

Proc. n. 15573/19 + 8496/20 R.G.N.R.

Proc. n. 2104/2022 R.G. Trib.



TRIBUNALE DI CATANIA

SEZIONE II PENALE

Il Tribunale di Catania, II Sezione Penale, in composizione collegiale, composto dai Magistrati:

Dott.ssa Enza DE PASQUALE - Presidente -

Dott.ssa Cristina SCALIA - Giudice -

Dott.ssa Mariaconcetta GENNARO - Giudice -

all'udienza del 26 novembre 2024 ha pronunciato la seguente

ORDINANZA DI SOSPENSIONE DEL PROCESSO E
DI RIMESSIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE DELLA
QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ

(art. 134 Cost., art. 1 l. cost. n. 1/1948 e artt. 23 ss. l. n. 87/1953)

nel procedimento nei confronti di: AMATO Salvatore Cesare + 50 , di cui in epigrafe

Premessa

Con decreto che dispone il giudizio emesso all'esito dell'udienza preliminare in data 22.09.2021 nel procedimento penale nn. 15573/2019 R.G.N.R. - 2170/2022 R.G. Trib., nove imputati (rettori e docenti universitari) sono stati rinviati a giudizio in ordine a numerosi capi d'imputazione attinenti alla gestione di concorsi universitari per l'assegnazione di incarichi di insegnamento in Ateneo (come da decreto allegato): in particolare, per quanto qui rileva, in sede di emissione del decreto il GUP ha riquilibrato ai sensi dell'art. 323 c.p. le contestate condotte di alterazione del procedimento amministrativo dirette a stabilire il contenuto dei bandi, così modificando l'originaria contestazione del reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ex art. 353 bis c.p. avanzata dalla Procura nella richiesta di rinvio a giudizio. All'udienza celebrata il 21.09.2022 in ragione dell'istanza avanzata dal Pubblico Ministero di riunione, per connessione oggettiva e soggettiva, del procedimento in corso a quello recante nn. 8496/2020 R.G.N.R. - 2104/2022 R.G. Trib. instaurato nei confronti di quarantacinque imputati coinvolti nei medesimi concorsi oggetto del diverso processo, il dibattimento è stato rinviato all'udienza del 27.09.2022, sede nella quale è stata accolta la richiesta di trattazione unitaria dei due processi. Completata l'attività istruttoria, all'udienza dell'8.03.2024 è stato dato avvio alla discussione finale ex art. 523 c.p.p. con la requisitoria del Pubblico Ministero, completata all'udienza del 25.03.2024 congiuntamente alla rassegna delle conclusioni delle Parti Civili; le conclusioni delle difese si sono articolate in più udienze sino a quella del 15.07.2024. Rinvio il procedimento per eventuali repliche del Pubblico Ministero, all'udienza

del 30.09.2024, preso atto della intervenuta abrogazione dell'art. 323 c.p. ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. b) della legge 9 agosto 2024, n. 114, entrata in vigore il 25 agosto 2024, il Pubblico Ministero ha esposto oralmente, depositando articolata memoria, la richiesta di rimessione alla Corte Costituzionale, ai sensi della legge cost. n. 1 del 9 febbraio 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, della questione di legittimità costituzionale della predetta disposizione abrogatrice per violazione degli artt. 3, 4, 34, 97 e 117 comma 1 (in relazione agli artt. 5, 7, comma 4, 19 e 65 comma 1 e 2 della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione, cd. Convenzione di Merida, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 59/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, oggetto di ratifica ed esecuzione in Italia con legge 3 agosto 2009, n. 116) e comma 2 lett. m) Cost.

In particolare, secondo le prospettazioni della Pubblica Accusa:

