

Andrea R. Castaldo (*a cura di*)

Migliorare le performance
della Pubblica Amministrazione
Riscrivere l'abuso d'ufficio



Giannipichelli Editore

Indice

Autori

Prefazione

Prof. Avv. Andrea Castaldo

Saluti

Prof.ssa Caterina Miraglia

Introduzione

Dott. Francesco Curcio

Performance della Pubblica Amministrazione e possibili riforme dei reati della Pubblica Amministrazione

Dott. Sergio De Felice

Le ragioni che consigliamo l'abrogazione del reato di abuso di ufficio

Prof. Avv. Sergio Perongini

Prof. Gianluca Maria Esposito

Dott. Giovanni Colangelo

Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogaonica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda

Prof. Avv. Marco Nadeo 31

L'abuso d'ufficio

Dott. Matteo Casale 42

Dott. Giovanni Tartaglia Polcini 47

Constituent Elements and Establishment of Crime of Abuse of Authority in China

Dr. Zhao Chenguang 50

Studio comparativo tra reato di 'abuso d'ufficio' (art. 323 c.p.) e reati simili della legislazione brasiliana

Prof. Dr. Odone Sanguinè 65

Il reato dell'indebitamento dei doveri del funzionario pubblico in Argentina

Prof. Dr. Juan Maria Rodriguez Estévez 70

L'abuso di autorità e la gestione infedele nella gestione pubblica etnici alla luce dell'abuso d'ufficio italiano: spunti comparativi

Avv. Pierluigi Pasi 75

Paper on the English and Welsh Common Law Offence of Misconduct in Public Office

Dr. Paul Humpherson 88

Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Nadeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica

Prof. Avv. Massimo Donini 94

Sen. Prof. Avv. Vincenzo Mario Domenico D'Ascola 103

Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?

Prof. Avv. Antonio Fiorella 108

Intervento

Dott. Alfredo Guardiano 113

Intervento

Prof. Avv. Luigi Stortoni 117

Riflessioni sul reato dell'abuso di ufficio

Avv. Fabio Pinelli 122

Intervento

Dott. Mario D'Onofrio 136

La tormentata storia dell'abuso d'ufficio: evoluzione normativa, derive attuali e criticità sistemiche

Dott.ssa Daniela Gentile 139

Ricompensare chi segnala condotte illecite: pros & cons di una possibile riforma del whistleblowing

Dott. Fabio Coppola 162

Il reato dell'inadempimento dei doveri del funzionario pubblico in Argentina

PROF. DR. JUAN MARIA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ

1. L'art. 248 del Codice Penale Argentino stabilisce che "sarà punito con la reclusione da un mese a due anni e un divieto speciale dell'esercizio per il doppio del tempo, il funzionario pubblico che emetta ordini o disposizioni contrarie alle costituzioni o alle leggi nazionali o provinciali o esegua ordini o disposizioni di questa natura esistenti o non esegua le leggi il cui adempimento sia della sua competenza".

Immediato va sottolineato che nella struttura metodologica del Codice Penale, il reato in questione, rientra in quelli contro la Pubblica Amministrazione, poiché è stato sostenuto che il bene giuridico che si cerca di proteggere è il corretto e normale funzionamento dell'Amministrazione, che è pregiudicata al momento in cui i suoi membri emettono ordini o disposizioni contrarie all'ordinamento giuridico attuale¹. In questa stessa ottica è stato sostenuto che l'interesse di uno Stato politicamente ordinato nell'adempimento regolare e legale degli atti di autorità è così accentratore che, anche se non vi sia alcun pregiudizio ad un successivo diritto, l'atto abusivo viene punito di per sé, come un modo di proteggere i valori incorporati nell'ordine giuridico come tale, in quanto l'osservanza irregolare e abusiva degli atti di autorità può determinare gravi disturbi e indurre a qualsiasi tipo di male².

L'abuso di potere non richiede la produzione dei danni materiali; è sufficiente la lesione inferta all'ordine amministrativo come conseguenza della produzione di atti maliziosamente illegali, motivo per cui la figura di solito è accessibile riguardo ad altri tipi penali più gravi con i quali di solito concorda, come nel caso del reato di amministrazione fraudolenta a scapito di una Pubblica Amministrazione.

2. Le azioni tipiche secondo il testo della legge consistono nel "emettere ordini o disposizioni" contrarie alle costituzioni o leggi nazionali o provinciali, o "eseguire" qualsiasi ordine o disposizione esistente e siano di questa classe o "non eseguire" le leggi che dovrebbe rispettare per la sua funzione.

Bisogna sottolineare l'esistenza di tre motivi per cui l'atto può essere abusivo: a) per essere contrario alla norma; b) pur essendo un atto consentito dal campo giuridico, il funzionario supera tale autorizzazione; c) per un atteggiamento di omissione quando il funzionario è obbligato ad agire in un modo determinato per legge e non svolge il debito comportamento. In questo caso esiste la realizzazione del fatto, sia nel ritardo nell'adempimento della legge che nel procedere in modo estemporaneo. Esiste una caratteristica importante da tenere in considerazione in qualsiasi di questi tre comportamenti: che il pubblico funzionario deve sempre agire nell'ambito della sua competenza funzionale, ma lo fa in modo arbitrario, in abuso funzionale.

