



TRIBUNALE DI TERAMO

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE

QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE

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

Il Tribunale in composizione collegiale, nelle persone dei magistrati

Dott.ssa Claudia Di Valerio

Presidente est.

Dott. Emanuele Ursini

Giudice est.

Dott.ssa Martina Pollera

Giudice est.

nel procedimento penale in epigrafe emarginato a carico di:

[redacted] elettivamente domiciliato presso il difensore di fiducia [redacted]

[redacted] elettivamente domiciliato presso lo studio di [redacted]

imputati

del reato di cui agli artt. 56, 323 c.p. come da separato foglio allegato alla presente ordinanza

osserva

Con decreto che dispone il giudizio, emesso dal G.U.P. in sede in data 15.12.2020, [redacted] venivano tratti a giudizio per rispondere dei reati trascritti nell'allegata imputazione.

Nel corso del giudizio, svoltosi alla presenza degli imputati, all'udienza del 7.9.2021 il Pubblico Ministero procedeva preliminarmente alla modifica dell'imputazione come da foglio inserito nel verbale di udienza, ritualmente notificato mediante consegna di copia ai difensori domiciliatari.

Dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento e l'ammissione dei mezzi di prova disposte all'udienza del 28.5.2021, all'udienza del 5.11.2021 prendeva avvio l'istruttoria attraverso l'esame di numerosi testimoni e la produzione di copiosa documentazione.

All'udienza del 1.3.2024 si dava preliminarmente atto dell'ulteriore modificazione della composizione del Collegio, *“con la ripetizione della sequenza procedimentale costituita dalla dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492 cod. proc. pen.), dall'esposizione introduttiva e dalle richieste di ammissione delle prove (art. 493 cod. proc. pen.), dai provvedimenti relativi all'ammissione (art. 495 cod. proc. pen.), dall'assunzione delle prove”* (così, Cass., SS. UU., n. 41736 del 30/05/2019, Bajrami, Rv. 276754 – 02; conforme sul punto: Cass. SS. UU. 15.11-17.2.1999, Iannaso).

L'istruttoria dibattimentale proseguiva sino all'udienza del 27.9.2024, in cui il Collegio, preso atto della qualificazione giuridica dei fatti, invitava le parti a prendere posizione in ordine alla persistente rilevanza penale della condotta. In quella sede, il Pubblico Ministero chiedeva pronunciarsi il proscioglimento degli imputati e i difensori si associavano a tale conclusione.

Si perveniva quindi all'udienza odierna, in cui le parti si riportavano alle conclusioni già rassegnate a verbale e il Tribunale pronunciava la presente ordinanza, ritenendo rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. b) della L. 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 ha abrogato l'art. 323 c.p.

La rilevanza della questione.

La questione che si sottopone alla Corte è dotata del requisito della rilevanza, siccome delineato dalla consolidata giurisprudenza costituzionale.

In punto di diritto, occorre ribadire, in accordo a Corte cost. n. 135/2024, che *“ai fini dell'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale è sufficiente che la disposizione censurata sia applicabile nel giudizio a quo e che la pronuncia di accoglimento possa incidere sull'esercizio della funzione giurisdizionale, anche soltanto sotto il profilo del percorso argomentativo che sostiene la decisione del processo principale, senza che occorra la dimostrazione della sua effettiva capacità di influire sull'esito del processo medesimo. Ciò, in quanto il presupposto della rilevanza non si identifica nell'utilità concreta di cui le parti in causa potrebbero beneficiare”*.

Ancora, per Corte cost. n. 253/2019, *“anche nella prospettiva di un più diffuso accesso al sindacato di costituzionalità e di una più efficace garanzia di conformità delle leggi a Costituzione, il presupposto della rilevanza non si identifica con l'utilità concreta di cui le parti in causa potrebbero beneficiare a seguito della decisione”* e *“sussiste la rilevanza della questione incidentale anche nel caso in cui, quand'anche l'esito del giudizio a quo fosse il medesimo, la pronuncia di accoglimento influirebbe sul percorso argomentativo che il giudice rimettente deve seguire”*.

Tanto premesso, si osserva che il Tribunale è chiamato a decidere della sussistenza, a carico degli imputati, del reato di cui agli artt. 56, 323 c.p. In punto di fatto, merita solo brevemente accennare che:

- il Pubblico Ministero ha modificato l'imputazione a seguito dell'emanazione dell'art. 23, comma 1 D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con modifiche dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, che ha ridisegnato gli elementi costitutivi del reato; ne consegue che la condotta che si addebita agli imputati è astrattamente sussumibile nella fattispecie in vigore prima dell'intervento legislativo che in questa sede si censura;
- la giurisprudenza di legittimità, con orientamento costante e condivisibile, ritiene ipotizzabile il reato di abuso d'ufficio nella forma tentata (tra le tante, Cass., n. 26617/2009);
- dalla lettura del capo di imputazione e dall'istruttoria, lunga e complessa, fino a questo momento espletata non può giungersi a qualificare giuridicamente la condotta ascritta entro paradigmi diversi da quelli ipotizzati dall'Ufficio di Procura nell'editto accusatorio.

Si dovrebbe pertanto dare applicazione all'art. 1, comma 1, lett. b) L. n. 114/2024, in modo da pervenire alla immediata definizione del giudizio nelle forme delineate dall'art. 129 c.p.p. Invero, in forza della norma della cui legittimità si dubita, si imporrebbe concludere nel senso che il reato contestato non è (più) previsto dalla legge come reato.

A parere del Collegio, tuttavia, una siffatta conclusione è percorribile soltanto qualora si ritenga la norma abrogatrice conforme a Costituzione.

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale mostra come la valutazione della rilevanza della questione non incontri alcuna preclusione sul piano processuale. E' difatti acquisito che, in caso di illegittimità costituzionale di una norma che abroghi una ipotesi di reato, con riferimento ai fatti commessi sotto la sua vigenza, la formula di proscioglimento non potrebbe essere incentrata sulla norma dichiarata incostituzionale (*“perché il fatto non è previsto dalla legge come reato”*), bensì sul principio di irretroattività. Per contro, in relazione ai fatti pregressi, come si tratta nel presente giudizio, nessun problema di irretroattività si porrebbe, atteso che i fatti sono stati commessi quando era in vigore una norma incriminatrice, bensì solo l'eventuale applicazione retroattiva della *lex mitior*, che tuttavia incontra un limite nella legittimità costituzionale della legge di cui si invoca l'applicazione retroattiva (cfr. Corte cost. n. 148/1983, n. 394/2006, n. 28/2010).

E pertanto, nel caso di specie la questione della legittimità costituzionale è certamente rilevante, da essa dipendendo la stessa prosecuzione del giudizio. Invero:

- A. in caso di ravvisata legittimità costituzionale dell'art. 1 L. n. 114/2024, il Collegio dovrebbe pronunciare l'immediato proscioglimento degli imputati perché il fatto non è previsto dalla legge come reato;
- B. nel caso in cui venga dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, invece, il giudizio proseguirebbe per l'accertamento della responsabilità degli imputati alla stregua degli artt. 56, 323 c.p.

In ciò, come anticipato, non vi è alcuna violazione dei principi che regolano la successione di leggi penali nel tempo, anche con riferimento all'intervento della Corte costituzionale.

Come meglio si vedrà trattando dell'ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale con effetti *in malam partem*, nel caso di specie non sussiste alcun potere "creativo" in capo al Giudice delle leggi, poiché gli effetti sul giudizio in corso della pronuncia della Corte seguirebbero alla mera riespansione della norma abrogata, già in vigore all'epoca in cui i fatti sono stati commessi.

Con maggior sforzo esplicativo, il principio di riserva di legge – che pure è considerato da autorevole dottrina *"l'unico, fra quelli in cui si articola il 'macro-principio' di legalità penale, a connotarsi come storicamente condizionato, e dunque non incrollabile"* – non viene posto in discussione, poiché la Corte costituzionale, lungi dal formulare il precetto penale, si limiterebbe a rimuovere la norma abrogatrice illegittima e, nel vuoto lasciato da quest'ultima, si riespanderebbe la previgente formulazione dell'art. 323 c.p., pienamente applicabile ai fatti pregressi perché commessi, come nel caso di specie, sotto la sua vigenza, e dunque "coperti" dalla riserva di legge. A tale conclusione, come spiegato proprio da Corte cost. n. 394/2006, non pone ostacolo neppure il principio dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole, il quale, trovando fondamento e limiti nel principio di uguaglianza, da un lato *"è suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli"*, dall'altro *"è destinato a trovare applicazione in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima"*. Sul tema, più recentemente, Corte cost. n. 105/2022 ha ribadito che *"è vero che in linea di principio sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che concernano disposizioni abrogative di una previgente incriminazione, e che mirino al ripristino nell'ordinamento della norma incriminatrice abrogata (...) Però – come ribadito anche di recente da questa Corte (sentenze n. 236 e n. 143 del 2018) – «tali principi non sono senza eccezioni» (sentenza n. 37 del 2019)"*.

