

## LE RAGIONI PER ABROGARE LA NORMA CHE DISCIPLINA IL REATO DI ABUSO DI UFFICIO<sup>1\*</sup>

Sergio Perongini\*\*

1.- Nell'affrontare il tema di una possibile e necessaria riforma del reato di abuso di ufficio, occorre assumere come punto di riferimento non solo la fattispecie normativa, ma anche l'interpretazione che di essa ne offrono gli uffici giudiziari. Non mi riferisco solo all'interpretazione data dal giudice della legittimità, ma anche e soprattutto a quella offerta dal giudice di merito.

Nella prassi giudiziaria si incontrano imputazioni di:

-Abuso di ufficio per aver violato il principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Costituzione).

-Abuso di ufficio per aver rilasciato una concessione per oblazione, in contrasto con una legge sopravvenuta che appone il vincolo paesaggistico, emanata dopo la presentazione della istanza di condono.

-Abuso di ufficio per aver emanato un provvedimento con motivazione insufficiente, in violazione dell'art. 3 della l.n. 241/1990.

-Abuso di ufficio, contestato al Segretario Comunale, per aver omesso di rappresentare nel suo parere che l'adottanda delibera di Giunta comunale non era adeguatamente motivata, naturalmente senza imputare l'abuso anche ai componenti della Giunta (Sindaco e Assessori) che avevano adottato l'atto asseritamente illegittimo.

La realtà dei processi di abuso di ufficio è rappresentata da una sentenza – di cui non fornisco gli estremi per il doveroso rispetto nei confronti della magistratura – avente a oggetto una duplice imputazione. La prima imputazione è rappresentata da abuso di ufficio a carico di amministratori e degli originari proprietari per il conseguimento di una concessione in sanatoria per oblazione. La seconda imputazione, a carico degli acquirenti dell'immobile, è data da un abuso edilizio.

Nella sentenza vengono inseriti tutti i verbali delle trascrizioni e tutti gli atti emessi dalla pubblica amministrazione sulla pratica in contestazione. Oltre duecento pagine.

Il redattore della sentenza confonde il fascicolo di ufficio, in cui si inseriscono tutti gli atti processuali, con la sentenza, in cui si espongono le ragioni che hanno indotto il giudice ad adottare una data decisione.

---

<sup>1</sup> \* Relazione pronunciata al Convegno *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso di ufficio*, il 6 e 7 ottobre 2017 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Salerno

\*\*Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno. Direttore del Dipartimento.

L'aspetto più paradossale è rappresentato dal fatto che gli imputati di abuso edilizio vengono assolti dal reato di abuso di ufficio e gli imputati di abuso di ufficio vengono condannati per abuso edilizio.

Si vede che il giudice non voleva proprio scrivere la sentenza.

Questi e altri esempi si potrebbero addurre per rappresentare la realtà dei processi per abuso di ufficio.

Prospettazioni accusatorie di questo tipo, spesso nascono in sede di redazione dell'informativa di reato da parte della polizia giudiziaria, rifluiscono nell'imputazione e, poi, approdano al dibattimento, senza che su di esse vi sia un serio preventivo vaglio critico da parte del giudice.

Una volta giunte al dibattimento necessariamente su di esse il Tribunale è costretto a celebrare un estenuante e spesso inutile processo.

Questa situazione ha diverse cause:

a) è causata dal sovraccarico di lavoro esistente nelle Procure, dove avviene che l'imputazione presente nell'informativa di reato viene riprodotta nell'avviso di conclusione delle indagini;

b) è causata dal fatto che il Gup ha interpretato il suo ruolo come mero verificatore formale e ha rinvenuto, anche di recente, nelle pronunce della Cassazione un avallo a tale sua scelta;

c) è causata, soprattutto, dal fatto che, ancora oggi la norma sull'abuso di ufficio utilizza nozioni vaghe e configura in maniera atipica il reato

Ne consegue che al dibattimento arrivano processi che ingolfano l'attività del giudice.

2. – Il legislatore ha mostrato sempre consapevolezza della atipicità della fattispecie in esame.

Dalla originaria formulazione dell'art. 323 c.p., abuso innominato di ufficio, che configurava il reato in ogni ipotesi in cui il pubblico ufficiale avesse abusato dei poteri inerenti alle sue funzioni, si è transitati, con la l.n.86/1990, a una riformulazione dell'art. 323 c.p., nella cui fattispecie confluirono le ipotesi precedentemente punite dal reato di interesse privato in atti di ufficio (art. 324) e le ipotesi di peculato per distrazione (art. 314). La condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio consisteva nell'abusare del proprio ufficio.