- la questione di legittimità costituzionale della norma che abroga l'art. 323 c.p. risulterebbe rilevante in quanto inscindibile, in concreto, dal giudizio in oggetto (che vede più di venti capi di imputazione articolati ai sensi dell'art. 323 c.p.), poiché l'eventuale sentenza di accoglimento avrebbe influenza sul percorso argomentativo della decisione del processo, ad oggi indirizzato – per i capi di imputazione contestati ai sensi dell'art. 323 c.p. e per quelli che in tal senso vedessero la riqualificazione delle condotte ancora contestate ai sensi dell'art. 353 bis c.p. – verso l'inevitabile pronuncia di una sentenza di non doversi procedere in quanto il fatto non è più previsto dalla legge come reato; inoltre, il PM ha rappresentato come l'abrogazione dell'art. 323 c.p. ha sottratto alle costituite parti civili la possibilità di accertare l'illiceità del fatto;
- il sindacato di costituzionalità sarebbe altresì ammissibile posto che l'art. 1 comma 1 lett. b) della legge 9 agosto 2024, n. 114 abrogando l'art. 323 c.p. ha sottratto all'area del penalmente rilevante una particolare categoria di soggetti e determinate condotte (inerenti a settori della pubblica amministrazione quale quello concorsuale o dei lavori e/o servizi pubblici affidati in assenza di bando o atto equipollente), costituendo essa una c.d. norma penale di favore, come tale suscettibile di sindacato di costituzionalità;
- l'abrogazione dell'art. 323 c.p. avrebbe creato disparità di trattamento e vuoti di tutela non altrimenti colmabili in violazione dell'art. 3 Cost.: tutte le procedure amministrative che non possono essere qualificate “*bandi o atti equipollenti*” (si portano come esempio gli affidamenti diretti e le procedure concorsuali indette dalle Pubbliche Amministrazioni) non riceveranno più alcuna tutela;
- la norma della cui costituzionalità si dubita violerebbe altresì l'art. 4 Cost., nella parte in cui prevede che la Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro. Invero, secondo il P.M., avere sottratto all'area del penalmente rilevante gli affidamenti diretti e tutte le procedure concorsuali indette dalla P.A., creando delle situazioni di privilegio, esporrebbe i piccoli imprenditori che accedono solitamente a procedure di affidamento diretto (a differenza delle grosse realtà imprenditoriali che partecipano alle gare indette con bando) e un numero indefinibile di cittadini che partecipano ai concorsi pubblici a condotte “abusanti del funzionario pubblico” non favorendo le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro;
- l'aver abrogato l'abuso d'ufficio costituirebbe parimenti violazione dell'art. 97 Cost., poiché innalzerebbe il pericolo di condotte devianti dell'agire pubblico, in spregio ai principi di imparzialità e di trasparenza della P.A. e della necessità del controllo nei confronti dell'operato

della Pubblica Amministrazione e della tutela del cittadino, principi primari che non possono essere cedevoli ad esigenze di speditezza dell'agire della Pubblica Amministrazione; peraltro, l'abrogazione costituirebbe anche violazione dell'art. 117 secondo comma lett. m) Cost. posto che la trasparenza della Pubblica Amministrazione costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili, come sancito agli artt. 15 e 16 della legge n. 190 del 2012 (c.d. legge Severino).

- l'impossibilità di ritenere applicabili ai concorsi pubblici l'art. 353 e 353 *bis* c.p. – sancita da recente ma consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione – in uno all'abrogazione dell'art. 323 c.p. determinerebbe un vuoto normativo incolmabile e violativo dell'art. 34 Cost che tutela i capaci e i meritevoli anche se privi di mezzi e il *discrimen*, nella piena realizzazione del diritto allo studio e alla realizzazione personale, non sarà più il merito, ma il possesso di mezzi economici adeguati ad accedere a forme di tutela diverse da quelle penali;
- la norma in questione costituirebbe, infine, una grave violazione degli obblighi internazionali di cui all'art. 117 comma 1 Cost. discendenti dalla Convenzione Onu di Merida contro la corruzione adottata dalla Assemblea Generale dell'ONU: in particolare, l'Italia, ratificando la Convenzione si è impegnata a mantenere oltre che rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse, alla luce dell'efficacia vincolante degli artt. 5, 7 comma 4 e 65.

Il Tribunale ha, pertanto, invitato le altre parti processuali a interloquire sulla questione sollevata dal Pubblico Ministero, dando loro termine per la produzione di eventuali memorie.

Le difese, intervenute all'udienza del 21.10.2024, si sono opposte all'accoglimento della richiesta avanzata dal Pubblico Ministero, svolgendo argomentazioni volte a contestare prevalentemente la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione proposta, chiedendo la definizione del processo – anche in tempi celeri – e riportandosi alle rispettive conclusioni già svolte alle precedenti udienze.