La sentenza da ultimo citata è intervenuta in merito alle modifiche che hanno interessato l'art. 586 bis, comma settimo c.p. In quel caso, in seguito alla restituzione degli atti per il prosieguo del giudizio *a quo*, la Corte di cassazione ha ulteriormente specificato come l'insegnamento della Corte costituzionale sia stato recepito dalla consolidata giurisprudenza di legittimità nel senso che "la

norma dichiarata incostituzionale, ove più favorevole, può continuare ad essere applicata, per il principio del favor rei, soltanto ai fatti commessi sotto la sua apparente vigenza, ma non anche ai fatti che siano stati commessi nella operatività della normativa precedente, dovendo escludersi che una norma costituzionalmente illegittima possa determinare un trattamento più favorevole anche con riferimento a fatti pregressi, posti in essere nel vigore della normativa più severa” (cfr. Cass., III, 8 agosto 2024, n. 32249, che in parte motiva ha specificato trattarsi di logica applicazione degli artt. 136, comma primo, Cost. e 30, comma terzo L n. 87 del 1953, i quali “escludono, in modo testuale, la prima l’«efficacia» e la seconda l’«applicazione» delle norme dichiarate incostituzionali dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”).

E’ quanto del resto verificatosi in seguito alla pronuncia della Corte cost. n. 32/2014, che ha avuto l’effetto immediato di ripristinare la versione dell’art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990 anteriore all’entrata in vigore delle modifiche apportate dalla L. n. 49 del 2006, versione che, come è noto, risultava meno favorevole in relazione alle cd. droghe pesanti.

Non si ravvisano ragioni ostative al dispiegarsi di un siffatto meccanismo – come detto, per nulla lesivo della riserva di legge – in relazione a fatti commessi in epoca in cui l’art. 323 c.p. era in vigore.

Di qui, la rilevanza della questione di legittimità dell’art. 1, comma 1, lett. b) L. n. 114/2024.

L’ammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

Superate, quindi, le problematiche concernenti la rilevanza processuale di una questione di legittimità costituzionale relativa ad una norma *in bonam partem*, il problema si è spostato sotto un profilo esclusivamente sostanziale. La sentenza *in malam partem* della Corte costituzionale determinerebbe un’insanabile frizione con la riserva di legge consacrata dall’art. 25, comma secondo, Cost., espressione del principio di matrice illuministica per cui le scelte di politica criminale devono essere rimesse all’organo rappresentativo della sovranità popolare e quindi al Parlamento, unico luogo in cui le istanze delle minoranze possono trovare adeguata valorizzazione in ragione del procedimento dialettico e democratico di formazione della legge. L’ottica, quindi, è quella di tutela del diritto inviolabile della persona alla propria libertà individuale, con la conseguenza che il principio di riserva di legge parlamentare precluderebbe l’intervento della Corte costituzionale soltanto in pronunce che determinerebbero effetti *in malam partem* per il cittadino; al contrario, mai si è dubitato della possibilità per la Corte di intervenire con sentenze i cui effetti opererebbero *pro reo*, non venendo in rilievo in tal caso alcun profilo di garanzia per il consociato. La natura di riserva di legge parlamentare in materia penale non ha impedito al Giudice delle leggi, negli ultimi decenni, di individuare spazi di intervento attraverso sentenze produttive di effetti *contra reum*.

L'esigenza, avvertita e perseguita dalla Corte, è stata quella di consentire un "*sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto impreviste dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diventerebbe incontrollabile*" (in questi termini la sentenza capostipite dell'impostazione in commento, n. 148/1983).

Come noto, la questione si è posta inizialmente con la differenza tra norme penali di favore e norme penali favorevoli, ammettendo un sindacato di costituzionalità rispetto alle prime in quanto produttive, per determinati soggetti o per classi di condotte, di un trattamento penale più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. In tali casi l'esigenza della riserva di legge resterebbe garantita in quanto dall'abolizione della norma di favore si determinerebbe l'effetto automatico di riespansione della norma generale (sempre vigente nell'ordinamento) quale reazione naturale del sistema alla scomparsa della norma incostituzionale. Successivamente, la giurisprudenza costituzionale ha ammesso un sindacato *in malam partem* in materia penale in relazione alla procedura legislativa che ha introdotto la norma *in bonam partem*, come nel caso di decreto legislativo in assenza di una valida legge di delegazione parlamentare (sent. n. 5/2014) o di introduzione, in sede di conversione del decreto-legge, di emendamenti eterogenei rispetto all'originario contenuto del decreto-legge (sent. n. 32/2014).

Si parla, in questi ambiti, di violazioni procedurali dell'*iter* di approvazione della norma penale favorevole, in cui è lo stesso legislatore che, con la procedura non corretta, arreca un *vulnus* al principio di riserva di legge e l'intervento della Corte costituzionale sarebbe ammissibile in quanto ripristinatore della "legalità sostanziale violata".

Più di recente, la Corte ha inteso estendere il proprio sindacato sulla costituzionalità di norme favorevoli che determinino l'inadempimento di un obbligo di tutela penale sopravvenuto imposto dal diritto eurounitario.

E' il caso della sentenza n. 28/2010 sulle cd. ceneri di pirite. In quell'occasione la Corte ha ritenuto ammissibile un proprio intervento *in malam partem* in un caso di inadempimento statale sopravvenuto rispetto ad una direttiva comunitaria *non self executing*, per il contrasto della legge interna più favorevole per il reo con la disciplina eurounitaria e quindi per la violazione indiretta degli artt. 11 e 117 Cost., con l'effetto di ripristinare la previgente disposizione, nel frattempo abrogata, conforme al diritto UE.

Ancora più apertamente, la Corte, dopo aver dichiarato l'incostituzionalità delle norme della legge cd. Fini-Giovanardi nella parte in cui equiparavano il trattamento sanzionatorio delle droghe leggere e delle droghe pesanti, per giustificare l'applicazione della previgente cornice edittale per le due ipotesi, con un parziale effetto sfavorevole al reo, ha affermato che "*se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel D.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale*

di penalizzare” e ciò comporterebbe “una violazione del diritto dell’Unione Europea, che l’Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.”.

Più di recente, il Giudice delle leggi ha ammesso il sindacato *in malam partem* in materia penale nel caso in cui la norma interna favorevole sia in contrasto con norme di diritto internazionale pattizio sottoscritte e ratificate dallo Stato italiano, in quanto la norma interna si porrebbe in frizione con l’art. 117 Cost. allorquando dalle norme sovranazionali si determini un obbligo di criminalizzare alcune condotte (in questo senso, sent. n. 37/2019).

Pertanto, in relazione alla violazione che la norma in questione ha determinato rispetto alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (cd. Convenzione di Merida), per le ragioni che meglio si esporranno nel prosieguo, la questione deve essere certamente ritenuta ammissibile, in quanto la norma interna di cui si discute, avendo abrogato la fattispecie di reato di abuso d’ufficio e quindi violando la convenzione che l’Italia ha ratificato con la legge n. 116/2009, ha indirettamente violato l’art. 117 Cost., con il quale si prevede che la potestà legislativa dello Stato (e delle Regioni) sia attuata nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Quanto invece alla lesione di altri principi costituzionali diversi da quello di cui è espressione l’art. 117 Cost., occorre svolgere ulteriori considerazioni in punto di ammissibilità della questione.

Non sfugge al Tribunale che la Corte, in più occasioni, ha ribadito l’impossibilità di estendere lo scrutinio di costituzionalità al sindacato della norma penale favorevole (quando non ricorrano le già menzionate eccezioni), ostandovi, come detto, il principio espresso dall’art. 25, comma secondo, Cost. per il quale le scelte relative al *se* e al *come* punire sono riservate al Parlamento, unico soggetto legittimato ad introdurre nel nostro ordinamento norme deteriori in materia penale.

Purtuttavia, ritiene il Collegio rimettente che l’abrogazione del reato di abuso d’ufficio possa consentire alla Corte costituzionale l’introduzione di un’ulteriore eccezione al principio, indiscutibile ed indiscusso, della riserva di legge parlamentare in materia penale.

La nostra Carta costituzionale si premura di offrire una tutela più intensa ad alcuni interessi ritenuti preminenti, postulando la necessità che rispetto ad essi l’ordinamento preveda sanzioni idonee a garantirne una protezione più incisiva.

E’ il caso, ad esempio, dell’art. 21, comma sesto, Cost., con il quale si pone un divieto per le pubblicazioni a stampa, per gli spettacoli e per tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume, prescrivendo altresì che *“la legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e reprimere le violazioni”*. Nello stesso solco si pone l’art. 18, secondo comma, Cost, a mente del quale *“sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare”*. Si tratta, all’evidenza, di due norme che

impongono al legislatore ordinario l'adozione di strumenti, non necessariamente di natura penale, atti a presidiare con sanzioni adeguate i beni giuridici individuati.

Venendo più da vicino agli obblighi costituzionalmente imposti di criminalizzazione, si deve porre in evidenza il dettato dell'art. 13, comma quarto, Cost., che così recita: "*E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà*".