Ne derivò una fattispecie priva del requisito di tassatività e indeterminata, sulla scorta della quale vennero avviati numerosi processi, la maggior parte dei quali – quasi tutti - si concluse con l'assoluzione o con la provvida prescrizione.

Anche in quella occasione si levarono autorevoli voci che proposero l'abrogazione della fattispecie accusata di indeterminatezza.

Il legislatore intervenne tentando di ridefinire la fattispecie, nella ricerca di un maggior grado di tassatività. Il testo oggi vigente è opera dell'art. 1 della legge n. 234/1997.

La riforma della l. n. 190/2012 ha inciso solo l'editto.

La delimitazione della condotta sanzionabile è avvenuta attraverso il riferimento a vari elementi, alla intenzionalità della condotta, alla "violazione di norma di legge o di regolamento", all'ingiustizia del vantaggio patrimoniale e al danno ingiusto.

La norma attuale avrebbe dovuto essere sottoposta dalla giurisprudenza a una interpretazione rigorosa, conforme al principio di tassatività della fattispecie penale.

3.- Invece, la giurisprudenza si è mossa in una direzione opposta, formulando interpretazioni che hanno dilatato la fattispecie.

A tal proposito, vorrei richiamare l'attenzione sul requisito dell'intenzionalità e su quello della violazione di legge o di regolamento.

4.- Innanzi tutto, la prassi giudiziale ha dilatato la fattispecie agendo sul requisito dell'intenzionalità.

Il requisito dell'intenzionalità, con il quale il legislatore ha inteso costruire una fattispecie a dolo intenzionale, scompare nella prassi giudiziaria. Si assiste a un processo strisciante di dequotazione della intenzionalità e, con essa, dell'intero elemento soggettivo.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha piena e chiara consapevolezza che il legislatore, usando l'avverbio "intenzionalmente" per qualificare il dolo, ha voluto limitare il sindacato del giudice penale a quelle condotte del pubblico ufficiale dirette, come conseguenza immediatamente perseguita, a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad arrecare un ingiusto danno. Non ricorre il reato di abuso di ufficio qualora il pubblico ufficiale si prefigga di realizzare un interesse pubblico, la cui cura gli sia stata legittimamente affidata dall'ordinamento.

La Cassazione ha precisato che ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo nel delitto di abuso di ufficio non è sufficiente né il dolo eventuale (cioè l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento), né il dolo diretto (vale a dire la rappresentazione dell'evento come realizzabile con un elevato grado di probabilità o addirittura di certezza, senza essere un obiettivo perseguito), ma è necessario il dolo intenzionale, cioè la rappresentazione e la volizione dell'evento di danno o di vantaggio patrimoniale.

Invece, nella prassi giudiziaria la situazione è capovolta.

Si può parlare di dequotazione dell'intenzionalità e dell'elemento soggettivo.

Innanzi tutto, il dolo intenzionale non solo non è oggetto di prova diretta, ma è desunto implicitamente da altri requisiti.

Spesso la giurisprudenza supplisce alla carenza di prova del dolo intenzionale affermando che esso si desume dagli altri elementi costitutivi della fattispecie. Nelle imputazioni di abuso di ufficio si legge che si desume "dalla macroscopicità della illegittimità", e a volte tale locuzione si ritrova nella motivazione delle sentenze, per fortuna, solo di primo grado.

Inoltre, l'elemento soggettivo e il requisito dell'intenzionalità non sono più oggetto di attività investigativa. I processi passano davanti al Gup e approdano al

dibattimento senza che nel corso delle indagini preliminari si sia indagato su tale aspetto, vale a dire in mancanza di indagini su di un elemento essenziale del reato, che deve necessariamente esistere prima di esercitare l'azione penale.

La carenza investigativa e istruttoria viene supplita dal giudice con le frasi ad effetto che ho riportato, le quali però non hanno alcun significato.

5. - La prassi giurisprudenziale, in secondo luogo, ha dilatato la fattispecie agendo sul requisito della violazione di norme di legge o di regolamento, in maniera paradossale, perché, proprio questo requisito era stato introdotto dal legislatore per cercare di ridurre il grado di indeterminatezza della fattispecie e di fronteggiare le interpretazioni più disinvolte.

La formulazione, per quanto costituisca un sicuro progresso rispetto all'impianto precedente, non costituisce un capolavoro di tassatività.

Il riferimento alla violazione di regolamento è eccessivamente ampio e generico. Sarebbe stato necessario limitarlo alla violazione dei regolamenti previsti dalla legge n. 400/1988 o, meglio, eliminare del tutto il riferimento alla violazione dei regolamenti.