Sinteticamente le difese che si sono espresse sul punto:

- hanno ritenuto non rilevante la questione di costituzionalità sollevata nel presente procedimento essendo carente, nel caso di specie, la stessa configurabilità – anche conseguente a riqualificazione – dell'art. 323 c.p. sotto il profilo dell'esclusione, dal perimetro di applicazione di tale norma, del sindacato sulle scelte discrezionali della P.A. e dei casi di mera violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, comma 3 cost. In tal senso, è stato anche sottolineato che l'art. 18, comma 1 lett. e) della Legge Gelmini – contestato in alcuni capi di imputazione- non prevede alcuna specifica regola di condotta (la sola che rientrerebbe, invece, nel campo di applicazione della norma di cui all'art. 323 c.p. ante abrogazione);
- lo scrutinio della questione sarebbe inoltre precluso dal principio di riserva di legge in materia penale e dalla disciplina dettata in materia di successione di leggi penali nel tempo di cui all'art. 2 c.p., con particolare riferimento al c.d. divieto di retroattività sfavorevole: l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della norma abrogatrice, con caducazione *ex tunc* della stessa, non potrebbe avere alcun effetto retroattivo in quanto opererebbe in *malam partem*, facendo rivivere con effetti pregiudizievoli per gli imputati una norma già abrogata;
- hanno ritenuto inammissibile la questione escludendo la natura della norma che ha abrogato l'abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.* come “norma penale di favore”, qualificandola piuttosto

come norma penale più favorevole e, in quanto tale, sottratta dal sindacato di costituzionalità; inoltre, non si verterebbe in alcuna delle ipotesi ammesse dalla Consulta quali eccezioni al generale divieto di costituzionalità *in malam partem*;

- hanno ritenuto la questione infondata con riguardo alla asserita violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.;
- hanno ritenuto la questione manifestamente infondata anche con riferimento alla violazione degli obblighi sovranazionali *ex art. 117, comma 1 Cost.* posto che la c.d. Convenzione di Merida non introdurrebbe alcun obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio, bensì solo una facoltà in tal senso, limitandosi la Convenzione a sollecitare gli Stati membri a procedere alla criminalizzazione delle condotte costituenti abuso.
- hanno ritenuto insussistente il dedotto vuoto di tutela conseguente alla abrogazione, considerato che vi sarebbero forme alternative di tutela offerte dall'ordinamento giuridico (possibilità di ricorso innanzi al giudice amministrativo ovvero al giudice civile per l'ottenimento del risarcimento del danno);

Rinviato il processo all'odierna udienza, il Tribunale, sciogliendo la riserva assunta, rende le seguenti argomentazioni di accoglimento della richiesta avanzata dal Pubblico Ministero.

1. Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale

Nel processo *de quo* risultano imputati soggetti appartenenti all'ambito universitario in diverse vesti (rettori, docenti universitari, ricercatori e personale amministrativo) nei cui confronti è stata elevata l'accusa di aver posto in essere, tra altre, condotte integranti abuso d'ufficio.

Per quanto qui rileva, la peculiarità dell'imputazione è rappresentata dalla presenza – accanto alla contestazione di fattispecie pacificamente rientranti nell'operatività dell'art. 323 c.p. – di capi di imputazione nei quali i medesimi fatti sono ascritti a taluni dei concorrenti ai sensi dell'art. 323 c.p., e ad altri ai sensi dell'art. 353 bis c.p., e ciò in ragione della diversa scelta operata dal Gup nell'ambito dei processi originati dalla stessa indagine ma instaurati in distinti momenti di esercizio dell'azione penale. Più nel dettaglio: in seno al procedimento n. 15573/19 RGNR, il Gup ha operato la riqualificazione ai sensi dell'art. 323 c.p. dei fatti contestati dal PM ai sensi dell'art. 353bis c.p., ritenendo non configurabile in essi la fattispecie individuata nella richiesta di rinvio a giudizio; viceversa, in seno al procedimento n. 8496/20 RGNR, il Gup non ha operato la predetta riqualificazione mantenendo, per i concorrenti nei medesimi fatti di reato, la qualificazione giuridica *ex art. 353 bis c.p.*