Con tale disposizione il Costituente ha inteso prevedere esplicitamente una forma di tutela massima della incolumità psicofisica dei detenuti (o comunque di persone legittimamente private della libertà personale da parte dell'Autorità pubblica), disponendo che le violenze incidenti su dette libertà personali devono essere "punite" e quindi tutelate attraverso lo strumento penale. Secondo la dottrina assolutamente maggioritaria, non si tratta di una norma meramente estetica o programmatica, orpello del principio poco sopra declinato della inviolabilità della libertà personale, in quanto da tale previsione deriva che eventuali norme ordinarie abrogative delle fattispecie di reato attuative di quel precetto costituzionale (è il caso dell'art. 608 c.p. e, più di recente, dell'art. 613 bis c.p.) dovrebbero essere dichiarate incostituzionali, e ciò anche se un'eventuale pronuncia in tal senso comporterebbe effetti *in malam partem* per il cittadino.

L'art. 13, comma quarto, Cost. rappresenta un chiaro indice del fatto che nella nostra Costituzione sono assolutamente configurabili obblighi penali di tutela di interessi di particolare rilievo.

Per quanto di maggiore rilievo rispetto all'abrogazione dell'abuso d'ufficio, sembra porsi nella stessa direzione l'art. 28 Cost., nella parte in cui dispone che "i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti". La norma, a parere del Tribunale, in relazione all'assoggettamento dei pubblici ufficiali alle leggi penali, non deve essere intesa in un'accezione minima (ovvero quale espressione della responsabilità personale dei funzionari pubblici per fatti commessi in violazione delle leggi penali), altrimenti sovrabbondante e ripetitiva di quanto già consacrato nella precedente norma di cui all'art. 27 Cost. enunciativa del principio di responsabilità penale per fatto proprio; quanto, piuttosto, espressione della necessità di una soglia di tutela penale minima di fatti realizzati da dipendenti pubblici che ledono o espongono a pericolo i diritti dei cittadini. Così ragionando e anticipando in parte le conclusioni poste in tema di non manifesta infondatezza della questione, l'abrogazione dell'art. 323 c.p. lascia sfornita di tutela un'ampia gamma di circostanze concrete in cui la condotta dell'agente pubblico lede (o espone a pericolo, come nel caso in questione del tentativo di abuso d'ufficio) diritti fondamentali del cittadino, in ciò quindi contrastando con la previsione di cui all'art. 28 Cost.

In ogni caso, anche a prescindere da tale ultima considerazione, l'espressa previsione in Costituzione di alcuni obblighi di tutela penale porta a ritenere sussistenti anche obblighi impliciti di tutela di interessi costituzionali attraverso lo strumento penale. Ciò in quanto, diversamente

opinando, si arriverebbe alla irragionevole conclusione per cui le fattispecie di reato poste a presidio del bene giuridico rappresentato dall'integrità psicofisica dei detenuti sarebbero dotate di una forza di resistenza passiva maggiore rispetto a norme incriminatrici che tutelano interessi di uguale o addirittura più alto rango costituzionale; escludendo l'esistenza di obblighi costituzionali impliciti di criminalizzazione si arriverebbe alla paradossale conclusione di ritenere legittime norme ordinarie che abroghino fattispecie di reato poste a tutela di relevantissimi beni giuridici, quali ad esempio la maggior parte dei delitti contro la personalità dello Stato, dei delitti contro l'integrità psicofisica di persone diverse dai detenuti, piuttosto che delitti contro la vita, delitti contro la libertà sessuale, ecc.

Proprio in questo solco sembrano porsi alcuni recenti arresti del Giudice delle leggi.

E' il caso, ad esempio, della sentenza n. 22 del 27 gennaio 2022, nella quale, in materia di "Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza", cd. R.E.M.S., ha affermato la Corte che *"(...) un diffuso e significativo ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti in esame comporta un difetto di tutela effettiva dei diritti fondamentali delle potenziali vittime di aggressioni, che il soggetto affetto da patologie psichiche, e già autore spesso di gravi o gravissimi fatti di reato, potrebbe nuovamente realizzare, e che l'ordinamento ha il dovere di prevenire."*

Ancor più esplicita è stata la Corte costituzionale in materia di tutela della vita.

Nel sindacato di ammissibilità del referendum con il quale si mirava all'abolizione del reato di omicidio del consenziente (facendo residuare, secondo la formulazione del quesito referendario, una forma di incriminazione soltanto per le ipotesi in cui la condotta fosse stata attuata contro persone deboli o con un consenso carpito con violenza o inganno), la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della richiesta di referendum in quanto, dopo l'adeguata valorizzazione del bene-vita nel nostro assetto costituzionale e sovranazionale, è giunta ad affermare che *"discipline come quella dell'art. 579 cod. pen., poste a tutela della vita, non possono, pertanto, essere puramente e semplicemente abrogate, facendo così venir meno le istanze di protezione di quest'ultima a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale" (Corte Cost., sent. n. 50 del 15 febbraio 2022).*

Occorre evidenziare come il Giudice delle leggi non abbia dichiarato l'inammissibilità della questione in relazione alla capacità dello strumento referendario utilizzato di incidere in materia penale. Peraltro, se la *ratio* di garanzia dell'art. 25, comma secondo, Cost. consente l'intervento del Parlamento quale luogo di rappresentanza (indiretta) del corpo elettorale e quindi con l'adeguata valorizzazione delle istanze provenienti dalle minoranze della popolazione, *a fortiori* deve ritenersi legittimato ad intervenire nel settore penale il principale istituto di democrazia diretta del nostro ordinamento qual è il referendum abrogativo.

L'aspetto maggiormente saliente ai presenti fini, a parere di questo Tribunale, di quella pronuncia è che la Corte ha espressamente enunciato il principio che nella nostra Costituzione esistono obblighi (impliciti) di criminalizzazione di condotte lesive di beni giuridici di particolare rilievo. Se questo è il ragionamento seguito per decidere di non ammettere il quesito referendario, se ne deve desumere che, se l'abrogazione "secca" dell'art. 579 c.p. fosse avvenuta attraverso una legge ordinaria adottata dal Parlamento, un eventuale e successivo giudizio incidentale di costituzionalità avrebbe consentito alla Corte di emettere una sentenza di illegittimità di quella norma abrogativa di una fattispecie di reato, ancorché produttiva di effetti *in malam partem*.

Esportando le conclusioni testé rassegnate all'oggetto della presente ordinanza, dovrebbe giungersi a ritenere ammissibile l'intervento *in malam partem* della Corte in quanto, contrariamente opinando, si finirebbe per lasciare sguarnita di tutela un'ampia platea di interessi protetti a livello costituzionale e consacrati negli artt. 1, 3, 54, comma primo, 97 e 98, comma primo, Cost. (sia consentito, ancora una volta, rimandare, per la non manifesta infondatezza della questione, alle argomentazioni rassegnate nel proseguo dell'ordinanza).

Peraltro, se si escludesse la possibilità di sindacare la costituzionalità dell'abrogazione di una fattispecie di reato qual è l'abuso d'ufficio, si finirebbe per assegnare al principio di cui all'art. 25, comma secondo, Cost. una posizione egemone e "tiranna" rispetto agli altri principi costituzionali, relegando in una posizione subordinata alcuni fondamentali istituti, quali quello relativo al buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, a loro volta espressione del principio di eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge e del principio di legalità dell'azione amministrativa.

Si è quindi affermato da parte del Giudice costituzionale che «*il bilanciamento deve essere condotto senza consentire l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*» (sent. n. 85 del 2013). «*Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati*» (sent. n. 58 del 2018).

Peraltro, escludere il sindacato costituzionale sulla norma oggetto del presente giudizio perché produttivo di effetti *in malam partem* per il consociato determinerebbe conseguenze illogiche rispetto all'ammissibilità di siffatto sindacato allorché la norma interna venga censurata dalla Corte costituzionale perché violativa di obblighi eurounitari o sovranazionali.

Come noto, infatti, le norme di diritto internazionale pattizio entrano nel nostro ordinamento attraverso la legge nazionale che recepisce gli accordi; tali norme, attraverso il già ricordato art. 117

Cost., assumono una posizione preminente nel sistema delle fonti del diritto rispetto alle norme statali di rango ordinario, cosicché, se queste ultime dovessero porsi in contrasto con le prime, sarebbero dichiarate incostituzionali per violazione della norma interposta dell'art. 117 Cost. Senonché, la Corte costituzionale ha affermato in maniera pressoché costante che l'eventuale contrasto tra la norma di diritto internazionale pattizio e la Costituzione imporrebbe alla Corte stessa di dichiarare l'illegittimità della norma interna di adattamento, nella parte in cui consente alla norma internazionale convenzionale di essere applicata nel nostro ordinamento (discorso non dissimile può essere condotto per le norme eurounitarie, le quali assumono prevalenza anche rispetto alle norme costituzionali, ad eccezione dei principi immanenti il nostro sistema costituzionale: laddove le prime dovessero porsi in contrasto con le seconde dovrebbe ipotizzarsi l'applicabilità dei cd. controlimiti). Ebbene, ammettere che le norme di diritto internazionale convenzionale debbano essere rispettose di tutta l'architettura costituzionale, fino a consentire alla stessa Corte di sindacarne la loro tenuta costituzionale, e contestualmente ammettere che l'obbligo internazionale di criminalizzazione di determinate condotte consenta di derogare all'art. 25, comma secondo, Cost. rappresenta ancora di più la plastica evidenza di come quest'ultimo principio, caposaldo del diritto penale democratico, ben possa essere bilanciato con altri rilevanti principi costituzionali al ricorrere, come nel caso di specie, di circostanze che impongano alla Corte di evitare che il Parlamento, attraverso la riserva di legge, possa intervenire senza alcun limite e sindacato con norme penali favorevoli.