Inoltre, il legislatore avrebbe dovuto precisare che la violazione di legge doveva essere diretta e non indiretta e mediata.

Nonostante l'ampiezza del riferimento normativo, sono stati avviati numerosi processi in cui la illegittimità contestata era un mero eccesso di potere. Colpisce il fatto che su un profilo siffatto sia stata impegnata la Cassazione, che si è pronunciata anche con tesi diametralmente opposte.

Anche altre patologie sono state oggetto di contestazione.

Tuttavia, la contestazione che mi ha colpito più di tutte è rappresentata dalle imputazioni di abuso di ufficio per violazione dei principi costituzionali: violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione, violazione del principio di imparzialità, violazione del principio di uguaglianza.

Il dibattito sulla configurabilità del reato in siffatte ipotesi ha investito anche la Cassazione, nelle cui sentenze si rinvengono posizioni diametralmente opposte. Accanto a sentenze in cui si nega nettamente la configurabilità del reato, vi sono pronunce che ne affermano la configurabilità.

Il nocciolo della questione ruota intorno alla possibilità che il principio costituzionale si traduca in un precetto dai connotati tassativi.

Il dibattito sulla configurabilità del reato di abuso di ufficio in caso di violazione di principi costituzionali si fonda su di una concezione dei principi costituzionali inadeguata.

Essa li concepisce analogamente ai principi giuridici, così come configurati nel dibattito che investì la categoria agli inizi degli anni trenta o, nella migliore delle ipotesi, li interpreta riesumando la distinzione fra norme programmatiche e norme precettive.

La riflessione verte intorno alla idoneità o alla inidoneità del principio a integrare una regola di immediata applicazione, con connotati tali da configurare in maniera esauriente il requisito della violazione di legge.

In numerose sentenze della Cassazione si afferma che sussiste il reato di abuso di ufficio in quei casi in cui il requisito della violazione di legge è integrato dalla violazione dell'art. 97 Cost., nella componente immediatamente precettiva della norma che, in ossequio al principio di imparzialità, vieta ingiustificate preferenze o favoritismi.

Naturalmente, il ragionamento è errato.

È una banalità argomentativa, che se sottoposta a una seria verifica analitica disvela la sua inconsistenza.

Non vi è abuso di ufficio per violazione del principio di imparzialità quando un provvedimento dispone diversamente da quanto deciso da un precedente provvedimento su di un caso identico.

Non può venire in considerazione la violazione del principio di imparzialità.

Se il primo provvedimento viola la legge, non si può pretendere che il secondo si adegui al primo, riproducendo la stessa illegittimità del primo.

Invece, se è legittimo il primo provvedimento, il secondo sarà illegittimo di suo, per violazione di legge, senza dover ricorrere al principio di imparzialità.

Inoltre, il ragionamento è errato perché l'atipicità non è presente ex ante, bensì ex post. In altri termini, la deduzione della regola immediatamente precettiva dal principio costituzionale è frutto di una complessa attività interpretativa, riservata al giurista, non ascrivibile e né imputabile al cittadino.

Infine, il difetto più grave di tale dibattito è rappresentato dalla completa assenza di consapevolezza del ruolo dei principi costituzionali nei sistemi costituzionali contemporanei.

A tal proposito, appare davvero incredibile che nel dibattito sul profilo in questione sia del tutto assente l'approccio teorico che, propone il superamento delle visioni tradizionali del diritto (giusnaturalistiche, giuspositivistiche e realistiche) rilevando la progressiva costituzionalizzazione dei sistemi giuridici contemporanei.

Mi sembra che i protagonisti del dibattito sull'abuso di ufficio (giurisprudenza e dottrina) ignorino nella maniera più assoluta le più importanti direzioni di ricerca del costituzionalismo contemporaneo.

Naturalmente, il riferimento è al neocostituzionalismo di Alexy, Dworkin, Nino, alla teoria discorsiva del diritto di Habermas, alle correnti di revisione del positivismo, sia quelle che hanno dato luogo al positivismo inclusivo di Coleman e di Waluchow, sia a quelle che hanno dato luogo al positivismo critico di Luigi Ferrajoli.

Per il profilo che qui interessa, tutte le predette direttrici di ricerca riconoscono, senza ombra di dubbio, che a) i principi costituzionali posseggono una struttura normativa differente dalle regole; b) i principi costituzionali sono suscettibili di una pluralità di interpretazioni.

Esiste una grande differenza fra i principia iuris del giusnaturalismo moderno e dell'illuminismo giuridico, i principi generali del diritto della dogmatica giuridica e i principi costituzionali dello Stato di diritto moderno.

