

IL CASO “DE MAGISTRIS – WHY NOT”: NON CONVINCHE LA CONFIGURAZIONE DEL DOLO INTENZIONALE

Equivoci e contraddizioni su dolo di condotta e dolo d'evento nell'abuso d'ufficio

di Alberto De Vita

Abstract. La sentenza del Tribunale di Roma che ha condannato per abuso d'ufficio l'ex PM Luigi De Magistris e il suo consulente Gioacchino Genchi afferma che gli imputati, nel corso dell'indagine «Why Not», agirono con il dolo intenzionale di arrecare a otto parlamentari un danno ingiusto consistente nella «conoscibilità» dei loro tabulati telefonici in violazione delle garanzie di rango costituzionale. Tuttavia dalla stessa sentenza si traggono elementi che inducono ad attribuire tale conclusione a un'indebita confusione tra dolo di condotta e dolo di evento.

SOMMARIO: 1. Premessa: la struttura della contestazione in fatto e in diritto. – 1.1. Le ipotesi di abuso d'ufficio contestate agli imputati. – 1.2. La ricostruzione del dolo degli imputati nella decisione del Tribunale. – 1.3. L'abuso d'ufficio nell'interpretazione della giurisprudenza dopo la riforma della legge 234/1997. – 2. Aporie interpretative della sentenza in materia di dolo intenzionale. – 2.1. Dolo di condotta e dolo di evento nel delitto di abuso d'ufficio. – 2.2. Il dolo intenzionale di danno e l'«obiettivo strategico» dell'indagine *Why Not*.

1. Premessa: la struttura della contestazione in fatto e in diritto.

1.1. Le ipotesi di abuso d'ufficio contestate agli imputati.

Il processo all'ex pubblico ministero di Catanzaro Luigi De Magistris (oggi sindaco “sospeso” di Napoli) e al suo consulente Gioacchino Genchi, si è concluso in primo grado con sentenza di condanna che ha ritenuto entrambi gli imputati colpevoli degli otto reati loro ascritti (il P.M. aveva chiesto l'assoluzione di De Magistris e la condanna di Genchi per cinque degli otto capi d'imputazione). Le ipotesi di concorso in abuso d'ufficio continuato contestate riguardavano l'acquisizione, l'elaborazione e il trattamento dei tabulati delle utenze telefoniche in uso a otto parlamentari senza la preventiva autorizzazione della camera d'appartenenza. Tale condotta avrebbe arrecato agli stessi parlamentari un danno ingiusto consistente, secondo quanto si legge nei capi d'imputazione, nella «conoscibilità di dati esterni di traffico relativi alle loro comunicazioni». Talvolta le utenze telefoniche erano intestate a collaboratori o

familiari dei politici ovvero a società o enti pubblici ed erano state individuate sulla base delle annotazioni contenute nelle agende, cartacee e digitali, di Antonio Saladino, responsabile della Compagnia delle Opere per la Calabria, indagato nel procedimento cd. *Why Not* perché ritenuto dagli inquirenti al centro di un sistema d'illecita captazione e gestione di erogazioni pubbliche in Calabria.

L'originaria ipotesi accusatoria, condivisa dal Tribunale, era che gli imputati fossero al corrente della riconducibilità delle varie utenze ai parlamentari già nel momento della richiesta dei tabulati, e che quindi avessero proceduto all'acquisizione **pur essendo ben consapevoli dell'inutilizzabilità processuale di tali fonti di prova** [v., ad esempio, pag. 75 della sentenza]. Da qui la prospettazione della «conoscibilità» del traffico telefonico contenuto nei tabulati quale vero scopo della condotta incriminata ed evento di danno ingiusto perpetrato contro i parlamentari.

1.2. La ricostruzione del dolo degli imputati nella decisione del Tribunale.

I rapporti tra dolo diretto di secondo grado (o dolo diretto *tout court*) e dolo diretto di primo grado (o dolo intenzionale) rappresentano il principale punto critico della sentenza in esame sotto il profilo della sussunzione del fatto entro il paradigma normativo dell'art. 323 c.p.