In altre parole, ritiene il Tribunale come possa predicarsi una nuova frontiera del sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali favorevoli, con un intervento che produca effetti *contra reum*, allorquando si tratti di vagliare la conformità alla Costituzione di una norma che abroghi una fattispecie di reato, la quale, come nel caso dell'abuso d'ufficio, è strutturata in termini estremamente tassativi, tanto dunque da non lasciare più alcun margine di intervento limitativo dell'area del penalmente rilevante al legislatore; ponendosi al contempo come unico argine a condotte dei dipendenti pubblici poste intenzionalmente in violazione di regole di condotta previste da una legge di natura vincolata, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, determinando per sé o altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrecando ad altri un ingiusto danno.

L'intervento *in malam partem* che con tale ordinanza si invoca, dunque, non intende limitare il principio della riserva di legge parlamentare in materia penale e l'esigenza di garanzia del cittadino ad esso sottesa, quanto piuttosto evidenziare che nel caso di abrogazione di una fattispecie di reato che dava attuazione in ambito penale all'obbligo costituzionale di tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, tutelando in via esclusiva alcune forme di aggressione a tale bene giuridico, l'ammissibilità di un intervento della Corte costituzionale determinerebbe, con esiti non dissimili da quanto predicato in tema di contrasto con obblighi

eurounitari di tutela penale, la reviviscenza della norma interna, unica attuativa dell'obbligo costituzionale di fornire protezione penale a interessi collettivi.

Né la presente ordinanza intende stravolgere il concetto sotteso alla riserva di legge in materia penale, chiedendo l'intervento della Corte con un'evidentemente inammissibile pronuncia che crei una nuova fattispecie di reato o ampli il perimetro oggettivo o soggettivo della norma incriminatrice, limitandosi a prospettare, come detto, che il Giudice delle leggi ampli il novero delle ipotesi di sindacato *in malam partem*, ritenendosi ammissibile la questione in quanto la norma della cui legittimità si dubita ha inteso abrogare l'unica fattispecie di reato che nell'attuale assetto ordinamentale è in grado di tutelare penalmente alcune rilevanti forme di lesione agli interessi costituzionali richiamati.

In questa prospettiva, dunque, non appare rappresentare un ostacolo insormontabile la recente pronuncia della Corte costituzionale resa proprio in tema di modifiche *in bonam partem* del reato di abuso d'ufficio, con la quale la Corte ha escluso la possibilità di un suo intervento *in malam partem* in quanto, altrimenti opinando, si sarebbe finito per violare la riserva di legge in materia penale (il riferimento è alla sentenza n. 8 del 25.11.2021, pubbl. in G.U. il 19.1.2022, in riferimento all'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, che ha modificato l'art. 323 c.p.). Ritiene il Tribunale come in quel caso veniva in evidenza una sfera tipica di discrezionalità legislativa, insindacabile in quanto, in nome dell'*extrema ratio* dell'intervento penale e di selettività del bene giuridico presidiato dalla norma incriminatrice, si è intesa limitare, senza escluderla del tutto, la portata applicativa dell'abuso d'ufficio. Al contrario, nel caso in questione, l'intervento *in malam partem* deve ritenersi ammissibile, a sommosso avviso del Tribunale, trattandosi di una norma che non ha semplicemente limitato la sfera di applicazione oggettiva del reato, ma l'ha del tutto abolito, in ciò pregiudicando, per le ragioni dette, la tutela costituzionale dei concorrenti interessi di pari rango in rilievo.

Né può ritenersi che, a seguito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, la tutela degli interessi dei privati che vengano a subire condotte intenzionalmente dannose da parte dei pubblici ufficiali possa essere presidiata attraverso altri strumenti sanzionatori diversi da quello penale.

La condotta abusiva, tanto nella forma dell'abuso di danno, quanto in quella dell'abuso di vantaggio, nonché in riferimento all'obbligo di astensione in caso di interesse proprio o di un prossimo congiunto nell'adozione dell'atto amministrativo, non viene ad assumere rilievo nell'ambito del sistema extrapenale, non avendo il legislatore predisposto la contestuale previsione di una omologa fattispecie sanzionatoria di natura amministrativa. Del pari, l'interesse pubblicistico sotteso alla previsione dell'abuso d'ufficio non può trovare adeguata protezione nell'ambito della giurisdizione civile, trattandosi di settore posto a presidio di interessi eminentemente privatistici, così come inadeguata appare la tutela fornita dal giudice amministrativo, fondata sull'accertamento della

lesione di una situazione giuridica soggettiva del privato (di regola, l'interesse legittimo), prescindendosi del mero accertamento della legittimità dell'atto amministrativo che si assume lesivo del bene della vita di cui si invoca la tutela. Né adeguata forma di tutela può essere incarnata dalle norme in tema di responsabilità amministrativa in quanto, da un lato, nelle ipotesi coperte dall'abuso d'ufficio non sempre è configurabile un danno erariale e comunque, dall'altro lato, il potere di accertamento dell'illecito amministrativo del dipendente pubblico da parte della Procura contabile non può fare perno sui penetranti strumenti investigativi di cui dispone l'organo inquirente incardinato presso la giurisdizione ordinaria.

In altre parole, dato che l'art. 323 c.p., nei termini tassativi poco sopra ricordati, rappresenta l'unica forma di tutela penale minima idonea alla punizione di condotte del pubblico ufficiale a danno del privato cittadino, la sua reviviscenza rappresenterebbe la "scelta obbligata" per la tutela degli interessi costituzionali invocati, con una conclusione non dissimile rispetto a quella che spesso viene etichettata come delle "rime obbligate" nell'ambito degli interventi *in bonam partem* della Corte costituzionale, in tal modo lasciando impregiudicata la *ratio* garantistica sottesa all'art. 25, comma secondo, Cost., oltre che il rispetto del principio di separazione dei poteri evocato, tra gli altri, dall'art. 28 L. n. 87/1953, garantendo al contempo che si mantenga il "*sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diventerebbe incontrollabile*" (in questi termini la già menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 148 del 1983).

Alla luce di tutte le ragioni evidenziate, deve quindi ritenersi che la questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 1, lett. b) della L. 9 agosto 2024, n. 114, nella parte in cui abroga l'art. 323 c.p., sia rilevante e ammissibile.

Ciò detto, è necessario a questo punto indugiare sulla non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità prospettata, distinguendo la ritenuta violazione degli obblighi internazionali di matrice convenzionale dalle prospettazioni di censura di natura costituzionale, prendendo abbrivio dalla prima delle due questioni.

La non manifesta infondatezza della questione. Il contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost.

Il Collegio dubita della compatibilità dell'art. 1, comma 1, lett. b) L. n. 114/2024 con l'art. 117 Cost., che al comma 1 stabilisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. La formulazione della disposizione testé citata, siccome riveniente dalla riforma del Titolo V della Costituzione attuata con L. cost. n. 3/2001, attribuisce una particolare e inedita rilevanza, nel giudizio di legittimità costituzionale, alle fonti sovranazionali costituite dalle

due grandi macroaree del diritto eurounitario, da una parte, e del diritto internazionale pattizio, stratificatosi in virtù dei trattati internazionali cui l'Italia ha via via aderito, dall'altra.

Trattando partitamente le macroaree di cui si è detto, è noto come le norme comunitarie *“debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari”* (Corte cost., sentenze n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984).

Per contro, le norme internazionali pattizie vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto.

La differenza risiede notoriamente nell'attitudine dei soli trattati istitutivi delle Comunità (prima) e dell'Unione (poi) europea a dare vita ad un ordinamento autonomo e sovraordinato rispetto a quello degli Stati aderenti, che in talune – via via crescenti, quanto a numero e “peso” – materie hanno rinunciato alla sovranità in campo normativo per trasferirla all'organismo sovranazionale, il quale è munito pertanto del potere di adottare norme immediatamente esecutive all'interno dei singoli Stati. Di qui, l'ancoraggio costituzionale dell'ordinamento eurounitario all'art. 11 Cost.

Non così per gli altri trattati internazionali, i quali, sebbene sovente adottati non già in contesti di mera bilateralità, ma nell'ambito di organizzazioni internazionali ispirate a principi di cooperazione tra gli Stati nei più disparati settori (ONU, OCSE, WTO), nondimeno non sono in grado di dare vita a un livello di produzione normativa superiore a quello statale e immediatamente applicabile nell'ordinamento interno.

Ciò non equivale, tuttavia, a predicare l'irrilevanza, sul piano costituzionale, di un siffatto *corpus* di norme internazionali, vieppiù alla luce della formulazione dell'art. 117 Cost. introdotta dalla riforma del Titolo V.