Per quanto riguarda l'abuso di potere, il reato in tali casi consiste nel fare qualcosa che il funzionario può fare: il giudice può emettere un mandato di cattura, ma per questo, oltre alla base giuridica (facoltà) si richiede una base concreta di fatto. Nell'abuso, queste condizioni sono presunte dal funzionario, sono false o simulate. L'abuso del potere presenta dunque la forma doppia dell'esercizio di una facoltà nota come inesistente in quanto tale, e quella dell'esercizio di una facoltà esistente in condizioni che sono riconosciute come false. In entrambi i casi c'è una specie di menzogna: in un caso si afferma e si esercita un potere che è noto per essere illegale; nell'altro, si affermano o si suppongono fatti noti come falsi come le condizioni dell'atto di autorità. In un caso la legge viene apertamente tradita, nell'altro la sua obbedienza è finta.

Riguardo al termine Disposizioni, si estende su quelle emesse sia dai giudici o pubblici ministeri, sia quelle emesse dai vari funzionari pubblici nel quadro delle loro competenze e queste possono avere un campo di applicazione generico o specifico. L'ordine ha a che fare con l'esecuzione della volontà dello Stato, che è rappresentata dal funzionario pubblico che l'impartisce ad altro nell'ambito dell'esercizio del potere pubblico. Questo "ordine" contiene una vasta gamma di esempi, come un mandato giudiziario di arresto, l'esercizio del potere della polizia allo scopo di fare una chiusura o altri; in sintesi, entrano in questa idea tutti quegli ordini che rendono possibile l'esercizio del potere pubblico. Per quanto riguarda la persona che esegue l'ordine, va notato che, qualora questo non risulti manifestamente illecito, si applicherà la causa di giustificazione di dovuta obbedienza amministrativa, qualora, invece, la illiceità sia evidente, non dovrebbe essere osservato, non avendo effetto vincolante, e, addirittura, dovrebbe essere denunciato.

3. Si tratta di un reato speciale proprio, dato che può essere commesso solo

¹ Cfr. G.E. AYOZA, *Codice Penale della Repubblica Argentina. Commentato, concordato con giurisprudenza*, IV ed., BdeF, Buenos Aires, 2017, p. 1308.

² Cfr. S. SOLER, *Diritto Penale Argentino*, Vol. I, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, Vol. V, p. 180.

da un funzionario pubblico che abbia la competenza funzionale di emettere ordini o disposizioni, così come per la loro attuazione. Il dovere del funzionario pubblico è di carattere extra penale, quindi la sua fonte deve provenire da una legge non penale che regoli i suoi obblighi funzionali. Il Codice Penale Argentino definisce il concetto di funzionario pubblico come segue: "dai termini 'funzionario pubblico' e 'dipendente pubblico', usati in questo codice, sono designati tutti coloro che sono coinvolti accidentalmente o permanentemente dall'esercizio delle pubbliche funzioni, sia dalle elezioni popolari o dalla nomina delle autorità competenti". Per maggiori dettagli, la legge 25.188 – sull'etica nell'esercizio delle funzioni pubbliche – nel suo articolo 1° stabilisce che "le pubbliche funzioni si intendono come qualsiasi attività temporanea o permanente, pagata o non pagata, eseguita da una persona per conto dello Stato o al servizio dello Stato o delle sue entità, a qualsiasi livello della sua gerarchia".

4. È un reato intenzionale. Per la configurabilità del reato è necessario che il funzionario pubblico, pur essendo a conoscenza delle illiceità dell'ordine ricevuto, lo esegua. Non sarà considerato punibile, il pubblico ufficiale che abbia agito erroneamente, sulla base dell'inconscio dell'ordine ricevuto.

Non si può esigere ai funzionari con il fine di evitare la loro responsabilità in un fatto di compiere qualsiasi comportamento speciale se non riconoscono un rischio altrettanto speciale, o non si mettono deliberatamente in una situazione di ignoranza per consentire la produzione di un risultato. Sostenere il contrario implicherebbe l'adozione di un sistema di responsabilità obiettiva nel Diritto Penale che sia contrario ai loro principi.

5. La sanzione per il reato dell'inadempimento dei doveri del funzionario pubblico corrisponde a una pena detentiva di un mese a due anni e un divieto speciale dell'esercizio per il doppio del tempo.