Secondo lo schema seguito in motivazione, vi sarebbero stati alcuni casi nei quali gli imputati, in una prima fase delle indagini, non avevano ancora l'assoluta certezza che l'utente della linea telefonica della quale erano stati acquisiti i tabulati rivestisse una carica parlamentare. I giudici, pertanto, qualificano come *dolo eventuale* l'elemento soggettivo che connoterebbe la condotta in tale momento, rendendola penalmente irrilevante [v. pag. 18]. Il dolo sarebbe diventato invece *intenzionale*, e avrebbe quindi attinto la sfera di rilevanza penale, nel momento in cui gli imputati, pur avendo acquisito certezza della qualità dell'utente e delle connesse guarentigie, continuarono a decrittare e trattare i dati di traffico telefonico e in tale attività sarebbe consistito l'«evento a dolo intenzionale» [pag. 19]. In questo modo, però, **la motivazione non chiarisce per quale motivo l'evento voluto, oggetto cioè di dolo diretto, diventerebbe ipso facto anche scopo perseguito dall'agente e, quindi, dolo intenzionale** (o diretto di primo grado). Bisogna considerare, infatti, che dopo la riforma del 1997 – che ha trasformato il reato di abuso d'ufficio da delitto di mera condotta connotato da dolo specifico a delitto d'evento con dolo generico intenzionale – la configurabilità della fattispecie dell'art. 323 c.p. richiede che il soggetto agente persegua la realizzazione dell'evento del reato come finalità unica o principale della propria condotta. E l'evento del reato non può consistere in una *condotta*, qual è appunto il trattamento dei dati telefonici, bensì nel *danno* cagionato attraverso tale condotta.

1.3. L'abuso d'ufficio nell'interpretazione della giurisprudenza dopo la riforma della legge 234/1997.

All'indomani della sostituzione dell'art. 323 c.p. ad opera della L. 234/1997, in un caso molto significativo¹, il Tribunale di Milano assolse con la formula «perché il fatto non costituisce più reato» buona parte della giunta regionale lombarda che, «limitandosi a recepire una serie di nominativi preventivamente indicati in altre sedi», aveva proceduto alla nomina dei direttori generali delle ASL «privilegiando, in luogo del requisito normativo della professionalità ed esperienza manageriale, il gradimento meramente partitico di appartenenza ad un gruppo politico». L'accusa, nell'originaria formulazione del capo d'imputazione, precedente alla novella del 1997, aveva ritenuto sussistente il dolo specifico di assicurare agli stessi imputati, ai partiti d'appartenenza e ai candidati l'ingiusto vantaggio non patrimoniale estraneo allo scopo della norma nonché un ingiusto danno nei confronti dei candidati esclusi. In seguito alla riforma del 1997, divenuto irrilevante l'ingiusto vantaggio non patrimoniale, i giudici milanesi ritennero insussistente il reato anche sotto il profilo dell'ingiusto danno arrecato ai candidati più meritevoli, perché tale conseguenza, pur sicuramente oggetto di dolo diretto (di secondo grado), non costituiva tuttavia «lo scopo precipuo dell'azione degli imputati» che perseguivano piuttosto interessi di altra natura.

Questa lettura dell'art. 323 c.p., già operata da alcune prime pronunce di legittimità subito dopo la riforma del 1997², nel 2006 ebbe anche l'avallo della Corte costituzionale³ e costituisce ancora oggi *ius receptum*⁴. In particolare, secondo tale costante orientamento, in seguito alla trasformazione dell'abuso d'ufficio da reato di pura condotta a dolo specifico in reato di evento, «il dolo richiesto assume una connotazione articolata e complessa: è generico, con riferimento alla condotta (coscienza e volontà di violare norme di legge o di regolamento ovvero di non osservare l'obbligo di astensione), mentre assume la forma del dolo intenzionale rispetto all'evento (vantaggio patrimoniale o danno) che completa la fattispecie»⁵. Anche la dottrina ha posto in evidenza l'esigenza di distinguere, sul piano soggettivo, quale effettivamente sia la finalità immediatamente perseguita dall'agente e quale,

¹ Trib. Milano, Sez. IV pen., 26 settembre 1998, in *Guida al Dir.*, 1998, n. 46, p. 48 ss. Con nota di PATALANO, *Sulla definizione dei confini dell'illecito la giurisprudenza stenta a trovare soluzioni*.