Il tema è stato affrontato con particolare riferimento a quel trattato internazionale – sia pur di peculiare rilevanza, già solo per il suo contenuto sostanziale e fondativo rispetto ad una comune identità europea – costituito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950. E ciò, come è noto, a partire dai pronunciamenti della Corte costituzionale di cui alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, con le quali le disposizioni della CEDU sono state riconosciute quali parametri interposti di legittimità costituzionale e finalmente collocate in una posizione che è stata definita super-legislativa e sub-costituzionale.

Nella sentenza n. 348 del 2007, in particolare, si è affermato che *“l'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Prima della sua introduzione, l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Da tale collocazione derivava, come naturale corollario, che le stesse norme non potevano essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale. Escluso che l'art. 117, primo comma, Cost., nel nuovo testo, possa essere ritenuto una mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti (in particolare gli artt. 10 e 11), si deve pure escludere che lo stesso sia da considerarsi operante soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni. (...) Il dovere di rispettare gli obblighi internazionali incide globalmente e univocamente sul contenuto della legge statale; la validità di quest'ultima non può mutare a seconda che la si consideri ai fini della delimitazione delle sfere di competenza legislativa di Stato e Regioni o che invece la si prenda in esame nella sua potenzialità normativa generale”*.

Ancona più incisivamente, per Corte cost. n. 349 del 2007 *“il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli 'obblighi internazionali' di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata 'norma interposta'; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione”*.

Emerge, pertanto, la vera carica innovativa dell'art. 117, comma primo, Cost., che tuttavia non può ritenersi limitata alla sola Carta EDU, ma opera nei confronti nella generalità dei trattati internazionali di cui lo Stato italiano sia parte. Si è difatti affermato in dottrina che *“se è vero che la dottrina del 'parametro interposto' è stata tematizzata forse nella forma più diffusa e compiuta in relazione alle norme discendenti dalla CEDU e dal relativo sistema di tutela dei diritti umani – e con riferimento a tale 'fonte' costantemente ribadita dalla giurisprudenza successiva alle*

'sentenze gemelle', anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona –, è vero anche che il 'rinvio mobile' offerto dalla 'norma interponente' dell'art. 117 Cost. – come si è accennato – si dimostra aperto a diverse ed ulteriori integrazioni, potendo più in generale veicolare nella sede del controllo di costituzionalità – secondo le argomentate determinazioni della Corte – il contrasto con peculiari obblighi internazionali di origine pattizia”.

Il ruolo del Giudice delle leggi nella materia di cui trattasi è dunque centrale; e anzi, è proprio il *corpus* del diritto internazionale pattizio che, oggi, chiama prepotentemente in causa l'attribuzione alla Corte della verifica di compatibilità delle norme interne, via via adottate dal legislatore nell'esercizio della potestà riconosciutagli dall'art. 117 Cost., al dettato costituzionale e *in primis* a tale ultima previsione. Invero, a fronte del sindacato diffuso affidato ai giudici comuni nei casi di incompatibilità con il diritto comunitario, che può esitare nella interpretazione conforme o nella disapplicazione della norma interna, nei casi di incompatibilità con il parametro interposto rappresentato da una norma internazionale diversa da quelle UE immediatamente applicabili si riattiva il controllo di legittimità costituzionale centralizzato nelle mani della Consulta, unico soggetto facoltizzato a comporre l'antinomia normativa.

E del resto, la Corte costituzionale ha mostrato di estendere la portata del parametro interposto di rango internazionale pattizio anche al di là dell'alveo della CEDU, dandovi applicazione, per quel che più da vicino concerne l'ambito penalistico:

- con sentenza n. 7 del 2013, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'art. 566, comma 2 c.p., consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto; e tanto, anche *“in relazione all'art. 117, primo comma, Cost., ossia sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori. Vengono qui in rilievo, quali norme interposte rispetto al principio sancito dall'art. 117, primo comma, Cost., una serie di importanti e del tutto univoci strumenti di carattere pattizio, con i quali la disciplina oggetto di impugnativa viene a porsi in evidente ed insanabile contrasto: la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176 (art. 3); la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77 (art. 6). In tale contesto non sembrano neppure trascurabili le specifiche indicazioni enunciate dalle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una 'giustizia a misura di minore', adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^a riunione dei*

delegati dei ministri, posto che, fra gli altri importanti principi, il documento espressamente afferma che 'Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, davanti ad ogni altra considerazione, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o che li riguardano'' (massima 36883);

- con sentenza n. 128 del 2018, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo – per violazione dell'art. 117, comma primo, Cost., in relazione all'art. 11 della CEDU e all'art. 5 della Carta sociale europea – l'art. 1475, comma 2, D.lgs. n. 66 del 2010, in quanto prevede che "I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali" invece di prevedere che "I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali"; in essa si è riconosciuta natura di parametro interposto alla Carta sociale europea, affermando che essa *"presenta spiccati elementi di specialità, che la collegano alla CEDU, della quale costituisce il naturale completamento sul piano sociale, e deve dunque qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Essa è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice comune, ma richiede l'intervento della Corte costituzionale, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato art. 117, primo comma, Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta, tanto più che la struttura di tale parametro interposto si caratterizza prevalentemente come affermazione di principi ad attuazione progressiva, imponendo in tal modo una particolare attenzione nella verifica dei tempi e dei modi della loro attuazione"* (massima 40505).

Di qui, la necessità di sottoporre la presente questione al vaglio della Corte, con particolare riferimento agli obblighi internazionali rivenienti, ex art. 117, comma primo, Cost., dalla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116 (cd. Convenzione di Merida).

Il predetto trattato internazionale si pone dichiaratamente nel solco di altri strumenti multilaterali volti a contrastare fenomeni corruttivi, quali, esemplificativamente, la Convenzione sulla lotta alla corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 26 maggio 1997, la Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, adottata dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico il 21 novembre 1997, la Convenzione penale sulla corruzione, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il

27 gennaio 1999. Programmaticamente, l'art. 1 della Convenzione di Merida pone quale suo oggetto:

- “a) la promozione ed il rafforzamento delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace;
- b) la promozione, l'agevolazione ed il sostegno della cooperazione internazionale e dell'assistenza tecnica ai fini della prevenzione della corruzione e della lotta a quest'ultima, compreso il recupero di beni;
- c) la promozione dell'integrità, della responsabilità e della buona fede nella gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici”.

A tal fine, oltre a misure di stampo preventivo, è previsto uno strumentario di norme volte, per quanto in questa sede interessa, all'introduzione negli ordinamenti degli Stati contraenti di fattispecie di reato, nominativamente individuate, che si ritengono rilevanti per la repressione dei fenomeni corruttivi. Tra queste, oltre alle figure di corruzione di pubblici ufficiali (artt. 15 e 16) e nel settore privato (art. 21), di sottrazione, appropriazione indebita, od altro uso illecito di beni da parte di un pubblico ufficiale (art. 17), l'art. 19 prevede l'abuso d'ufficio, stabilendo che 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.

Si tratta di previsione sovrapponibile al “tipo” dell'abuso d'ufficio previsto, nell'ordinamento interno, da tutte le modifiche che hanno interessato l'art. 323 c.p., e segnatamente:

- ❖ dall'art. 13 L. 26 aprile 1990, n. 86, che ha ridisegnato la fattispecie nell'ambito della più ampia riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione, stabilendo che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni;
- ❖ dall'art. 1 L. 16 luglio 1997, n. 234, che, orientato dalla necessità di fugare dubbi di tassatività della fattispecie, l'ha ridisegnata nel senso che, 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;

- ❖ dall'art. 23, comma 1, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, che, a ulteriore compimento dell'opera di cesellatura del tipo, ha previsto che, 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 specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, 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 uno a quattro anni.

Dunque, sia pure con modifiche e progressive "limature", il tipo dell'abuso d'ufficio, siccome delineato dalla Convenzione di Merida, è storicamente connaturato al diritto penale interno.

In particolare, allorché ha aderito alla Convenzione di Merida, l'ordinamento italiano disponeva già di una fattispecie delittuosa riconducibile all'ipotesi che il trattato prendeva in considerazione, e che costituiva, grazie alla clausola di sussidiarietà posta all'*incipit* dell'art. 323 c.p., una figura di chiusura del sistema dei reati contro la Pubblica Amministrazione, più volte rimaneggiata ma sempre mantenuta in vita dalle riforme susseguitesì.

Del resto, la rilevanza dell'abuso d'ufficio è stata affermata anche in ambito eurounitario, ove è stata recentemente adottata la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio. Tale testo, innanzitutto, ha individuato la Convenzione di Merida quale *"il più esaustivo strumento giuridico internazionale in questo campo e offre un'ampia gamma di misure di prevenzione e repressione della corruzione"*. La Proposta, peraltro, ha rilanciato gli obiettivi di Merida, affermando che tale ultima convenzione *"imponesse alle parti della convenzione di adottare misure legislative e d'altro tipo perché la corruzione, l'appropriazione indebita e il riciclaggio si configurino come reati, e di considerare l'opportunità di adottare misure legislative e di altro tipo perché si configurino come reati anche altre prassi (abuso d'ufficio, traffico d'influenze e - nel rispetto della propria costituzione e dei principi fondamentali del proprio sistema giuridico - arricchimento senza causa). In linea con gli impegni contenuti nella dichiarazione politica adottata in occasione della sessione speciale 2021 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite contro la corruzione, l'Unione europea dovrebbe, per quanto possibile, superare il livello minimo e adottare misure supplementari per prevenire e combattere la corruzione"*.

