

DISEGNO DI LEGGE

**d’iniziativa dei senatori SENESE, SALVI, RUSSO, VILLONE,
BERTONI, FASSONE, CALVI, BONFIETTI, BARBIERI, STANISCI
e PELLEGRINO**

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 28 GIUGNO 1996

Modifica all’articolo 323 del codice penale
in materia di abuso d’ufficio

ONOREVOLI SENATORI. - La fattispecie legale del reato di abuso d'ufficio costituisce da tempo materia di dibattito in dottrina e nella sfera politica. Intorno ad essa si addensano tutte le difficoltà proprie della normativa penale posta a presidio della correttezza ed imparzialità della pubblica amministrazione. In particolare, assume rilievo la difficoltà di realizzare un soddisfacente equilibrio tra l'esigenza di un'efficace tutela penale dei suddetti beni, di rango costituzionale, e l'esigenza di garantire il libero esercizio dell'azione e della discrezionalità dei pubblici amministratori, la cui correttezza politica e amministrativa non potrebbe essere sindacata dal giudice penale senza intaccare altri non meno rilevanti principi costituzionali.

La figura di reato di che trattasi - insieme a quella ad essa affine dell'interesse privato in atto d'ufficio, abrogata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86, - postula un tale bilanciamento, il cui centro di gravità è particolarmente sensibile non soltanto al delicato rapporto tra giustizia e politica ma soprattutto agli orientamenti culturali che in materia si formano nella società e nell'opinione pubblica e che inevitabilmente si riflettono, sia pure in maniera non meccanica, nella giurisprudenza.

La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, operata con la citata legge n. 86 del 1990, citata) aveva come finalità quella di escludere l'ingerenza del giudice penale nel merito delle scelte discrezionali dei pubblici amministratori che, ancorchè discutibili sotto il profilo dell'opportunità politica o amministrativa o della legittimità amministrativa, non offendessero comunque il bene della probità dell'azione amministrativa. L'intenzione della riforma e la sua *ratio* consistevano nell'obiettivo di segnare una chiara linea di confine tra il malaffare ed il favoritismo perseguiti attraverso

la strumentalizzazione del pubblico potere e l'esercizio magari errato o distorto della discrezionalità amministrativa. Solo ai primi s'intendeva riservare il rigore del magistero penale, rimanendo la variegata fenomenologia rapportabile al discutibile uso del potere discrezionale affidata ad altre forme di reazione (responsabilità amministrativa o interventi della stessa pubblica amministrazione o della giustizia amministrativa e/o responsabilità politica). L'intento del legislatore, insomma, era quello di evitare un panpenalismo lesivo del fondamentale principio di civiltà che considera lo strumento e la reazione penale come *extrema ratio*.

La *ratio legis* della riforma, come sopra sintetizzata, può considerarsi assolutamente incontestata, attestata com'essa è dai lavori preparatori e dagli unanimi commenti della dottrina all'indomani di essa.

Altro discorso è se l'obiettivo sia stato raggiunto in termini di adeguatezza della formulazione normativa e di sua traduzione giurisprudenziale. È noto infatti che, soprattutto a causa del dilagare del malcostume pubblico, la magistratura specie inquirente è stata chiamata ad un grande impegno per contrastare il malaffare nella pubblica amministrazione e che la fattispecie del nuovo abuso d'ufficio ha assai spesso rappresentato lo strumento attraverso cui far venire alla luce fatti di corruzione o grave strumentalizzazione dell'ufficio pubblico a fini particolari o privati. Da qui un'oggettiva dilatazione dell'impiego di tale imputazione, favorito anche da una certa qual indeterminatezza della descrizione della fattispecie legale, che è oggi universalmente riconosciuta non solo dalla dottrina, dalle stesse associazioni di magistrati, dagli amministratori locali e dalle loro associazioni, da tutte le forze politiche (come attesta la messe di disegni di legge variamente intesi

a riformulare la norma di cui all'articolo 323 del codice penale, che solo l'anticipata fine della XII legislatura ha impedito di tradurre in una nuova e, sperabilmente, più precisa norma) ma, soprattutto, dal massimo rappresentante dell'ufficio preposto all'imparziale applicazione della legge: il procuratore generale presso la suprema Corte di cassazione. Si legge infatti nella relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 1995, letta il 18 gennaio scorso in pubblica udienza alla presenza del capo dello Stato: «Proprio una delle norme poste a tutela della moralità nella cosa pubblica, l'articolo 323 del codice penale ... presenta un'insufficiente tipicità dell'illecito, che rende incerta l'area della penalizzazione: il che da un lato crea il rischio di invasioni nel merito degli atti di amministrazione, con la conversione di mere illegittimità amministrative in illeciti penali dalla linea insicura, dall'altro lato dà incentivo alla presentazione di denunce per comportamenti soltanto sintomatici».

Da qui l'esigenza di procedere ad una ridefinizione della fattispecie legale, idonea a sottrarla, per quanto possibile, agli elementi di indeterminatezza che la stessa oggi esibisce.