² Cass., VI, 14 gennaio 1998, n. 2328, Branciforte; Id., 4 maggio 1998, n. 6563, Scaccianoce;

³ Corte cost., ord. 28 giugno 2006, n. 251, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3622.

⁴ V., di recente, Cass., VI, 11 luglio – 16 settembre 2014, n. 37880. In dottrina v. SEMINARA, *Il nuovo delitto d'abuso d'ufficio*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 1258, secondo il quale con l'avverbio «intenzionalmente» il legislatore aveva voluto imporre al giudice di «individuare e provare che cosa in concreto si è prefisso l'agente con la sua condotta, ritenendo sussistente il reato solo se tale scopo si identifichi nel procurare un danno ad altri o un vantaggio ingiusto, ed escludendolo, in caso contrario, indipendentemente dalla eventuale prevedibilità e occorrenza in concreto di simili effetti».

⁵ Cass., VI, 25 gennaio 2013, n. 21192; nello stesso senso anche Id., 20 aprile 2011, n. 34116; Id., 27 giugno 2007, n. 35814.

invece, quella secondaria o accessoria, per individuare l'evento che costituisce l'obiettivo principale della condotta⁶.

2. Aporie interpretative della sentenza in materia di dolo intenzionale.

2.1. Dolo di condotta e dolo di evento nel delitto di abuso d'ufficio.

Sulla base di tali premesse, ciò che emerge dalla sentenza in esame è proprio l'indebita confusione tra il dolo diretto della condotta e il dolo intenzionale di evento che diventano interscambiabili⁷ e, infine, vengono assimilati attraverso la **creazione di un evento di danno sui generis rappresentato dalla «conoscibilità» dei dati telefonici**, conseguente al trattamento illecito degli stessi in quanto non autorizzato dalla camera alla quale appartenevano gli utenti. La mancata separazione tra dolo diretto di condotta e dolo intenzionale di evento appare chiara quando, in motivazione, si ricostruisce l'elemento soggettivo dell'abuso d'ufficio come «coscienza e volontà»⁸ di abusare dei propri poteri avendo di mira, alternativamente o congiuntamente, il danno altrui o l'ingiusto vantaggio patrimoniale e si conclude che «la volontà colpevole può assumere solo la forma del dolo intenzionale e non anche quella del dolo eventuale». Il Tribunale capitolino instaura in questo modo **un'inedita dicotomia dolo eventuale – dolo intenzionale**⁹ e tralascia di considerare che, proprio al fine di accertare l'elemento soggettivo dell'abuso d'ufficio, bisogna differenziare, all'interno della categoria del dolo diretto di evento, il dolo intenzionale e il dolo diretto di secondo grado, poiché solo nel primo caso può applicarsi l'art. 323 c.p.

Eppure, in alcune importanti pronunce degli anni Novanta, le Sezioni Unite penali della Cassazione avevano stabilito alcuni punti fermi nella progressione dei livelli d'intensità del dolo. In particolare, nella nota sentenza Cassata¹⁰, erano state

⁶ Così DEMURO, *Il dolo*, vol. II, *L'accertamento*, Milano, 2010, p. 240 s.

⁷ Rischio già segnalato, proprio con riferimento all'abuso d'ufficio, da DEMURO, *op. cit.*, p. 237.

⁸ Ricorre anche in questo caso il richiamo alla formula dell'art. 42, co. 1°, c.p. per qualificare il dolo, secondo un'idea ampiamente sostenuta in dottrina e in giurisprudenza, benché del tutto inidoneo a fungere da criterio discretivo del dolo e, tantomeno, del dolo intenzionale, trattandosi di caratteristica comune a tutte le forme di responsabilità penale.