A tal fine, il testo della Proposta prevedeva, all'art. 11, la figura dell'abuso d'ufficio, stabilendo testualmente che *"Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato"*

la condotta seguente, se intenzionale: 1. l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo; 2. l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione di un dovere, da parte di una persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un'entità del settore privato nell'ambito di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo”.

Sul punto, si registra però l'orientamento generale del Consiglio dell'Unione europea del 14.6.2024, che nella versione licenziata per i negoziati della procedura legislativa ha ridisegnato l'art. 11 della Proposta prevedendo che “Gli Stati membri [...] possono prendere le misure necessarie affinché [...] l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo, sia punibile come reato, se intenzionale”.

E' tuttavia indiscusso, nonostante tale recente sviluppo normativo, che a livello sovranazionale:

A. la Convenzione di Merida sia considerata presidio minimo di prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi;

B. l'abuso d'ufficio si inserisca a pieno titolo nello strumentario volto a perseguire tali obiettivi. Occorre a questo punto chiarire se dalla predetta fonte internazionale derivi uno specifico obbligo del legislatore nazionale di punire l'abuso d'ufficio, obbligo giustiziabile nelle sedi a ciò preposte e segnatamente dinanzi alla Corte costituzionale, investita della questione circa la compatibilità con l'art. 117, comma primo, Cost. di una norma interna che non preveda la figura delittuosa in esame. L'esistenza di obblighi sovranazionali di criminalizzazione, come sopra anticipato, non può essere messa seriamente in discussione: da tempo è in corso una progressiva erosione dei margini di discrezionalità del legislatore interno nelle scelte politico-criminali, e per converso una crescente incidenza dei vincoli sovranazionali sull'esercizio (in positivo) della *ius puniendi*. Al punto, che accorta dottrina afferma da tempo come la politica criminale domestica si atteggi ormai a mero epifenomeno di quella condivisa con la comunità internazionale.

Sempre più frequentemente, fonti sovranazionali esigono l'impiego della sanzione penale in funzione repressiva di comportamenti lesivi di determinati interessi, ponendo in tal modo l'obbligo per il legislatore nazionale – che sul piano internazionale abbia aderito a quella produzione normativa – di perseguirli penalmente. Si pensi all'ambito interessato dalla Convenzione per la protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee (cd. Convenzione PIF), che ha vincolato il legislatore a punire le frodi in danno (economicisticamente inteso) alle Comunità europee; più in generale, al complesso dei reati transnazionali, ossia quelli “*che più frequentemente sono commessi nel territorio di più Stati, o che comunque producono effetti oltre i confini dello Stato nel quale sono commessi*” e il cui contrasto necessita, quindi, dell'azione congiunta di più

ordinamenti. Ancora, si ponga mente alla pluriennale vicenda con cui, mediante l'introduzione dell'art. 613 bis c.p., è stata data attuazione alla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (CAT), adottata nel 1984 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la ris. n. 39/46 e resa esecutiva in Italia con L. 3 novembre 1988, n. 498.

Più in generale, l'attuazione di tali vincoli – che, è bene ribadirlo, gravano solo sul legislatore nazionale, non già sui singoli cittadini degli Stati aderenti alle convenzioni internazionali – è quotidianamente sotto gli occhi degli operatori del diritto, poiché essa ha dato luogo alla criminalizzazione di condotte di frequente rilevamento nella prassi degli uffici giudiziari, esemplificativamente in materia di stupefacenti, prostituzione, pornografia minorile, nonché reati contro la Pubblica Amministrazione. Si pensi, in proposito, alla riforma “Severino” di cui alla L. n. 190 del 2012, con cui si è adeguato l'ordinamento italiano ai sempre più fitti standard internazionali in materia; e si noti, per quanto più da vicino in questa sede interessa, che in quella occasione l'art. 323 c.p. non era stato intaccato da modifiche nella struttura fattispecie, ma solo fatto oggetto di un inasprimento del trattamento sanzionatorio.

Nel senso dell'impossibilità di far derivare dalla Convenzione di Merida un obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio si potrebbe concludere, argomentando a partire dalla formulazione letterale dell'art. 19 della Convenzione stessa. Tale disposizione, come sopra visto, non prevede che ogni Stato contraente “adotta le misure legislative e le altre misure necessarie” (“Each State Party shall adopt”, nel testo inglese), come fa invece l'art. 15 in materia di corruzione di pubblici ufficiali, bensì stabilisce che ogni Stato contraente “esamina” l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie (“Each State Party shall consider adopting”). Se ne potrebbe inferire che la Convenzione si rimetta alla discrezionale valutazione del legislatore nazionale, prescrivendogli soltanto di “considerare” la possibile adozione di un'incriminazione.

Ritiene tuttavia il Collegio che quella contenuta nell'art. 19 non sia una mera sollecitazione, o un semplice invito al legislatore nazionale a valutare l'introduzione della fattispecie di abuso d'ufficio. Secondo il testo della disposizione, tale scelta legislativa deve essere presa in considerazione, ma non senza por mente a due criteri che orientano la stessa interpretazione ed esecuzione del trattato, ovvero:

- i. la buona fede, espressamente richiamata dagli artt. 26 e 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, la quale impone di interpretare in buona fede il trattato internazionale in base al senso comune da attribuire ai termini utilizzati nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo: in base a tale criterio, la previsione che ogni Stato contraente, ai sensi dell'art. 19 della Convenzione di Merida, esamina l'incriminazione dell'abuso d'ufficio implica che il legislatore interno debba seriamente confrontarsi con tale opzione, valutarla come opportuna nell'assetto di interessi che con l'adesione al trattato fa

proprio e coltivare positivamente l'introduzione della relativa fattispecie incriminatrice al fine di attuare gli obiettivi della Convenzione. Del resto, che l'abuso d'ufficio sia stato preso in considerazione, con esito positivo, negli ordinamenti interni è plasticamente rappresentato dalla relazione allegata alla Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, in cui, dopo aver dato atto che l'Unione europea ha aderito alla Convenzione di Merida, si specifica che l'abuso d'ufficio è contemplato in venticinque degli Stati membri dell'Unione europea, non contemplato in nessuno Stato membro;

- ii. gli obiettivi che la Convenzione si pone, improntati alla promozione e al rafforzamento delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace, anche con la cooperazione internazionale. A tal proposito, soccorre nuovamente la Proposta di Direttiva sopra citata, in cui si afferma espressamente che *“in linea con gli impegni contenuti nella dichiarazione politica adottata in occasione della sessione speciale 2021 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite contro la corruzione, l'Unione europea dovrebbe, per quanto possibile, superare il livello minimo e adottare misure supplementari per prevenire e combattere la corruzione”*. Il richiamo al *“principio di ultima ratio”*, introdotto dall'orientamento generale del Consiglio del 14 giugno 2024, non risulta foriero di obiezioni significative al discorso in esame, trattandosi comunque di principio cardine del sistema penale nazionale, con il quale ogni interprete è chiamato a confrontarsi.

Tali coordinate ermeneutiche vanno poi calate nella realtà dell'ordinamento interno, il quale, come visto, prevedeva l'abuso d'ufficio quale caposaldo del sottosistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, in funzione di norma di chiusura del sistema volta a perseguire condotte sintomatiche (quali “reati-spia”) di sottostanti fenomeni corruttivi.

A ben vedere, infatti, anche a fronte della formulazione dell'art. 19 (“shall consider adopting”), il legislatore italiano non è libero di scegliere modalità di attuazione che si traducano, come accade con l'art. 1 L. n. 114 del 2024, nella tombale eliminazione di uno strumento di tutela di cui già disponeva, pena l'esposizione a una sorta di inadempimento sopravvenuto dell'obbligo internazionale.

Invero, altro è la mancata attuazione originaria del vincolo sovranazionale di criminalizzazione, caso in cui l'inazione del legislatore non può che determinare una lacuna che attende di essere colmata necessariamente per via legislativa: è quanto si è verificato nell'annoso caso dell'introduzione del delitto di tortura.

Altro, invece, è l'esercizio del potere legislativo in direzione opposta ad un trattato internazionale, tale da determinare un arretramento della tutela penale dallo standard precedentemente assicurato. In tal caso la lacuna rispetto alla fonte pattizia, inizialmente non ravvisabile, si verifica in un momento successivo all'assunzione dell'impegno internazionale e dipende da una norma che, in

quanto in contraddizione rispetto agli obblighi rivenienti dal trattato, si pone in contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost.

E sul punto si ravvisa un vero e proprio obbligo, derivante dalla Convenzione di Merida, di mantenere in vita nell'ordinamento interno l'abuso d'ufficio, nonostante la formulazione del relativo art. 19 non appaia *prima facie* strettamente cogente.