Pertanto, in seguito alla riunione dei due procedimenti (come specificato nella memoria del Pm depositata in atti) *“per lo stesso fatto storico (rectius concorso) vi sono imputati ai quali è contestato l'art.323 c.p. (effetto della riqualificazione del Gup) e imputati (correi nel medesimo reato per i quali si era proceduto separatamente) ai quali, invece, è contestato il reato di cui all'art. 353 bis c.p.”.*

Nel corso del dibattimento, il PM ha chiesto che tutte le imputazioni che nelle richieste di rinvio a giudizio erano state formulate ai sensi dell'art. 353bis c.p. siano riportate a tale qualificazione modificando, ove intervenuta, quella diversa operata dal Gup; varie difese degli imputati le cui condotte non sono state oggetto di riqualificazione ai sensi dell'art. 323 c.p. hanno viceversa chiesto che tale riqualificazione sia operata in questa sede, ritenendo non applicabile con riguardo ai concorsi universitari l'art. 353 bis c.p.

Il Tribunale si trova quindi di fronte ad una vasta imputazione composta da reati pacificamente ascritti ai sensi dell'art. 323 c.p., da reati configurati ai sensi degli artt. 323 c.p. per taluni concorrenti e ai sensi dell'art. 353bis c.p. per altri (in ordine ai quali andrà evidentemente sciolta in sede di decisione la riserva di qualificazione), e da altri reati soggettivamente/oggettivamente connessi a quelli.

Così definito il quadro entro cui deve muoversi la valutazione del giudice, emerge con evidenza la rilevanza della questione di legittimità costituzionale nel processo pendente: in caso di conferma di legittimità della norma abrogata il processo verrebbe definito con un'assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato sia per le ipotesi in cui viene già contestato il reato di cui all'art. 323 c.p. sia per quelle in cui è stata chiesta la riqualificazione ai sensi di tale disposizione ed il Tribunale decida in tal senso. In proposito, ad ulteriore sostegno della valutazione di rilevanza, si evidenzia che recente, ma in breve tempo consolidata, giurisprudenza della Corte di Cassazione ha escluso l'operatività dell'art. 353bis c.p. nei casi in cui si ipotizzi l'alterazione del procedimento di assegnazione di incarichi universitari, orientamento che non potrà che riverberare, *rebus sic stantibus*, sulla decisione del Tribunale in merito alla riqualificazione ai sensi dell'art. 323 c.p. delle condotte contestate ai sensi della disposizione non applicabile.

Viceversa, ove fosse dichiarata l'illegittimità della norma abrogata dell'art. 323 c.p., si potrebbe giungere in ordine ai medesimi casi o ad un'assoluzione nel merito (come richiesto dal Pm per alcuni imputati) o ad una condanna, con conseguenti ripercussioni favorevoli o sfavorevoli sia per gli imputati sia per le persone offese costituite parti civili.

L'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1 lett. b) della l. 9 agosto 2024 n. 114 avrebbe, quindi, un impatto immediato e diretto nel processo *de quo* poiché inciderebbe sul contenuto e sulla formula decisoria della sentenza di questo Tribunale.

Sul punto, la giurisprudenza costituzionale (*cf. sent. n. 28/2010, 80/2024, 25/2024 Corte Cost.*) ha più volte affermato che la sola possibilità che l'accoglimento della questione di costituzionalità comporti un diverso *iter* motivazionale o l'adozione di formula assolutoria di tenore diverso implica la rilevanza della questione, non intaccata quindi da argomenti attinenti al merito delle contestazioni.

Né incide sulla ritenuta rilevanza l'argomento inerente all'effetto dell'eventuale pronuncia di illegittimità sulle imputazioni in esame alla luce del dettato dell'art. 2 c.p., atteso che le condotte in esame sono state contestate come poste in essere in vigenza della norma penale poi abrogata e in ogni caso la Corte Costituzionale ha chiarito, con la sentenza n. 28/2010, che “*la retroattività della legge più favorevole non esclude l'assoggettamento di tutte le norme giuridiche di rango primario allo scrutinio di legittimità costituzionale*”.

Per tutte le ragioni sopra dette, la questione di legittimità costituzionale della norma abrogata dell'abuso d'ufficio è rilevante nel processo in esame.