⁹ Invece della tradizionale dicotomia dolo eventuale (o indiretto) e dolo diretto.

¹⁰ Cass., SS.UU., 12 ottobre 1993, n. 748, in *Cass pen.*, 1994, p. 1186: «In tema di elemento soggettivo del reato, possono individuarsi vari livelli crescenti di intensità della volontà dolosa. Nel caso di azione posta in essere con accettazione del rischio dell'evento, si richiede all'autore un'adesione di volontà, maggiore o minore, a seconda che egli consideri maggiore o minore la probabilità di verifica dell'evento. Nel caso di evento ritenuto altamente probabile o certo, l'autore, invece, non si limita ad accertarne il rischio, ma accetta l'evento stesso, cioè lo vuole e con una intensità maggiore di quelle precedenti. Se l'evento, oltre che accettato, è perseguito, la volontà si colloca in un ulteriore livello di gravità, e può distinguersi fra un evento voluto come mezzo necessario per raggiungere uno scopo finale, ed un evento perseguito come scopo finale. Il dolo va, poi, qualificato come "eventuale" solo nel caso di accettazione del rischio, mentre negli altri casi suindicati va qualificato come "diretto" e, nell'ipotesi in cui l'evento è perseguito come scopo finale, come "intenzionale"».

chiaramente distinte, nell'ambito del dolo diretto alla realizzazione dell'evento del reato, le ipotesi nelle quali l'evento stesso è voluto come mezzo per ottenere un fine diverso e ulteriore da quelle nelle quali esso rappresenta lo scopo finale al quale tende la volontà dell'agente. Solo in quest'ultimo caso, quando cioè l'evento del reato è perseguito come scopo finale, il dolo può dirsi "intenzionale".

La sentenza in commento non sembra fare buon governo di questi principi stabiliti dalle Sezioni Unite. Si è già visto che, in un passaggio cruciale della motivazione, la condotta di acquisizione dei tabulati compiuta quando ancora gli inquirenti non avevano certezza della carica parlamentare dell'utente viene ricondotta all'ambito del **dolo eventuale**, penalmente irrilevante ai fini dell'art. 323 c.p. Quando invece, conseguita la sicura conoscenza della carica rivestita dall'utente, gli imputati continuarono ad acquisirne i tabulati telefonici e a trattarne i dati, la sentenza qualifica tale condotta come sorretta da **dolo intenzionale**, idoneo a integrare gli estremi del reato. Salta agli occhi, però, che **l'acquisita piena consapevolezza del presupposto della condotta incriminata** (la carica parlamentare dell'utente), quand'anche sussistente, **inciderebbe sul momento rappresentativo del dolo perché riguarderebbe le premesse conoscitive dell'azione, ma non direbbe ancora nulla sulla finalità ultima della condotta**. La cognizione piena della qualifica soggettiva del parlamentare, cioè, sarebbe sufficiente per attribuire agli imputati la consapevole violazione dell'art. 4 della L. 140/2003 nella parte riguardante le garanzie nelle comunicazioni, ma non basterebbe ad affermare la sussistenza di un dolo intenzionale di danno nei confronti degli stessi parlamentari. E ciò vale a maggior ragione se si considera che, a detta degli stessi giudici, non vi erano motivi di rancore o di risentimento tra gli imputati e le persone offese [pag. 76].