Per quanto riguarda il calcolo del termine della prescrizione, il nostro ordinamento giuridico prevede che inizia a contarsi sin dal momento della commissione del reato e il termine di validità dell'azione penale viene dato dalla massima sanzione prevista dal tipo penale in questione. In questo caso, due anni di carcere. Tuttavia, l'art. 67 del Codice Penale Argentino stabilisce che la prescrizione sarà sospesa nei casi di reati commessi nell'esercizio della funzione pubblica per tutti coloro che abbiano partecipato, mentre uno di loro svolge una carica pubblica. Recentemente ha ottenuto l'approvazione della Camera dei Deputati della Repubblica Argentina, un progetto di legge che regolando la responsabilità penale delle imprese per i reati di corruzione pubblica, ha incorporato l'imprescrittibilità dell'azione penale in caso dei reati di appropriazione indebita di fondi pubblici, corruzione, esazioni illegali, traffico d'influenze, negoziati incompatibili con la funzione pubblica, tra altri.

6. Una discussione interessante nella giurisprudenza del mio paese è stata in relazione alla responsabilità penale dei superiori gerarchici nelle strutture della funzione pubblica per i reati commessi dai funzionari pubblici subordinati nell'ambito della loro giurisdizione. In questo senso, è stato affermato – in termini generali – che il superiore gerarchico ha una posizione di garante sul comportamento degli inferiori e deve rispondere per il reato dell'inadempimento dei doveri del funzionario pubblico di carattere intenzionale quando, pur conoscendo l'illegalità delle azioni dei suoi subordinati, non prevede i mezzi opportuni e adeguati per evitarlo. In questo senso, è stato sostenuto che per la natura dei compiti illegali portati a termine dai subordinati, non era possibile affermare l'ignoranza del superiore.³

Dal mio punto di vista, questo criterio normativo disciplina una sorta di presunzione di responsabilità penale oggettiva per chi riveste una mera posizione gerarchicamente superiore, instaurando un "Diritto Penale di Posizione". In tale prospettiva, si può pensare che nel caso dei funzionari pubblici, il principio del legittimo affidamento richiede che tutti i funzionari devono rispettare la legge, quindi a meno che non ci sia un indicatore oggettivo e chiaro di una violazione della regola da parte del funzionario pubblico subordinato, il funzionario superiore è – a mio avviso – protetto da tale esenzione della tipicità giuridica. Questa discussione si è verificata in Argentina in un caso relativo ai compiti illegali di intelligence dentro una forza militare.

Inoltre, in un caso recente che ha portato all'apertura di un processo orale e pubblico contro il team economico e la propria ex presidente della Nazione in relazione a un'operazione legata con la vendita di dollari per il futuro da parte delle autorità della Banca Centrale della Repubblica Argentina, si è capito che si trattava di una violazione delle regole di scambio, dal momento che i funzionari pubblici coinvolti hanno inadempito i loro doveri extra penali, compromettendo i valori patrimoniali, impostando un prezzo del dollaro per il futuro che non era equivalente al prezzo del dollaro del mercato. Questo ha causato un danno di milioni di dollari ai fondi pubblici.

L'art. 18, comma "a", della Carta Organica della Banca Centrale della Repubblica Argentina – modificata dalla legge 26.739 – prevede che l'ente potrà "Acquistare e vendere ai prezzi di mercato, nelle transazioni a pronti e a termine, titoli di stato, valute e altri beni finanziari con i fini di regolazione monetaria, valutari finanziari e di credito".

Nella sede giudiziaria è stato stabilito che coloro che abbiano ordinato e consentito la realizzazione di contratti rovinosi e milionari per il futuro da parte del-

³ Cfr. Camera Federale di Cassazione Penale, Salone II, causa n. 10953/2008/PL/1/CFCL, 16-III-2017, voto della maggioranza "Godoy, Jorge Omar e altro sull'inadempimento dei doveri del funzionario pubblico".

la Banca Centrale della Repubblica Argentina, con un dollaro che in quei momenti era quotato a valori superiori di quelli registrati nelle operazioni di vendita future, sapevano che il risultato non poteva essere altro che le perdite milionarie per il patrimonio dell'autorità monetaria. Ciò significa che non hanno rispettato i prezzi della moneta che era fissata dal mercato in quel momento e pertanto è costituita una violazione della disposizione speciale che regolava la materia.

In conclusione, è stato affermato nell'inchiesta preliminare riguardo alla determinazione della responsabilità che, seguendo le istruzioni del Potere Esecutivo Nazionale – sia da Fernandez de Kirchner come da Kicillof –, le autorità della Banca Centrale della Repubblica Argentina, con il necessario intervento della Commissione Nazionale dei Valori, hanno venduto in un periodo di tempo molto breve, un enorme volume di contratti futuri in dollari a valori fittizi, costruendo forzatamente all'entità e, di conseguenza, alla società come sovrana dei beni pubblici⁴.

Fin qui una rapida panoramica del reato d'inadempimento dei doveri del funzionario pubblico in Argentina. Rimango a vostra disposizione per eventuali domande e per qualsiasi chiarimento. Grazie tante!

⁴ Cfr. Camera Criminale e Correzionale Federale, Salone II, causa n. 12152/2015, 11-XI-2016, "Marrodán, Flavia M. e altri su procedimento giudiziario".