SENATO DELLA REPUBBLICA

XII LEGISLATURA

N. 2380

DISEGNO DI LEGGE

d'iniziativa del senatore LUBRANO DI RICCO

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 20 DICEMBRE 1995

Modifica dell'articolo 323 del codice penale
in materia di abuso di ufficio

TIPOGRAFIA DEL SENATO (1700)

ONOREVOLI SENATORI. – Quanto finora sostenuto in materia di modifica del delitto di abuso di ufficio ripete discussioni antiche, oggetto di dispute e rilievi già sottolineati più volte nel corso dei lavori preparatori della legge n. 86 del 1990 e pur tuttavia non accolti.

È stato prospettato il pericolo della penetrazione indebita del giudice penale nelle valutazioni discrezionali di merito della pubblica amministrazione.

Ma ciò non ha senso, in quanto ai fini dell'abuso di ufficio non si tratta di applicare o disapplicare un atto, ma di accertare una condotta eventualmente criminosa valutando l'attività di cui essa consiste. Nei delitti di abuso la distinzione tra merito e legittimità non è praticabile: in essi non si effettua in senso proprio alcun sindacato sull'atto compiuto dal funzionario (ai fini della sua disapplicazione), ma si valuta l'atto semplicemente perchè in esso consiste l'operato del funzionario, in quanto comportamento umano. In questo senso il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa è imposto dalla sola, banalissima quanto insuperabile ragione che altrimenti il giudice non sarebbe in grado di accertare se, storicamente, il fatto previsto dalla norma incriminatrice si è realizzato o meno. Merito amministrativo e abuso di potere non si collocano dunque in terreni separati, in modo che il secondo possa cominciare là dove finisce il primo. Insistono invece sullo stesso spazio che, se viene occupato dall'uno, lascia il posto all'altro e viceversa. In definitiva nei delitti di abuso il tema dominante è se un merito amministrativo sussista, o invece non ricorra un merito di consistenza tutt'affatto privata, di natura criminosa.

Ne consegue che specificare la nozione di abuso di ufficio con la condotta di violazione di espresse disposizioni di legge *et similia* ovvero addirittura sostituire quella nozione con tale condotta significa svolgere una operazione che mette fuori campo dalla sanzione penale gli abusi più pericolosi, perchè formalmente corretti.

Il termine abuso ha riferimento chiaro ai poteri conferiti all'agente e concerne ogni loro strumentalizzazione ai fini di danno altrui o di vantaggio per l'agente o i terzi. E tale abuso è tanto più insidioso e pericoloso in quanto risulti costitutivo di una condotta formalmente corretta, non lesiva di espresse norme, eppure posta in essere per un ingiusto danno. Le conseguenze assurde si rinvengono nel risultato che la corruzione impropria non costituirebbe di per sè un abuso. Nell'abuso è insita, nonchè la violazione di espresse disposizioni di legge *et similia*, la strumentalizzazione del proprio ufficio per vie più sottili e come tali più pericolose.

Un punto debole nella attuale strutturazione del delitto di abuso è senza dubbio il fatto che in definitiva la tipicità del delitto si coglie solo nel dolo specifico. Del resto nel corso dei lavori di riforma è stata segnalata proprio tale soluzione come peggiorativa rispetto alle norme di peculato per distrazione e di interesse privato in atti di ufficio confluite, per giurisprudenza unanime, nell'attuale delitto di abuso di ufficio. La costruzione di una fattispecie in termini di dolo specifico, sia pur con riferimento ad un elemento di illiceità speciale, e non meramente espressa, anzichè come casualmente orientata, è espressiva di una scelta che non conferisce piena garanzia alla libertà del cittadino. In tal modo nel fatto di reato rimane privilegiata la situazione interiore del soggetto, della intenzione appunto, anzichè del risultato della condotta umana, e del significato oggettivo del fatto stesso. Il ritorno ad un diritto penale della volontà o del motivo interiore è immanente, non es-

sendo sufficiente certo l'abuso di ufficio, che equivale di per sè ad un mero illecito amministrativo o disciplinare, a dare concretezza e tipicità al fatto di reato.

I pericoli paventati sono solo in parte fugati dall'osservazione della sussistenza di un dolo specifico teso all'ingiustizia del vantaggio e del danno. Dove l'ingiustizia non si identifica certo con l'illegittimità insita nella condotta di abuso: ma richiama una nota di illiceità speciale, alla stregua di norme giuridiche e non sociali, che qualifica i termini di scopo (vantaggio o danno) in modo che gli stessi vengano a trovarsi in netto, insuperabile contrasto con gli altrui diritti, quindi con le situazioni e le facoltà giuridicamente rilevanti, attribuite a persone fisiche o giuridiche che l'ordinamento riconosce e garantisce.