2. Sull'ammissibilità del sindacato in *malam partem* della Corte Costituzionale

Nel caso che ci occupa, è in discussione la legittimità costituzionale di una norma che abroga una fattispecie incriminatrice e, per tale ragione, è stato contestato dalle difese che la Corte possa intervenire dichiarandone l'incostituzionalità, così operando in *malam partem*, in contrasto con l'art. 25, secondo comma della Costituzione

Sull'ammissibilità del sindacato in *malam partem* della Corte Costituzionale si sono succeduti diversi orientamenti che ne hanno delimitato la portata e i limiti, escludendo in linea generale la stessa Corte di poter intervenire *creando* nuove norme penali, *estendendo* l'ambito applicativo di quelle già

esistenti o *aggravandone* le conseguenze sanzionatorie. Questo principio generale è stato, nel tempo, rivisitato individuandosi ad esso alcune deroghe poste a garanzia di tutela del cittadino e necessarie per evitare la creazione di “*zone franche*” non sottoponibili al vaglio di legittimità della Corte Costituzionale, nel difficile bilanciamento tra la discrezionalità del legislatore (che non può essere illimitata) e i principi cardine dell’ordinamento.

Limitando l’esame alle ipotesi derogatorie di diretto interesse per la presente trattazione, va richiamato come la Corte abbia stabilito l’ammissibilità di un proprio intervento nelle ipotesi in cui siano soggette al sindacato di costituzionalità norme penali di favore che si pongono in violazione dell’art. 3 della Costituzione perché volte a sottrarre irragionevolmente un determinato sottoinsieme di condotte alla regola della generale rilevanza penale di una più ampia classe di comportamenti, stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, o prevedano per detto sottoinsieme, irragionevolmente, un trattamento sanzionatorio più favorevole (*cf. sentenza n. 394/2006 Corte Cost.*). In questo caso *l’effetto in malam partem non discende dall’introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell’automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell’ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva.*)

Nel sollevare la questione di legittimità il PM ha rappresentato la disposizione abrogativa come norma di favore, articolando quindi i parametri rispetto ai quali la Corte ne potrebbe valutare l’illegittimità, prospettazione contestata da parte difensiva.

Ritiene il Tribunale di non poter aderire alla lettura offerta dal PM: invero, pur operando l’abrogazione in senso favorevole all’imputato, la rimozione della disposizione non comporterebbe alcuna riespansione di norme generali dal cui ambito le condotte abusive sarebbero state illegittimamente sottratte ma determinerebbe il reinserimento di una fattispecie penale autonoma in violazione della riserva di legge come costantemente interpretata dalla Corte Costituzionale.

Si ritiene invece, in accoglimento di altro argomento speso dal PM, ricorra una diversa ipotesi derogatoria, ossia l’ammissibilità dell’intervento in *malam partem* nell’ipotesi di violazione degli obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell’art. 11 o dell’art. 117, primo comma, Cost. (*cf. sentenza n. 37/2019 con richiami in motivazione: “Un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti in malam partem può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell’art. 11 o dell’art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 28 del 2010; nonché sentenza n. 32 del 2014, ove l’effetto di ripristino della vigenza delle disposizioni penali illegittimamente sostituite in sede di conversione di un decreto-legge, con effetti in parte peggiorativi rispetto alla disciplina dichiarata illegittima, fu motivato anche con riferimento alla necessità di non lasciare impunito «alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell’Unione europea, che l’Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.»*”).

Individuati i parametri di ammissibilità di intervento della Corte, può affermarsi che, nel caso in esame, si verte nell'ipotesi derogatoria da ultimo rammentata, ossia la violazione degli obblighi internazionali rilevanti ai sensi degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

Questo Tribunale ritiene, infatti, che l'art. 1, comma 1 lett. b) della l. 9 agosto 2024 n.114, prevedendo l'abrogazione dell'art. 323 c.p., violi il dovere di rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione ONU di Merida del 2003 firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e da esso ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 3 agosto 2009, n. 116

3. Sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 117 Cost.

Preliminarmente, pare opportuno rammentare che secondo consolidata dottrina l'infondatezza manifesta di cui all'art. 23 della legge 87/1953 si configura quando non sussiste il minimo dubbio sulla costituzionalità della norma da applicare al caso trattato. Ne deriva che se un dubbio sussiste la questione va sollevata, dovendosi semmai motivare, a fronte di istanza, le ragioni della mancanza assoluta di fondatezza che conduce al rigetto piuttosto che il recepimento della richiesta di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

In merito, già solo il fatto che sulla questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 1, lett. b) della legge 9 agosto 2024, n. 114 che ha abrogato la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 323 c.p. si siano espressi diversi Giudici in tutta Italia nel giro di pochi mesi prendendo decisioni nell'un verso e nell'altro, è sintomo, certamente, che sulla questione il dubbio sussista concretamente e, pertanto, richieda una decisione dirimente da parte della Corte Costituzionale.

