



Proc. n° 564/2018 RGNR

Proc. n° 4986/2018 RG GIP

TRIBUNALE DI FIRENZE

SEZIONE G.I.P. – G.U.P.

**ORDINANZA DI RIMESSIONE ALLA CORTE
COSTITUZIONALE
QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE**

Il Giudice, dott. Fabio Gugliotta,
visti gli atti del procedimento R.G.N.R. n° 564/2018 per il quale è in corso
l'udienza preliminare e nell'ambito del quale si procede per i seguenti reati:

[omissis]

dovendo, quindi, decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio formulata dal P.M. nei confronti di alcuni degli imputati per fatti giuridicamente qualificati come “abuso d'ufficio” ai sensi dell'art. 323 c.p., si pone come rilevante la questione concernente la possibile illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. b) della Legge 9 agosto 2024, n. 114, che ha abrogato la norma predetta e, quindi, la relativa fattispecie incriminatrice.

In particolare, si dubita del contrasto di tale norma con gli artt. 3, 97, 11 e 117 c.p., per come di seguito illustrato.

Deve, anzitutto, in via preliminare, essere affrontata e risolta la problematica della ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, in considerazione del fatto che si dubita di una norma che ha abrogato una fattispecie penale incriminatrice.

In linea di principio, la Corte Costituzionale ha ritenuto inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che riguardino disposizioni abrogative di una previgente incriminazione e che mirino al ripristino nell'ordinamento della norma

incriminatrice abrogata (cfr. sentenze n. 330 del 1996 e n. 71 del 1983; ordinanze n. 413 del 2008, n. 175 del 2001 e n. 355 del 1997), contrastando a tale ripristino, di regola, il principio consacrato nell'art. 25, secondo comma, Cost., che riserva al solo legislatore la definizione dell'area di ciò che è da ritenersi penalmente rilevante; principio, quest'ultimo, che determina, in via generale, l'inammissibilità di questioni volte a creare nuove norme penali, a estenderne l'ambito applicativo a casi non previsti (o non più previsti) dal Legislatore, ovvero ad aggravare le conseguenze sanzionatorie o la complessiva disciplina del reato.

Peraltro, il suddetto principio non è stato ritenuto, dalla stessa Consulta, privo di eccezioni (cfr. sentenze n. 236 del 2018 e n. 37 del 2019), potendo venire in considerazione la necessità di evitare la creazione di "zone franche" immuni dal controllo di legittimità costituzionale, laddove il legislatore introduca, in violazione del principio di eguaglianza, norme penali di favore, che sottraggano, 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, ovvero prevedano per detto sottoinsieme - altrettanto irragionevolmente - un trattamento sanzionatorio più favorevole (cfr. sentenza n. 394 del 2006); un controllo di legittimità con potenziali effetti in *malam partem* deve, altresì, ritenersi ammissibile quando a essere censurato sia lo scorretto esercizio del potere legislativo: ad esempio, da parte dei Consigli regionali, ai quali non spetta neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore nazionale; da parte del Governo, che abbia abrogato mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega; ovvero anche da parte dello stesso Parlamento, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge (cfr. sentenza n. 32 del 2014); in tali evenienze, qualora la disposizione dichiarata incostituzionale sia una disposizione che semplicemente abrogava una norma incriminatrice preesistente, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della prima non potrà che comportare il ripristino della seconda, in effetti mai (validamente) abrogata.

Un effetto peggiorativo della disciplina sanzionatoria in materia penale conseguente alla pronuncia di illegittimità costituzionale è stato, ancora, ritenuto ammissibile allorché esso si configuri come «*mera conseguenza indiretta della reductio ad legitimitatem di una norma processuale*», derivante «*dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale*» (sentenza n.

236 del 2018); ed infine, 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 impunte *«alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione, con la conseguente violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.»*).

Deriva, da quanto costantemente affermato dalla Corte Costituzionale, che il potere legislativo non sia affatto illimitato, dovendo rispettare anch'esso dei principi superiori che trovano nella Costituzione e nel diritto sovranazionale il loro fondamento e la loro salvaguardia.

Nel caso in esame, come si cercherà di dimostrare, si rientra proprio in uno dei casi di esercizio irragionevole del potere legislativo e di violazione del diritto sovranazionale, quindi di scorretto esercizio di tale potere da parte del Parlamento.