L'attuale formulazione, infatti, affida la descrizione della condotta incriminata al termine «abuso». Si tratta di un'espressione verbale che vanta una lunga tradizione nel linguaggio giuridico e nei testi legislativi (anche al di là della specifica materia in esame) ma che, malgrado ciò, non riesce a sottrarsi ad una connotazione più suggestiva che analitica. Quand'è che l'agente pubblico «abusa» del suo ufficio? Potrebbe risponderci: tutte le volte in cui egli esercita, ovvero omette di esercitare, i suoi poteri per un fine estraneo alla pubblica amministrazione; potrebbe anche precisarsi che la pubblica amministrazione deve intendersi nel suo insieme e non come singola branca o singolo interesse pubblico cui l'agente è preposto. Resterebbe pur sempre però che la condotta punibile si caratterizzerebbe in funzione di un elemento soggettivo: la finalità che sorregge l'esercizio (positivo o negativo) del potere.

E tale connotazione soggettiva spingerebbe - come attualmente spesso si verifica - a spostare l'accento tutto sull'elemento soggettivo, a sovrapporre e sostituire l'indagine sull'orientamento della volontà dell'agente alla identificazione dell'elemento oggettivo della fattispecie, che dovrebbe invece essere apprezzabile di per sé, precisamente riconoscibile e certa.

È quanto oggi avviene in molte iniziative giudiziarie, specie nella fase delle indagini e delle prime delibazioni di merito.

Nell'attuale formulazione legislativa, invero, la inevitabile indeterminatezza della condotta dovrebbe trovare un contrappeso nella sussistenza del dolo specifico che deve accompagnare l'«abuso» per renderlo penalmente rilevante (esso infatti dev'essere realizzato «al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio ... o per arrecare ad altri un danno ingiusto»). Nella pratica, però, sovente si muove da tale (reale o supposto) fine per connotare la condotta di cui si tratta come «abuso»; con la conseguenza, non di rado, di trasformare l'accertamento del reato in un processo alle intenzioni, fondato su (pochi o molti) elementi sintomatici ma privo di un ancoraggio ad un elemento materiale verificabile o falsificabile.

Che la giurisprudenza della Corte Suprema, specie negli ultimi anni, si sia sforzata di correggere siffatte storture, elaborando criteri e categorie idonee a limitarle (quali ad esempio il requisito della cosiddetta «doppia ingiustizia» dell'atto), non elimina il rischio insito nella formulazione legale ed alimentato da una prassi pluriennale.

Appare perciò opportuno ridefinire la condotta punibile, eliminando dalla formula che la descrive ogni riferimento all'«abuso» e indicando in suo luogo comportamenti oggettivamente apprezzabili quali l'esercizio del potere in violazione di legge o regolamenti ovvero di norme sulla competenza o del dovere di astensione ovvero ancora l'indebita omissione del compimento di un atto d'ufficio. Al tempo stesso è parso opportuno trasformare il reato in delitto d'evento (che non esclude il tentativo) nel senso che l'esercizio (o il non esercizio) del

potere in violazione di precisi doveri, per acquistare rilevanza penale, deve produrre all'agente o ad un terzo un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero deve arrecare ad altri un danno ingiusto. Tale evento deve costituire il risultato perseguito dall'agente attraverso la condotta anti-giuridica come sopra identificata. Siffatta finalizzazione è stata espressamente (anche se pleonasticamente) affermata, per ribadire che non ogni ingiusto vantaggio o danno, conseguenza di un esercizio di potere in violazione di norme, vale ad integrare il reato, ma solo quello che si configuri come il risultato avuto di mira dall'agente con la sua condotta anti-giuridica.

Il vantaggio deve essere «patrimoniale». Ciò, anche alla luce dell'estensione del concetto di patrimonialità operata dalla giurisprudenza, vale ad escludere dall'area dell'illecito penale comportamenti anti-giuridici ma non catalogabili come episodi di malaffare o di favoritismo corruttivo.

La pena prevista è stata ricondotta a quella prevista per la corruzione impropria, rimanendo la previsione dell'attuale pena

per i casi in cui il danno o il vantaggio presentino un carattere di rilevante oggettiva gravità.

Onorevoli colleghi, i presentatori sono consapevoli che la modifica proposta restringe l'area della repressione penale dei comportamenti scorretti degli agenti pubblici. Alla parte di questa area sottratta al magistero penale, si ritiene debbano meglio corrispondere responsabilità amministrative o civili o contabili e, in ultima analisi, responsabilità politiche. Il bene della certezza del diritto, irrinunciabile in materia penale, e la tranquillità dei tanti amministratori onesti giustificano, ad avviso dei proponenti, lo spostamento di confine, che con il presente disegno di legge si opera, tra responsabilità penale e altre forme di responsabilità. Al tempo stesso si confida che una riformata funzionalità dei meccanismi di controllo ed una maggiore sensibilità e vigilanza dei cittadini rendano efficaci queste diverse forme di responsabilità, sì da poter superare la disperante alternativa tra un panpenalismo crescente o un malcostume dilagante.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

(Modifica dell'articolo 323 del codice penale)

1. L'articolo 323 del codice penale è sostituito dal seguente:

«Art. 323 (*Abuso d'ufficio*) - Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, esercitando i suoi poteri in violazione di norme sulla competenza o di altre norme di legge o regolamento ovvero omettendo indebitamente di compiere un atto del suo ufficio ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse suo proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente procura a sè o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La pena è da due a cinque anni nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante oggettiva gravità».