Si osserva ulteriormente quanto segue.

L'art. 1, comma 1 lett. b) della l. 9 agosto 2024 n.114, prevedendo l'abrogazione dell'art. 323 c.p. si pone in violazione degli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., in relazione agli *artt. 7, comma 4, 19 e 65* della Convenzione ONU del 2003 contro la corruzione (Convenzione di Merida), alla quale è stata data esecuzione in Italia con la legge 116/09 e che costituisce fonte di diritto internazionale, *vincolante per gli Stati contraenti* (sia per effetto della ratifica della Convenzione da parte dello Stato italiano sia per effetto dell'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione).

L'art. 19 della predetta Convenzione (nella versione italiana allegata alla l. 116/09), rubricato come *Abuso d'ufficio*, recita : *“ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona o entità”*.

A tale norma è conforme l'abrogato art. 323 c.p., vigente al momento in cui è stata data esecuzione alla Convenzione di Merida (*“Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé 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 aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità”*)

In questa sede, ci si interroga se, in seguito all'avvenuta abrogazione dell'art. 323 c.p., persista o meno la conformità del sistema italiano agli obblighi internazionali con riguardo all'art. 19 della Convenzione e che livello di obbligatorietà scaturisca da tale norma.

L'art. 19, nella traduzione italiana, utilizza il termine "esamina" con riguardo alle misure legislative da adottare da ciascuno Stato Parte, facendo espresso riferimento alle ipotesi di nuova introduzione di norme, e si caratterizza per essere non una semplice raccomandazione, ma una norma avente nel suo significato carattere cogente.

Ciò si ricava dalla lettura dei criteri di cui agli artt. 11 e 12 della *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption* che costituisce atto di interpretazione autentica della stessa Convenzione, oltre che dall'applicazione dei criteri ermeneutici *sistematico e teleologico* che consentono di individuare quali siano gli obiettivi generali della Convenzione.

Le citate disposizioni orientano nel senso di individuare l'art. 19 come norma cogente di livello intermedio prevedendo essa l'impegno all'adozione di "misure che gli Stati Parte devono considerare di applicare o tentare di adottare" (così l'art. 11 citato, lett. b): *measures that States parties must consider applying*). La norma non pone infatti un obbligo assoluto di legiferare (non viene utilizzata l'espressione "ciascuno Stato Parte adotta") né una mera facoltà di legiferare (non viene utilizzata l'espressione "può adottare"). Da questo livello di obbligatorietà deriva che *gli Stati sono sollecitati (urged) a prendere in considerazione l'adozione di una determinata misura e a compiere uno sforzo reale (genuine effort) per vedere se sarebbe compatibile con il loro ordinamento giuridico*.

Sull'interpretazione di tale criterio ruota in significativa parte la verifica di compatibilità della scelta abrogatrice italiana con gli obblighi internazionali derivanti dall'adesione alla Convenzione di Merida, essendo stato affermato, dalla tesi che ritiene la predetta compatibilità, che la dizione contenuta nell'art. 19, non essendo significativa di obbligo assoluto di adozione della misura ivi prevista, non attribuisce alla mancata adozione di essa la natura di inadempimento all'impegno internazionale. In questa lettura ciò che non è espressamente richiesto dalla Convenzione con il termine 'adopt' - e quindi, per quanto qui rileva, ogni misura cui si riferisce la dizione 'shall consider adopting' - resta fuori dall'obbligatorietà rilevante.