I principi costituzionali sono diversi dai principi generali del diritto da un punto di vista strutturale, da un punto di vista finalistico e da un punto di vista funzionale.

I principi costituzionali non possono essere assunti a base della fattispecie penale perché la loro struttura normativa non consente di poterli utilizzare per ricostruire una fattispecie tipica e tassativa.

Essi sono suscettibili di giudizi valoriali che conducono a interpretazioni differenti, dipendenti dal diverso ambito ideologico prescelto.

I principi sono suscettibili di una pluralità di interpretazione perché la loro ermeneutica è condizionata dalle diverse opzioni ideologiche, tutte presenti nella stessa Costituzione per il suo pluralismo.

In base a essi, sono possibili differenti ricostruzioni della fattispecie penale, che mal si conciliano con la necessaria prevedibilità della fattispecie penale e, in generale, di quella sanzionatoria.

I principi costituzionali non si prestano alla deduzione di una fattispecie "in termini di certezza" adeguata alla tassatività.

Per quanto concerne la finalità, va evidenziato che i principi costituzionali sono più adatti a proteggere beni essenziali e primari, come quelli che riguardano i diritti, hanno una maggiore capacità di proteggere i diritti, rispetto alle norme che contengono regole generali e astratte.

Essi non hanno una funzione ausiliare delle norme. Inoltre, a differenza dei principi generali del diritto, non possono essere utilizzati per integrare le norme quando queste ultime non comprendano espressamente il caso in esame.

Posseggono un valore fondativo ultimo.

6. – Ne è derivata la completa sovrapposizione fra attività amministrativa illegittima e reato di abuso di ufficio. Ogni qual volta vi è una illegittimità amministrativa si contesta un abuso di ufficio.

7. – L'automatica trasposizione delle patologie del provvedimento amministrativo in sede penale, con la conseguenza di configurare un abuso di ufficio ogni qual volta si sia in presenza di un provvedimento illegittimo, è un errore madornale, teorico, ideologico, storico. È un obbrobrio giuridico.

Ritenere che vi sia un abuso di ufficio ogni qual volta vi sia una illegittimità amministrativa implica la sovrapposizione di due fenomeni che si sviluppano lungo direttrici contrapposte.

Sia nel diritto amministrativo, che nel diritto penale, vi è sempre un conflitto fra autorità e libertà.

Il potere pubblico (amministrativo o penale) incide sui diritti del cittadino, sulla sua libertà.

Nel diritto amministrativo, il sapiente lavoro svolto dal giudice amministrativo ha consentito di scovare, nelle pieghe dell'azione amministrativa, forme sempre più subdole di illegittimità, ampliando il decalogo delle invalidità dell'atto amministrativo (per es., eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità).

Il processo di valorizzazione delle garanzie difensive è in continuo movimento.

In tal modo, si è arricchita la tutela giurisdizionale, si sono difesi i diritti dei cittadini, si è rafforzato il polo della libertà.

Questo prezioso risultato – che fa del nostro giudice amministrativo una istituzione irrinunciabile, un pilastro sul quale si fonda il nostro ordinamento – non può essere riversato in sede penale, vale a dire non può essere utilizzato come elemento costitutivo del reato di abuso di ufficio.

Anche nel processo penale si assiste alla dialettica fra autorità e libertà, fra il potere punitivo dello Stato e la libertà personale del cittadino.

La disciplina del processo penale, le garanzie difensive, la tipicità e la tassatività della fattispecie penale sono tutte protese ad assicurare un giusto processo all'imputato, sono tutti baluardi a tutela della libertà personale.

La sovrapposizione fra illegittimità amministrativa e abuso di ufficio, l'identificazione di un abuso di ufficio ogni qual volta si sia in presenza di una illegittimità amministrativa conduce a due gravi conseguenze.

Innanzitutto, implica supportare il potere, l'autorità, con uno strumento concepito e utilizzato per la tutela della libertà.

Si sovrappongono elementi che si muovono lungo direttrici contrapposte e conflittuali.

In secondo luogo, si costruisce una fattispecie di abuso di ufficio atipica, perché uno dei suoi elementi costitutivi è rappresentato da un dato suscettibile di continue modificazioni, l'illegittimità appunto.

8. – La fattispecie penale deve essere non solo tipica, ma anche tassativa, vale a dire deve essere prevista dal legislatore, ma deve essere costruita in maniera tale che i suoi elementi costitutivi siano tassativamente delineati dal legislatore.

La fattispecie astratta deve ispirarsi a un canone di rigorosa tassatività.

La Corte EDU ha stabilito che la fattispecie penale deve essere contraddistinta da un così elevato grado di tassatività, da rendere prevedibile ciò che costituisce reato.