2.2. Il dolo intenzionale di danno e l'«obiettivo strategico» e dell'indagine Why Not.

In sentenza si afferma che l'obiettivo degli imputati non era quello investigativo, degradato a «mera occasione della condotta», bensì «precipualemente quello di conoscere il traffico telefonico dei parlamentari tramite l'acquisizione dei tabulati» [pagg. 74-75]. Tuttavia, i giudici sostengono anche che **tale conoscenza del traffico telefonico non era fine a se stessa** ma sarebbe stata utilizzata per "incrociarne" le risultanze con altri dati investigativi, in modo da tracciare le movimentazioni delle persone offese e consentire «d'individuare gli interlocutori più significativi degli onorevoli, i presunti referenti, le figure di raccordo per nuove captazioni» [pag. 75]. A questo punto, anche se il Tribunale qualifica la lesione delle garanzie parlamentari derivante dalle illecite acquisizioni dei tabulati telefonici come «danno ingiusto», e individua le elaborazioni dei dati illecitamente acquisiti quale «evento perseguito come scopo prevalente, precipuo, finale» dagli imputati, nelle stesse pagine mostra nondimeno di ritenere che, nel progetto d'azione degli imputati, tali illecite assunzioni di informazioni fossero strumentali alla ricostruzione delle dinamiche criminose del supposto sodalizio illecito, dedito all'indebita percezione e gestione di fondi pubblici in Calabria.

In altre parti della sentenza il Collegio giudicante afferma anche che «l'esame diretto e tempestivo delle registrazioni nei palmari appariva indispensabile in vista dell'obiettivo strategico dell'indagine *Why not*» costituito dalla ricostruzione dei rapporti instaurati dal principale indagato con vari esponenti politici e delle istituzioni aventi ad oggetto l'utilizzazione asseritamente illecita dei fondi pubblici e, in particolare, dei fondi europei.

Ulteriore elemento che appare incompatibile con il dolo intenzionale di danno ritenuto sussistente dal Tribunale si ricava anche nel punto in cui la sentenza riferisce [pag. 46] che gli imputati non chiesero i tabulati di tutte le utenze telefoniche dei parlamentari in questione ma solo di alcune, verosimilmente quelle che risultavano in contatto con i telefoni del principale indagato, il già citato imprenditore Saladino.

In realtà, in vari passaggi la motivazione sembrerebbe orientarsi verso l'attribuzione agli imputati di un *dolo intenzionale di vantaggio ingiusto*: così avviene, ad esempio, quando i giudici, avendo ben chiaro – come sopra riferito – che non v'erano motivi di rancore o di risentimento tra le parti, prospettano quale «fine principale» delle condotte criminose l'arricchimento del famigerato "archivio Genchi" [pag. 67]. Un dolo di questo tipo, tuttavia, avendo ad oggetto un vantaggio *non patrimoniale*, non sarebbe comunque idoneo ad integrare la fattispecie criminosa dell'art. 323 c.p. nell'attuale formulazione.

Tali considerazioni, ovviamente, non elidono la gravità di condotte che, secondo la ricostruzione offerta in sentenza, concretizzarono plurime e reiterate lesioni delle garanzie di rango costituzionale riconosciute ai parlamentari, volontariamente perseguite dagli imputati pure dopo aver conseguito la certezza delle cariche rivestite dagli utilizzatori delle varie utenze telefoniche sotto osservazione. Eppure, in conformità al costante orientamento delle Sezioni Unite, la certezza di cagionare un evento e il perseguimento dello stesso come conseguenza della condotta dell'agente non determina *ipso facto* la sussistenza del dolo intenzionale. Quando, cioè, l'evento è perseguito dal soggetto agente come mezzo per conseguire uno scopo diverso e ulteriore, oggetto del dolo intenzionale è quest'ultimo evento e non quello strumentale. Resta da considerare che le conclusioni cui si è pervenuti sembrano il frutto di un'eterogeneità dei fini, se si pensa che la particolare qualificazione del dolo di evento previsto dall'art. 323 c.p. fa parte delle limitazioni introdotte dal legislatore del 1997 per ridimensionare l'area del controllo penale sulla pubblica amministrazione, in modo da «impedire una eccessiva concentrazione di potere nelle mani dei giudici e garantire l'autonomia dell'amministrazione», e al fine di «evitare l'incursione dei giudici e, soprattutto, dei pubblici ministeri in settori riservati alla discrezionalità della pubblica amministrazione»¹¹.

¹¹ In tal senso, MERLI, [Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio](#), in *questa Rivista*, 16 novembre 2012.