Riguardo alla rilevanza della questione nel giudizio, è di tutta evidenza come, al di là della valutazione sul merito delle prospettazioni accusatorie, al limitato fine della formulazione di una ragionevole previsione di condanna nell'eventuale successivo giudizio dibattimentale, la “depenalizzazione” della condotta di abuso d'ufficio precluda la possibilità di un processo, di una possibile sentenza di condanna all'esito dello stesso ed anche la tutela delle posizioni soggettive delle persone offese, alcune delle quali costituite parte civile, rispetto a condotte di strumentalizzazione della funzione pubblica e di violazioni di specifiche norme di legge disciplinanti le modalità di svolgimento di pubblici concorsi, non essendovi la possibilità, in base alla descrizione dei fatti contestati, di far rientrare gli stessi nell'ambito di altre fattispecie di reato; per tutti i fatti contestati non risulta maturato il termine di prescrizione, quindi nessuno dei fatti qualificati ai sensi dell'art. 323 c.p. risulta estinto; l'eventuale accoglimento dell'eccezione verrebbe, quindi, ad incidere sulla possibilità di celebrare un processo, di addivenire ad un giudizio di responsabilità penale per condotte certamente abusive (se verificate) o di proscioglimento nel merito, con inevitabili riflessi, eventualmente positivi, sulla posizione giuridica degli imputati.

Per quanto concerne la non manifesta infondatezza della questione, si ritiene che la scelta legislativa di abrogare l'abuso d'ufficio confligga con l'art. 3 della Costituzione, che sancisce il principio di uguaglianza, in particolare nella sua specificazione della necessaria ragionevolezza dell'esercizio del potere legislativo, con la necessità che non vi sia una disparità di trattamento giuridico e sanzionatorio tra fattispecie analoghe o con fattispecie esprimenti un disvalore oggettivo ancor più lieve rispetto a quello della fattispecie abrogata.

La condotta rilevante come abuso d'ufficio era, fino alla citata abrogazione, quella posta in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che, in violazione di specifiche regole legislative di condotta o di un dovere di astensione, avesse procurato, a sé o ad altri, un ingiusto vantaggio patrimoniale oppure arrecato ad altri un danno ingiusto; quindi, secondo il legislatore, d'ora in poi, una condotta del genere, che non sia possibile far rientrare in altra fattispecie penale (si tratta, però, di un'evenienza davvero difficile considerando la natura tradizionalmente e strutturalmente residuale della fattispecie in esame) sarebbe pienamente consentita o, comunque, non sanzionata penalmente.

Tale scelta è stata fatta dal legislatore mantenendo, però, la rilevanza penale di condotte che, oggettivamente, hanno una gravità equivalente o anche minore rispetto a quelle rientranti nell'art. 323 c.p.; ciò accade, ad esempio, per il reato di cui all'art. 328 c.p., che punisce una condotta omissiva posta in essere dagli stessi soggetti, ma dalla quale, seppur in specifici settori amministrativi, non derivi la conseguenza dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto; la conseguenza paradossale della situazione venutasi a creare con l'abrogazione dell'art. 323 c.p. è quella di ritenere penalmente rilevante una condotta omissiva dalla quale derivino conseguenze anche meno gravi in luogo di una commissiva che sia realizzata in violazione di regole vincolanti di condotta di rango primario e dalla quali derivino le conseguenze considerate, nonostante, sul piano ontologico, vi sia una maggior incisività, quindi una maggior gravità astratta, di un comportamento attivo rispetto ad uno caratterizzato da mera inerzia; una scelta, questa, del tutto illogica.

Altro esempio, particolarmente rilevante proprio per l'oggetto del processo di cui trattasi, che riguarda concorsi per l'assegnazione di cattedre universitarie od incarichi dirigenziali in ambito sanitario, riguarda il reato di cui all'art. 353 c.p.,

che punisce la condotta di chiunque, con violenza o minaccia, o con altri mezzi collusivi o fraudolenti, turbi la gara in un pubblico incanto o in una licitazione privata; analogamente, la fattispecie di reato di cui all'art. 353 bis c.p., in via preventiva, punisce analoghi comportamenti che vengano realizzati nella fase precedente all'emanazione del bando di gara.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, in tema di reati contro la pubblica amministrazione, non è configurabile il delitto di turbata libertà di scelta del contraente, di cui all'art. 353-bis cod. pen., nel caso di procedura di concorso pubblico per la designazione di un dirigente sanitario, in quanto la procedura di valutazione comparativa tra i candidati a tal fine prevista non è preordinata alla individuazione di un "contraente" per cessione di beni né all'affidamento all'esterno dell'esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio (Cass. Sez. VI n. 21104 dell'11.4.2024); analogamente si ritiene non configurabile il delitto di turbata libertà degli incanti nel caso di procedure di concorso finalizzate al reclutamento di docenti universitari, posto che la norma incriminatrice, nel riferirsi testualmente a nozioni tecniche dal significato infungibile, indicato nel codice degli appalti e nella normativa di settore di cui al r.d. n. 2440 del 1923 e al r.d. n. 827 del 1924, circoscrive la tutela alle sole procedure finalizzate alla cessione di beni o all'affidamento all'esterno dell'esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio e non ai concorsi per il reclutamento del personale docente delle università, caratterizzati dalla valutazione di offerte che si risolvono nell'attività pregressa del candidato (Cass., Sez. VI, n. 32319 del 24.5.2023).