La prevedibilità di ciò che costituisce reato diventa un elemento essenziale per comminare la pena.

Il cittadino deve sapere in anticipo quali sono le condotte che integrano reato, non può scoprirlo dopo aver commesso un fatto.

9. – In presenza di una norma con vaghezza semantica, idonea a configurare solo una nozione a contenuto variabile, il processo subisce una distorsione.

L'istruttoria dibattimentale non è più il luogo dove si accertano i fatti, dove si acquisisce la prova dei fatti, ma diventa il luogo in cui si qualificano giuridicamente i

fatti. Assistiamo all'escussione dei consulenti tecnici del P. M. che ci rappresentano – secondo loro – le cause di illegittimità dei provvedimenti amministrativi.

Se c'è bisogno di un consulente, di un esperto, per chiarire al giudice che il provvedimento è illegittimo, come volete che un privato cittadino possa avere consapevolezza della illegittimità dell'atto?

Il processo – normalmente – serve a stabilire se l'imputato ha commesso un reato, se ha commesso un fatto che integra un reato.

Quando si è in presenza di una nozione vaga – come nel caso di abuso di ufficio – il processo diventa strumento per costruire la nozione di reato, per stabilire quali sono le condotte che integrano la fattispecie penale.

Non solo la funzione del processo subisce una grave distorsione, ma soprattutto ne esce completamente alterato il rapporto fra funzione legislativa e funzione giurisdizionale: la costruzione della nozione del reato di abuso di ufficio non è opera del legislatore – come dovrebbe essere – ma è il giudice che stabilisce quali sono gli elementi della fattispecie penale.

Per come è formulata oggi la fattispecie del reato di abuso di ufficio, l'ultima parola su ciò che è reato non spetta al legislatore, ma al giudice.

10. – Tutto ciò è anche il segno dei tempi.

La magistratura oggi non si limita a svolgere il ruolo di supplenza che aveva caratterizzato la sua attività negli anni 70', quando in presenza di una amministrazione inerte interveniva a difesa di interessi sociali deboli.

Oggi la magistratura assolve a un ruolo che esonda dai suoi margini istituzionali. La magistratura si sostituisce all'amministrazione.

Spesso le decisioni della magistratura si sovrappongono a quelle del governo, dell'amministrazione e dello stesso legislatore. Non mi riferisco solo alle sentenze del giudice penale, ma anche alle decisioni dei giudici fallimentari, dei giudici civili, della magistratura amministrativa. Il Consiglio di Stato, nei suoi duelli con il legislatore, ha scritto pagine raffinatissime.

Dalla supplenza si è passati alla sostituzione.

Nelle mie parole non vi è la pretesa di formulare alcun giudizio. Mi limito a segnalare un fenomeno – peraltro, lucidamente e magistralmente illustrato da Habermas – e a trarne le dovute conseguenze.

Qualsiasi intervento del legislatore volto a ricondurre la fattispecie dell'abuso di ufficio nei confini imposti dal principio di tipicità e dal principio di tassatività, verrà sicuramente aggirato da interpretazioni ampliative.

Avremo sempre interpretazioni volte ad ampliare e a disarticolare la disposizione legislativa.

Per queste ragioni ritengo preferibile abrogare la norma che prevede il reato di abuso di ufficio.



I processi per abuso di ufficio ingolfano gli uffici giudiziari, ritardano o impediscono gli altri processi, quelli più gravi, che colpiscono gli interessi quotidiani dei cittadini: le violenze sui minori e sulle donne, i furti negli appartamenti, le truffe a danno degli anziani, le rapine, ecc. ecc.

I processi per i reati di abuso di uffici paralizzano l'amministrazione.

Quando un'amministrazione non funziona è l'intero paese che rimane fermo, che ne subisce le conseguenze.

11. – Infine, l'idea di schermare l'abuso di ufficio con le linee guida è una idea agghiacciante. Solo chi non conosce le migliaia di pagine che vengono scritte come linee guida può sostenere una tesi simile.

Innanzitutto, saremo costretti a individuare quali linee guida sono vincolanti e quali non sono vincolanti.

In ogni caso, anche se ci riuscissimo, c'è il rovescio della medaglia.

Già vedo centinaia di processi per abuso di ufficio in cui si contesta la violazione delle linee guida.

Per abrogare la norma che prevede il reato di abuso di ufficio, ci vorrebbe un legislatore dotato di autorevolezza morale.

Ma in un paese dove il giustizialismo è presentato come la panacea di tutti i mali, dove domina il panpenalismo e il "pan Anac ismo", l'abrogazione mi sembra una ipotesi in salita.