Invero, a meno di non voler ratificare un vero e proprio corto circuito logico prima ancora che giuridico, occorre ritenere che lo Stato che già prevedeva nel suo ordinamento interno l'abuso d'ufficio come reato si pone, rispetto agli obblighi internazionali di cui si discute, *ab initio* rispettoso e mostra di aver già preso in considerazione – evidentemente con esito positivo – la relativa incriminazione come misura efficace per il perseguimento degli obiettivi di tutela penale.

In altre parole, il potere di valutazione che l'art. 19 della Convenzione di Merida riconosce è stato, a livello nazionale, già esercitato: il legislatore italiano lo ha consumato, peraltro dimostrando, nel susseguirsi delle varie novelle, di non voler mai mettere in discussione la rilevanza penale della condotta.

Sul punto, è significativa la posizione assunta dalla riforma “Severino”, con cui è stato rimodulato in maniera organica e sistematica l'intero Titolo II del codice penale: neppure in quella occasione l'attento intervento riformatore – il primo, dopo l'adesione dell'Italia alla Convenzione di Merida – ha eliso la rilevanza penale dell'abuso d'ufficio, anzi ne ha aggravato il trattamento sanzionatorio. In ciò, può leggersi la precisa scelta del legislatore di dare pieno adempimento, peraltro nel solco della consolidata tradizione normativa interna, alle previsioni del trattato ONU cui l'Italia aveva da poco aderito.

Del tutto inopinatamente, quindi, l'abrogazione dell'art. 323 c.p. interviene in patente contrasto con le determinazioni assunte in precedenza nel dare esecuzione (secondo buona fede) al trattato internazionale, imprimendo un brusco e immotivato cambio di rotta alla traiettoria seguita per attuare gli obiettivi internazionali di repressione dei fatti *lato sensu* corruttivi.

A fronte di una postura *ab origine* adempiente e del tutto in linea con gli obblighi sovranazionali, il rinnovato esercizio del potere di valutazione riconosciuto dall'art. 19 della Convenzione di Merida, nel senso stavolta della abrogazione della fattispecie, appare quindi arbitrario e contraddittorio e non giustifica alcuna regressione rispetto al livello di tutela già assicurato.

Occorre quindi riconoscere all'art. 323 c.p., siccome rispondente agli obiettivi della Convenzione di Merida che l'art. 19 mira ad implementare, una forza di resistenza di tipo passivo, che lo rende insensibile all'abrogazione perché esso soddisfa obblighi di criminalizzazione di rango sovranazionale.

Così stando le cose a parere di questo Collegio, l'intervento della Corte costituzionale non si sostituirebbe alla potestà legislativa ma si svolgerebbe nel pieno rispetto della riserva di legge: la

Corte si limiterebbe a “rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali”, cosicché l’effetto di (re)incriminazione e la conseguenza peggiorativa per il singolo non deriverebbero dalla decisione della Corte, bensì, una volta rimossa la norma violativa dell’art. 117 Cost., dalla reviviscenza della norma precedente, *id est* l’unica costituzionalmente conforme perché rispettosa dell’obbligo internazionale (cfr. Corte cost. n. 37 del 2019, punto 7.1 del “Considerato in diritto”).

Il contrasto con l’art. 97 Cost.

Sotto il profilo sostanziale, l’art. 1, comma 1, lett. b), L. 9 agosto 2024, n. 114 presenta poi dubbi di compatibilità costituzionale anche in relazione all’art. 97 Cost., che impronta l’azione amministrativa ai canoni del buon andamento e dell’imparzialità.

È ben noto come, accanto al principio di legalità, “buon andamento” e “imparzialità” costituiscano valori fondamentali, oltreché dell’organizzazione, anche dell’attività amministrativa, la quale – in ossequio all’impostazione ottocentesca di matrice liberale – deve risultare aderente alle dimensioni, parimenti necessarie, dell’efficienza e del perseguimento *esclusivo* dell’interesse pubblico. Sotto tale profilo, la norma costituzionale rappresenta il nucleo essenziale del più ampio «*dovere di agire nell’interesse pubblico e per il bene comune*» (cd. *anti-corruption principle*), peraltro già espresso da una lettura sistematica delle disposizioni che variamente si preoccupano di definire i confini dell’esercizio del potere pubblico (e segnatamente dagli art. 54, 98, 28, 103 e 113 Cost.). Per tale via, la Costituzione richiede dunque che i principi di libertà, eguaglianza e solidarietà trovino puntuale e specifica attuazione anche nella relazione tra potere amministrativo e privato, fungendo da limite generale all’attività di esecuzione del comando legislativo da parte del funzionario pubblico, il quale è così chiamato ad assumere l’impegno e la *responsabilità* connessa all’affidamento delle funzioni, esercitandole al servizio del cittadino e rifuggendo dalla cura di interessi propri, da favoritismi e da qualsivoglia discriminazione.

In questo senso, già nella prospettiva costituzionale, la realizzazione della missione affidata all’Amministrazione è possibile allorché siano garantiti efficaci strumenti di contrasto alle molteplici ed eterogenee forme di impiego a fini privati delle funzioni pubbliche (cd. *maladministration*), da cui deriva, in capo al legislatore ordinario, il preciso vincolo di predisporre uno statuto giuridico del pubblico agente che assicuri l’effettività della funzionalizzazione del potere amministrativo all’interesse pubblico.

A tal fine, l’elaborazione dottrinale, sostenuta dall’esperienza concreta, evidenzia da più parti la necessità di un intervento combinato del diritto penale (nello specifico settore dei reati contro la Pubblica Amministrazione e, in particolare, della corruzione e dell’abuso d’ufficio) e del diritto amministrativo, di rimedi repressivi e di strumenti preventivi, la cui sapiente sinergia costituisce

una sorta di «*pre-condizione*» necessaria per l'effettiva garanzia dei diritti del privato dagli abusi di potere nell'ordinamento. E se è vero che la natura sussidiaria della sanzione penale impone di percorrere la via dell'incriminazione solo quando, secondo una valutazione rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore, le altre e meno severe soluzioni si rivelino insufficienti o inadeguate (Corte cost., sentenza n. 487 del 1989; n. 282 del 1990), non può d'altra parte ammettersi che la logica della riduzione dell'area penale sia sempre e senz'altro immune da censure, in specie allorquando finisca per negare qualsivoglia forma di tutela a valori di rilevanza costituzionale primaria quali quelli che conformano l'azione amministrativa.

Proprio sotto tale profilo, deve allora subito cogliersi la specificità dell'intervento legislativo qui in rilievo rispetto a quelli che, nel passato, erano già intervenuti in senso restrittivo sulla formulazione dell'abuso d'ufficio e, da ultimo, rispetto all'art. 23, comma 1, D.L. n. 76 del 2020, già sottoposto al sindacato della Corte costituzionale. Come sopra anticipato, in quella circostanza, la Consulta ha ribadito che una censura di illegittimità costituzionale non può basarsi «*sul pregiudizio che la formulazione, in assunto troppo restrittiva, di una norma incriminatrice, recherebbe a valori di rilievo costituzionale, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione*»; ciò anche in considerazione del fatto che «*le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: l'incriminazione costituisce anzi un'extrema ratio, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela*» (Corte cost., sentenza n. 8 del 2022, § 7).

La validità astratta di tali principi – che in questa sede merita di essere ribadita – non può però non considerare la significativa distanza che corre tra l'attuale contesto normativo e quello all'epoca vigente. Infatti, mentre l'art. 23, comma 1, D.L. n. 76 del 2020, nel riformulare la fattispecie di abuso d'ufficio in senso restrittivo, determinava un fenomeno di *abolitio criminis* parziale, lasciando residuare una forma, seppur ridimensionata, di tutela dell'imparzialità dell'azione amministrativa, oggi l'art. 1, comma 1, lett. b), L. 9 agosto 2024, n. 114 interviene su quella medesima area di tutela elidendola definitivamente.

A ben vedere, allora, oggetto del sindacato che qui si invoca non è più la (libera) prerogativa legislativa di delimitare l'area del penalmente rilevante selezionando le modalità di tutela dei beni primari dell'ordinamento, bensì il radicale difetto di una qualsivoglia tutela (penale) del principio di rilevanza costituzionale dell'imparzialità dell'azione amministrativa, cui la stessa idea di Stato liberale impronta la relazione tra potere pubblico e cittadino. A differenza delle precedenti riforme – tutte volte a selezionare, in conformità alla natura di *extrema ratio* del diritto penale, le condotte ricomprese nell'area di incriminazione – l'art. 1, comma 1, lett. b), L. 9 agosto 2024, n. 114 incide invero in modo radicale sulla stessa esistenza del reato, producendo un fenomeno di *abolitio*

criminis. In questo modo, la norma posta a chiusura dell'intero «*microsistema*» dei delitti contro la Pubblica Amministrazione viene definitivamente espunta dall'ordinamento, determinando una significativa contrazione dell'area del penalmente rilevante. Così che, se per i fatti futuri (salvi gli stringenti limiti entro cui sarà possibile ricondurli a ulteriori fattispecie incriminatrici) è oramai impedita ogni iniziativa da parte del pubblico ministero, per quelli anteriormente commessi, gli effetti sono disciplinati dall'art. 2, comma 2, c.p.: il giudice della cognizione è chiamato a pronunciare sentenza assolutoria con la formula “il fatto non è previsto dalla legge come reato”; mentre, il giudice dell'esecuzione è chiamato a revocare il giudicato di condanna ai sensi dell'art. 673 c.p.p. ovvero a rideterminare il trattamento sanzionatorio, in caso di condanna per più fatti di reato tra cui è ricompresa la condotta di abuso d'ufficio.

