, spesso fagocitanti le

identità autoctone e le culture imprenditoriali etiche degli Stati dove i diritti umani vengono (almeno) sanciti in senso specifico, altrimenti, oltre che una conseguente penuria sul piano dell'effettività, concetto, quest'ultimo, additivo rispetto all'entroterra concettuale dell'efficacia, nonché logicamente figlio della validità, in un macroscopico, sequenziale entroterra categoriale – autocompenetrantesi – di vigenza-cogenza, proprio della sovranità ordinamentale.

Ritornando al versante tecnico-giuridico della realtà pratica, invero, la partita per la fattispecie dell'abuso d'ufficio italiano, si giuoca intorno alla corretta intesa della struttura intenzionale della forma dolosa di colpevolezza. Si intende spesso il dolo intenzionale come dolo nel cui fuoco l'evento di danno ingiusto o di vantaggio ingiusto deve configurarsi come primario, o addirittura come esclusivo. Chi qui scrive ha più sopra rilevato il pericolo di trovarsi in un panorama applicativo tendente ad ipostatizzare i peculiari piani dimensionali ontici ove la morfologia – dommaticamente qualificata – di intenzionalità dolosa realizza la propria incidenza psicologico-imputativa.

Ma, considerando questa critica, è comunque e sempre necessario propinare una serie di tentativi di falsificazione, per vagliare il grado di resistenza del dato critico medesimo, il quale invero anela alla confutazione di una pratica ermeneutica giunta in Cassazione. Se il dato in questione non dovesse superare tale primo ostacolo, non risulterebbe idoneo ad essere utilizzato nella delineazione di una nuova ipotesi interpretativa – sempre falsificabile – sulla morfologia dolosa. I limiti che può incontrare una critica fondata sulla sussistenza di vizi e di alterazioni dipendenti da ipostatizzazione, comunque, sono rappresentati dallo svilupparsi di un'ulteriore strutturalizzazione della tipologia intenzionale della forma dolosa di colpevolezza, in un'opera di rifondazione del metro discernitivo vocato ad un neo-funzionalismo che aderisca meglio all'ottica pragmatica del foro, in seno alla quale le sottigliezze rappresentative e volitive del soggetto agente qualificato (pubblico ufficiale o i.p.s.) spesso vengono sottovalutate, quando non addirittura avversate, in una crisi del tecnicismo giudiziario dalla dimensione della stretta logica pura, salutata come iperuranica.

Incessante obiettivo macroscopico è, in realtà, il tentativo di compiere un passo in avanti sul sentiero qualificativo – in espansione – della consapevolezza – *in fieri* – sul tipo di ordinamento giuridico, complessivamente considerato, nel quale l'essere si manifesta dialetticamente attraverso i giuochi cooperativi e competitivi del proprio esistere (non monadico) *in societas*. La dinamica del percorso evolutivo dei diritti civili, politici e sociali tradizionali assume connotati che ristrutturizzano una dimensione più generale, fluida, nella quale, allo stato attuale, ci si può aggrappare soltanto alle riflessioni giuridiche proprie del *de iure condendo*, dopo il c.d. crollo delle ideologie. Si hanno diritti soli ma non solipsistici, in un eremo consunto dalla burrasca delle violazioni dei loro contenuti, ma, al contempo, diritti anelanti ad un più ampio respiro, come ampio e (pur) profondo è il respiro della mente umana nello stato di sofferenze e alienazioni; diritti, i quali, una volta usciti dall'apnea, in seguito all'azione del sistema-giustizia nazionale e sovranazionale – quando adeguatamente funzionante – quasi s'appercepiscono come forti verso l'esterno e sgretolabili nel proprio in-sé. Nel divenire degli studi degli osservatori e nelle esigenze concrete di chi li rivendica, così, si disannebbia la conoscenza del loro statuto ontologico, vocato all'evoluzione della loro natura limitata, e quindi in sostanza all'auto-superamento falsificativo dello *ius* attraverso altro *ius*, nel mutar delle

dinamiche culturali e delle formalizzazioni delle strutture socioeconomiche, quando l'essere umano si scopre potenzialmente ancor più inalienabile alla forza bruta visibile e "invisibile" dei suoi simili.