In questa sede si propone una diversa lettura, secondo cui l'impegno cogente a considerare (*must consider*) deve trovare un proprio spazio applicativo autonomo rispetto a quello della mera facoltatività di adozione (*may adopt*), non potendo risolversi in un 'rafforzato' impegno di valutazione del tutto astratto, non verificabile e dai confini incerti; sulla base linguistica offerta dalla stessa disposizione - sopra riportata come letta dalla richiamata Legislative Guide - si ritiene che tale ambito di operatività possa rintracciarsi nella 'compatibilità' della misura in questione con il sistema legale del Paese aderente, cui si riconosce quindi la possibilità di non adottarla solo ove essa, nonostante i sollecitati seri sforzi, resti con quel sistema incompatibile. Si tratterebbe quindi di una sorta di discrezionalità tecnica, riconosciuta agli Stati in relazione a misure di minore cogenza rispetto a quelle che la Convenzione configura come imprescindibili, ma comunque vincolante come criterio di scelta in merito all'inserimento della misura nel proprio ordinamento ove con esso compatibile.

In quest'ottica, il dato che al momento della ratifica della Convenzione fosse già presente nel nostro ordinamento la fattispecie penale dell'abuso d'ufficio, peraltro delineata in modo del tutto analogo al testo dell'art. 19 Conv., evidenzia che l'Italia aveva già "considerato di adottare la misura" poi espressamente inserita nella Convenzione, in quanto ritenuta "compatibile con l'ordinamento giuridico italiano", restando quindi vincolata alla scelta.

Per garantire il rispetto della Convenzione, lo Stato doveva, quindi, limitarsi a mantenere o rafforzare – eventualmente adottando “*misure più strette o severe*” di quelle costituenti *standard minimi* di tutela, come previsto dall’art. 65 ,comma 2, della Convenzione – quanto già penalmente disciplinato dall’art.323 c.p. in termini aderenti al citato art. 19.

La soluzione appare coerente anche con le principali finalità della Convenzione come desumibili dall’insieme delle considerazioni e disposizioni in essa contenute ed interpretate nella *Legislation Guide* e con il principio, sancito talora espressamente nelle fonti internazionali, che richiede che da parte degli Stati aderenti non vengano adottate misure contrarie alle finalità del Trattato o della Convenzione cui si è aderito.

Già l’art. 1 (testo allegato in italiano alla legge di ratifica), nel definire l’oggetto della Convenzione richiama, alla lett. a), *la promozione e il rafforzamento delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace*” ed è agevole rilevare come l’incriminazione di una serie di condotte ulteriori rispetto alla corruzione – tra cui l’abuso di ufficio – appaia attuativa della volontà di apprestare un corredo sanzionatorio di illeciti che affondano nel bacino comportamentale della corruzione o ne possono essere spia.

Alla lett. c) del citato art. 1, si menziona ancora, come oggetto della Convenzione, “*la promozione dell’integrità, della responsabilità e della buona fede nella gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici*” e nel Titolo relativo alle misure preventive da adottare nel settore pubblico, l’art. 7, comma 4, della stessa Convenzione di Merida recita: “*ciascuno Stato si adopera, conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, al fine di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse*”, obiettivi cui era all’evidenza funzionale il dettato di cui all’art. 323 c.p. presente nell’ordinamento italiano, ove è tra l’altro incriminata specificamente anche la condotta abusiva commessa mediante violazione dell’obbligo di astensione “*in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti*”.

Il paragrafo 170 della ‘*Legislative Guide*’, inserito nell’introduzione della parte III inerente alla tematica della criminalizzazione, dà sostegno all’obbligo non solo di adottare ma anche di mantenere e rafforzare il sistema di incriminazioni volto al perseguimento delle finalità della Convenzione laddove afferma che gli Stati che abbiano già nel proprio ordinamento i pertinenti reati devono assicurarsi che la previsione esistente sia conforme a quanto richiesto dalla Convenzione medesima ed eventualmente apportare le necessarie modifiche alla normativa interna per l’adeguamento.

L’Italia aveva già assolto a questo obbligo, quindi fondatamente si dubita che l’abrogazione della fattispecie di cui all’art. 323 c.p. sia violativa della Convenzione.