Il quadro che va delineandosi è dunque quello di un severo *vulnus* di tutela dei diritti del privato a fronte degli atti di favoritismo e di deliberata prevaricazione del pubblico agente nell'esercizio delle funzioni, approfondito dalla scelta legislativa di non bilanciare l'effetto abrogativo mediante l'introduzione, quanto meno, di un corrispondente illecito amministrativo.

Del resto, dall'abrogazione dell'abuso d'ufficio non deriva soltanto l'impunità di tutte quelle condotte favoritrici non riconducibili direttamente a forme di appropriazione di risorse pubbliche o a scambi corruttivi e di prevaricazione del pubblico agente, ma anche un grave indebolimento dell'intero microsistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, di cui l'art. 323 c.p. ha tradizionalmente costituito norma di completamento, così garantendone l'effettività.

Sotto il primo aspetto, vale rilevare che l'incriminazione era deputata a reprimere almeno tre forme di approfittamento dell'ufficio pubblico non riconducibili ad alcuna delle ulteriori fattispecie incriminatrici: (i) la strumentalizzazione dell'ufficio a fini privati; (ii) l'abuso di prevaricazione, consistente in un uso distorto dei poteri finalisticamente diretti ad arrecare ad altri un danno ingiusto; (iii) l'appropriazione indebita di risorse pubbliche. Ipotesi di cui, oggi – eccezion fatta per la quota di tipicità ricoperta, in continuità normativa, dall'introduzione dell'art. 314-bis c.p. (cfr. Cass., Sez. VI, 23 ottobre 2024, non depositata) –, l'art. 1, comma 1, lett. b), L. 9 agosto 2024, n. 114 sancisce la definitiva neutralità sul piano penale.

Sottraendo al giudice penale la possibilità di accertare se l'esercizio del potere pubblico in violazione del principio di legalità sia stato intenzionalmente funzionalizzato al perseguimento di un vantaggio per lo stesso funzionario pubblico o per un terzo ovvero alla determinazione di un danno ingiusto altrui, il legislatore acconsente che rimangano impuniti fatti di abuso del pubblico potere di rilevante gravità, i quali non trovano (più) alcuna corrispondenza né nell'ambito dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, né in quello, più generale, delle fattispecie comuni eventualmente aggravate dall'abuso delle funzioni. Divengono così penalmente irrilevanti:

◆ le condotte cd. “di abuso di vantaggio”, ossia quelle del funzionario pubblico che, senza un corrispettivo, abusi del potere pubblico intenzionalmente traendone un vantaggio per sé o per un terzo. A titolo esemplificativo, si pensi alle numerose ipotesi di rilascio di permessi di costruire illegittimi (Cass. pen., Sez. III, 8 settembre 2020, n. 26834) o ai diffusi comportamenti fraudolenti nell’ambito delle procedure di concorso per il reclutamento dei professori universitari che favoriscano indebitamente uno dei candidati (Cass. pen., Sez. VI, 24 maggio 2023, n. 32319, che esclude la riconducibilità della fattispecie a quella astratta di cui all’art. 353 c.p.), i quali saranno oramai privi di tutela penale;

◆ le condotte cd. “di abuso di danno”, ossia quelle del funzionario pubblico che, senza usare violenza o minaccia, abusi del proprio potere per intenzionalmente danneggiare un terzo. Si pensi, ad esempio, al caso del Sindaco che revochi l’incarico al responsabile del servizio lavori pubblici di un Comune quale ritorsione per l’adozione di provvedimenti contrari ai suoi interessi personali (Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2014, n. 38357); o al Pubblico Ministero che si determini nell’esercizio dell’azione penale per ragioni di risentimento, così impiegando l’ufficio a fini personali (Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2021, n. 26429). A tal proposito, peraltro, la stessa esperienza giudiziaria restituisce casi di condotte “prevaricatorie” di estrema gravità, in cui, di frequente, più che uno specifico atto amministrativo, viene in rilievo la realizzazione di un “comportamento mero”, in quanto tale non rimediabile nemmeno mediante il ricorso avanti al giudice amministrativo. Paradigmatico in tal senso è il caso, di reale verificaione, del carabiniere che imponga a delle cittadine extracomunitarie l’obbligo di esibizione dei documenti di soggiorno, ingiungendo loro di attendere l’arrivo di una pattuglia per finalità ritorsive e vessatorie, avendo queste ultime rifiutato le sue *avances* (Cass. pen., Sez. VI, 5 luglio 2011, n. 35597), che oramai non riceverebbe alcuna forma di tutela nell’ordinamento;

◆ le condotte di abuso cd. “da conflitto di interessi”, ossia quelle del pubblico ufficiale che, in presenza di un conflitto di interessi, e senza prendere una tangente, non si astenga dal votare una delibera dell’ente pubblico, procurando a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o danno. Paradigmatico in tal senso è il caso dell’assegnazione di posti di lavoro o di incarichi di consulenza a membri della propria famiglia o a società di cui l’agente detenga partecipazioni (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 25 febbraio 2021, n. 10067; Cass. pen., 28 dicembre 2020, n. 37517).

Da tale breve e parziale disamina risulta immediatamente evidente come l’intervento abrogativo finisca per consegnare al funzionario pubblico un potere assoluto, suscettibile di essere impunemente impiegato quale strumento di aggressione della libertà dei privati, in violazione dei valori costituzionali che governano l’azione amministrativa.

Sul piano sistematico, poi, in senso ulteriormente pregiudizievole per le esigenze di tutela penale, l’abrogazione dell’abuso d’ufficio, considerata alla luce della contestuale riduzione del campo

applicativo dell'art. 346-bis c.p. e del modesto spazio operativo coperto dall'inedito art. 314-bis c.p., determina un grave depotenziamento dell'intero sottosistema di contrasto alla corruzione, del quale l'art. 323 c.p., coerentemente alla sua natura sussidiaria, ha tradizionalmente rappresentato «l'avamposto», «il delitto-spia». In via indiretta, infatti, l'art. 1, comma 1, lett. b), L. 9 agosto 2024, n. 114 incide anche sull'effettività della tutela penale in relazione ai più gravi fenomeni corruttivi, atteso che oramai le informazioni di eventuali atti illegittimi finalizzati a favorire e/o a danneggiare terzi non potranno più giustificare accertamenti volti a coglierne le ragioni e i rapporti sottostanti, consentendo eventualmente di verificare l'esistenza di specifiche contropartite.

Né tale *deficit* di tutela penale risulta esser stato bilanciato mediante l'introduzione di specifici illeciti amministrativi capaci di svolgere un'azione di adeguato ed efficace contrasto alle condotte lesive dell'imparzialità dall'azione amministrativa. Tanto più considerato che, in senso contrario, neppure potrebbe argomentarsi valorizzando la cd. anticorruzione amministrativa, atteso che simili rimedi si rivolgono, per loro stessa natura, all'azione complessiva dell'amministrazione e solo marginalmente ai comportamenti dei singoli funzionari, non producendo pertanto alcun effetto specifico nei confronti della singola azione illecita.

Per tutto quanto considerato, allora, la scelta di abrogazione dell'art. 323 c.p. – non accompagnata dalla contestuale previsione di forme, parimenti adeguate, di tutela dei valori primari cui la Costituzione conforma l'esercizio del potere pubblico – pare collocarsi ben al di là dei limiti dell'insindacabile discrezionalità legislativa, prospettandosi anzi come arbitraria e, pertanto, censurabile.

P.Q.M.

Visti gli articoli 134 Cost., 23 e ss. L. 11 marzo 1953 n. 87 dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli art. 97 e 117, comma 1 Cost., con riferimento all'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 58/4 del 31 ottobre 2003, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata con Legge 3 agosto 2009, n. 116, 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 ha abrogato l'art. 323 c.p.

Sospende il processo e i termini di prescrizione del reato sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata ai sigg.ri Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati.

Comunicato alle parti mediante lettura della presente ordinanza in udienza ai sensi dell'art. 148, comma 2, c.p.p.

Dispone che la cancelleria trasmetta alla Corte costituzionale gli atti del presente giudizio, con la prova delle avvenute notificazioni e comunicazioni.

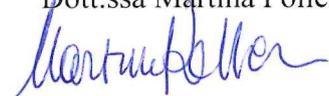
Teramo, 22 novembre 2024

Il Giudice est.
Dott. Emanuele Ursini



La Giudice est.

Dott.ssa Martina Pollera



La Presidente est.

Dott.ssa Claudia Di Valerio