Tali diritti, poi, penetrano organicamente dalle fucine del basso alla superficie del *de iure condito*, nel sistema del nomos tecnico, quando lo spettro del *de iure condendo* riesce a perforare il guscio del formalismo, oltre che il di questo "velo di Maya", imponendosi al reale istituzionalizzato. Lo studio pratico di questa dinamica deve, a rigore, risultare idoneo ad essere condotto con mezzi tecnici che riescano a garantire la tanto invocata certezza del diritto, e che riescano a connettersi con il (differente ma non divergente) piano teleologico-valoriale di ogni scienza sociale che abbia quale nucleo basico fondante il benessere dell'essere, liberato dai miti, dopo il sospiro novecentesco e non soltanto novecentesco dell'umanità, troppo spesso oppressa e illusa sui fumi delle ideologie reali, effettive, spesso compulsive o addirittura feticistiche, della storia. A fronte delle esposte esigenze del comune vivere, occorre indagare intorno a più rigorosi "perché", i quali non si arrestino ad una ricostruzione eziologica del sistema valoriale basico, ma penetrino sino ai più estremi confini noumenici ove la logica pura riesce a rinvenire un fondamento che possa entrare nelle maglie complessive ed unificanti del sistema ordinamentale di tipo positivo, superando il timore di doversi necessariamente fermare anziluogo, ed anzi-*logos*, dinanzi ad aprioristici ed antipositivi fondamenti giusnaturalistici, affascinanti motori immobili (di aristotelica memoria), ma inconferenti in una dimensione meramente tecnico-conoscitiva tipica della scienza. Occorre, tuttavia, non dimenticare l'importanza di analizzare pure gli attuali limiti di un siffatto rigore di matrice razionalistica.

Occorre non dimenticarsi d'esser uomini e non automi; dopodiché, occorre essere il consapevole, fluido conseguire del vivido potenziale di cui lo statuto ontologico dinamicizzato dell'essere è intriso; infine, apperceptitici e affamati sempre di valori, essere in senso sapienziale e non sintetico-automatistico ciò che siamo.

Riferimenti bibliografici

A. AMAOLO, *L'abuso d'ufficio: analisi normativa e giurisprudenziale*, Altalex, 14/10/2014, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=69034>.

F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. II - Il reato, IQ Diritto e Scienza s.r.l., 2011.

A. GERMANI, *Art. 323 del codice penale: il reato di abuso d'ufficio*, Ficiesse.it, 2007, http://www.ficiesse.it/public/pdf_rivista/200607_83.pdf.

R. GAROFOLI - G. MORABITO, *Giurisprudenza penale ragionata – I singoli reati*, Neldiritto editore, 2008.

G. MORABITO, *Abuso di ufficio: i problemi sul tappeto* (tratto da R. GAROFOLI - G. MORABITO, *Giurisprudenza penale ragionata – I singoli reati*, Neldiritto editore, 2008), http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=3440#.VW4Bw8_tmko.

G. PALOMBARINI, *Gli atti del seminario di studio su “La novella anticorruzione”* del 15 marzo 2013, Camera penale Venezia, bollettino 2013, terzo numero speciale, <http://www.camerapenaleveneziana.it/news/visual.php?num=2161>.

C. RINALSI, *La particolare tenuità del fatto*, Iurisprudenzia.it, 04/05/2015, <http://www.iurisprudenzia.it/sentenze/La-particolare-tenuita-del-fatto-149.aspx>.

L. TRISOLINO, *Dolo eventuale e colpa cosciente, in Persona e Danno*, 07/04/2015, http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=47480&catid=205.

S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2008.

Riferimenti Giurisprudenziali

- Cass. n. 7290/2000
- Cass. n. 8121/2000
- Cass. n. 30328/2002
- Cass. n. 2844/2003
- Cass. n. 226566/2003
- Cass. n. 228811/2004
- Cass. n. 231343/2005
- Cass. n. 35381/2006
- Cass. n. 37531/2007
- Cass. n. 16895/2008
- Cass. n. 27936/2008
- Cass. n. 238927/2008
- Cass. n. 240757/2008
- Cass. n. 241210/2008
- Cass. n. 5026/2009
- Cass. n. 245010/2009
- Cass. n. 21357/2010
- Cass. n. 37775/2010
- Cass. n. 39371/2010
- Cass. n. 1733/2013
- Cass. n. 5895/2013
- Cass. n. 36125/2014
- Corte Cost., 18 giugno 2006, ordinanza n. 251