Val la pena di approfondire, il che non è stato ancora fatto a sufficienza a livello di discussione politica, l'importanza della ingiustizia del vantaggio o del danno. In proposito può richiamarsi il pensiero di Carlo Esposito (*La Costituzione Italiana,* Padova, 1954, pagine 109 e 260), che proprio a proposito dell'articolo 323 del codice penale, richiamava l'articolo 28 della Costituzione, in relazione al quale la punibilità del pubblico funzionario avrebbe sempre dovuto essere subordinata al fatto non solo dell'abuso della loro posizione, ma della lesione dolosa dei diritti dei cittadini. L'ingiusto di cui all'articolo 323 del codice penale richiama l'analoga nozione dell'ingiusto di cui all'articolo 243 del codice civile: nel suo duplice significato di torto, quale lesione dell'altrui sfera giuridica, e di *injuria datum, contra jus,* specificatamente contrario al diritto. Con la conseguenza che il torto attingerebbe non soltanto i diritti soggettivi, privati e pubblici, ma anche gli interessi legittimi anche diffusi o collettivi, secondo i princìpi degli articoli 28 e 113 della Costituzione.

Ora l'attuale formulazione dell'articolo 323 del codice penale rischia di relegare questa importante ed imponente componente nei meandri spesso inaccessibili delle intenzioni: in quanto reato a dolo specifico l'abuso di ufficio non esige per la sua consumazione il realizzarsi del fine di vantaggio o di danno, ma - e questo rilievo sembra veramente dirompente - nemmeno richiede la idoneità della condotta di abuso in vista di tale risultato.

Un ritorno allora alla filosofia dell'articolo 175 del codice Zanardelli si impone per dare tassatività e concretezza alla fattispecie: «il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non previsto come reato da una speciale disposizione di legge...». Lo stesso Manzini (*Diritto penale,* 1913, pagina 249), penalista di regime, collocava il peculiare disvalore dell'abuso negli «... atti arbitrari, di danno e di pericolo, per i legittimi interessi dei privati». Ed in sintonia con questo ordine di idee, la Commissione giustizia della Camera, contestualmente alla approvazione unanime di una proposta del suo comitato ristretto in data 2 maggio 1989, si dava come testo base per l'articolo 323 del codice penale la formula: «il pubblico ufficiale che, abusando della sua funzione, procura a sè o ad altri un ingiusto vantaggio ovvero arreca ad altri un danno...».

La preoccupazione che percorre tutta la relazione del senatore Battello (Atto Senato n. 2078 e 688/A della X legislatura, pagina 14) di anticipare opportunamente la soglia della punibilità è priva di sufficiente ragione, atteso il possibile configurarsi del tentativo del delitto di abuso.

Le riflessioni fin qui esposte obbligano quindi ad una modifica dell'attuale articolo 323 del codice penale nel senso indicato dal primo comma dell'articolo unico del presente disegno di legge.

La stessa proposta nel secondo comma viene incontro alla difficoltà di sceverare i casi di abuso a carattere patrimoniale o non patrimoniale, laddove i due elementi sono frammisti, ovvero di colpire severamente quei casi di abuso a carattere non patrimoniale, ma densi di un significato di disvalore accentuato. Si è fatto l'esempio dell'abuso perpetrato allo scopo di stendere una vasta rete clientelare funzionale a corrompere l'integrità della azione amministrativa assai più profondamente ed intensa-

mente di quello commesso per lucrare un profitto economico occasionale. D'altra parte la strutturazione dell'attenuante limita gli abusi giurisprudenziali tendenti ad una applicazione indiscriminata del giudizio di bilanciamento delle circostanze, relegando l'abuso patrimoniale a figura principale di reato.

Il terzo comma della presente proposta, infine, chiarisce che il vantaggio o il danno ingiusto altrui non possono mai riferirsi ad una pubblica amministrazione: un tale abuso incide solo su aspetti formali di regolarità dell'azione amministrativa, ma non attinge un disvalore sostanziale sul piano dei diritti ed interessi dei singoli cittadini e nemmeno necessariamente sul piano della imparzialità e del buon andamento. Anzi spesso proprio l'esorbitare dai limiti delle competenze (costitutivo comunque sempre di un illecito amministrativo o disciplinare) serve a supplire le deficienze degli organi tenuti a provvedere.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

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

«Art. 323. - *(Abuso d'ufficio)*. – Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando del suo ufficio, procuri a sè o ad altri un ingiusto vantaggio o procuri ad altri un danno ingiusto, è punito, se il fatto non costituisca un più grave reato, con la reclusione da due a cinque anni.

La pena è diminuita se il vantaggio ingiusto o il danno non sono di natura patrimoniale.

Non è punibile l'abuso del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio finalizzato ad una utilità esclusivamente pubblica dell'ente di appartenenza o di altro ente della pubblica amministrazione».