Va peraltro anche evidenziato che l’abrogazione interviene in un contesto nazionale che lascia del tutto privi di tutela gli interessi perseguiti attraverso l’art. 323 c.p. e le finalità cogenti della Convenzione di Merida, non apprestando l’ordinamento italiano alcuna sanzione alla lesione degli obblighi di trasparenza, imparzialità e buona fede nell’agire del pubblico amministratore. In merito alla tesi secondo cui l’abrogazione non avrebbe comportato l’assenza di tutela dei predetti interessi, in quanto l’atto illegittimo derivato da abuso d’ufficio è suscettibile di ricorso amministrativo, va osservato che simile rimedio è rimesso all’iniziativa privata, di carattere eventuale e non pienamente satisfattiva dell’interesse pubblicistico, profilo che appare alla base dell’obbligo di incriminazione posto dalla Convenzione.

Infine, anche l'Unione Europea ha manifestato perplessità sull'abrogazione dell'art. 323 c.p. In particolare, la Commissione, nella Relazione annuale sullo Stato di diritto per il 2024, adottata a Bruxelles il 24/7/24, a pagina 22 ha espresso quanto segue: *“in alcuni Stati membri, tuttavia, determinate riforme del diritto penale, rischiano di compromettere la lotta contro la corruzione...in Italia una nuova legge che abroga il reato di abuso d'ufficio e limita l'ambito di applicazione del reato di traffico di influenza potrebbe avere implicazioni per l'individuazione e l'indagine di casi di frode e corruzione...”*.

Alla luce di quanto detto, e non essendo possibile effettuare una interpretazione costituzionalmente conforme della norma di cui si sospetta l'illegittimità, si ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 lett. b) della l. 9 agosto 2024 n.114, nella parte in cui abroga il reato di cui all'art. 323 c.p. per violazione degli artt. 11 e 117 co. 1 Cost., in relazione agli artt. 1, 7 co. 4, 19, e 65 della Convenzione ONU di Merida del 2003.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 23 l. 87/1953 e 159 c.p., deve ordinarsi la sospensione del giudizio in corso nei confronti degli imputati e la conseguente sospensione della prescrizione con riferimento a tutti i reati contestati nel presente procedimento, aderendo al principio giurisprudenziale, ormai consolidato, secondo il quale in tema di prescrizione, nel caso di sospensione del procedimento a seguito di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale per la risoluzione di una questione di legittimità costituzionale, la data di cessazione dell'effetto sospensivo e, pertanto, la data finale del periodo di sospensione del termine prescrizionale coincide con quella in cui gli atti sono restituiti al giudice remittente (cfr. Cass., Sez. V, 15.02.2013, n. 7553).

Si dispone, ai sensi dell'art. 23, comma 4 l. 87/1953 l'immediata trasmissione degli atti del procedimento alla Corte Costituzionale, mandandosi alla Cancelleria per la notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché per la comunicazione ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica e per la successiva trasmissione del fascicolo processuale alla Corte Costituzionale.

P.Q.M.

Visti gli artt. 134 Cost., 1 della legge Cost. 1/1948 e 23 e ss della legge n. 87/1953

ritenuta la questione rilevante e non manifestamente infondata,

SOLLEVA

la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. B) della legge 9 agosto 2024, n. 114 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 187 del 10 agosto 2024 ed entrata in vigore il 25 agosto 2024), nella parte in cui abroga l'art. 323 c.p. in violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. (in relazione agli obblighi derivanti dagli artt. 7, comma 4, 19 e 65, comma 1 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (c.d. Convenzione di Merida), adottata dall'Assemblea Generale dell'O.N.U. il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e da esso ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 3 agosto 2009, n. 116).

SOSPENDE

Il giudizio in corso nei confronti dei predetti imputati e i relativi termini di prescrizione fino alla decisione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale ed alla conseguente restituzione degli atti a questo Tribunale procedente,

DISPONE

l'immediata trasmissione degli atti del procedimento alla Corte Costituzionale;

MANDA

alla cancelleria per la notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei Ministri, per la comunicazione ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica e per la successiva trasmissione del fascicolo processuale alla Corte Costituzionale.

Catania, 26 novembre 2024

Il Presidente

Dott.ssa Enza De Pasquale
Enza De Pasquale

I Giudici

Dott.ssa Cristina Scalia

Cristina Scalia

Dott.ssa Mariaconcetta Gennaro

Mariaconcetta Gennaro

*Depositate e lette
in Udienza,
26/11/2024*



L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO
Dott. Giulio Barone

Giulio Barone