Ciò premesso, non si spiega per quale ragione, dovendosi garantire il buon andamento della Pubblica Amministrazione in settori ugualmente importanti come quelli dei pubblici incanti e dei pubblici concorsi, si sia scelto di non presidiare penalmente il corretto svolgimento dei secondi mantenendo, invece, la rilevanza penale dell'irregolare svolgimento dei primi; essendo, quindi, una stessa condotta di un pubblico ufficiale penalmente rilevante o meno a seconda della ricorrenza oppure dell'assenza di una procedura di evidenza pubblica.

Alcune delle contestazioni mosse nell'ambito del processo in corso davanti a questo Giudice riguardano presunte condotte di elaborazione "su misura" di un bando di concorso, al fine di determinare la vittoria di uno specifico concorrente; ebbene, d'ora in poi tali condotte sarebbero prive di sanzione penale, con ogni

conseguenza sul piano della prevenzione di importanti comportamenti illeciti lesivi di interessi generali.

Inoltre, la riforma legislativa, depotenziando la portata dell'obbligo di astensione di un pubblico ufficiale in presenza di conflitto di interessi e sfornando di sanzione le condotte illegali intenzionalmente dirette a favorire o danneggiare taluno, dalle quali non derivi una utilità in denaro o, comunque, economicamente apprezzabile, ma solo utilità di diverso tipo (ad esempio rapporti sessuali), inevitabilmente e senza alcuna logica giustificazione non considera meritevole di effettiva tutela il pregiudizio che deriva alla funzionalità della Pubblica Amministrazione.

L'intervenuta abrogazione dell'art. 323 c.p. da parte dell'art. 1, comma 1, lett. b) della l. 9 agosto 2024, n. 114 costituisce, altresì, clamorosa violazione degli artt. 11 e 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (cd. Convenzione di Merida).

La 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. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, è stata oggetto di ratifica ed esecuzione in Italia con Legge del 3 agosto 2009, n. 116; si tratta di un vero e proprio trattato internazionale di natura multilaterale (nel diritto internazionale i termini trattato, accordo, patto e convenzione sono considerati sinonimi) e, in quanto tale, fonte del diritto internazionale, di natura volontaria, vincolante per gli Stati contraenti e che trova il fondamento della sua obbligatorietà nella ben nota norma consuetudinaria cogente *pacta sunt servanda* (principio, peraltro, espresso nella Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, all'art. 26).

Nella parte delle misure penali, la Convenzione ha posto in capo agli Stati firmatari l'obbligo di adottare la tutela penale contro una varietà di infrazioni correlate ad atti di corruzione, qualora esse non siano già nel diritto interno definite come infrazioni penali; una specifica caratteristica della Convenzione di Merida è l'ampliamento del relativo campo di applicazione: essa non prende in considerazione solamente forme per così dire "tradizionali" o "classiche" di corruzione, ma anche violazioni "spia", sintomatiche o agevolatrici della corruzione stessa, per come si ricava, del resto, dalla "*Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*" considerato

documento di “interpretazione autentica” della Convenzione stessa, in considerazione del suo contenuto, della finalità e del fatto che promana dalle stesse Nazioni Unite (Drugs and Crime Office); tale documento, al punto 6, prevede testualmente: *“The Convention goes on to require the State parties to introduce criminal and other offences to cover a wide range of acts of corruption, to the extent these are not already defined as such under domestic law. The criminalization of some acts is mandatory under the Convention, which also requires that State parties consider the establishment of additional offences. An innovation of the Convention against Corruption is that it addresses not only basic forms of corruption, such as bribery and the embezzlement of public funds, but also acts carried out in support of corruption, obstruction of justice, trading in influence and the concealment or laundering of the proceeds of corruption. Finally, this part of the Convention also deals with corruption in the private sector”*, ovvero una precisa indicazione agli Stati parti di introdurre reati per coprire un’ampia gamma di atti di corruzione, nella misura in cui questi non siano già definiti come tali dal diritto interno; la penalizzazione di alcuni atti è obbligatoria, ai sensi della Convenzione, la quale richiede anche che gli Stati considerino l’istituzione di ulteriori reati.

Una novità della Convenzione in esame è che essa affronta non solo le forme basilari di corruzione, come le concussioni e l’appropriazione indebita di fondi pubblici, ma anche gli atti propedeutici o complementari, l’ostruzione alla giustizia, il traffico di influenza e l’occultamento o il riciclaggio dei proventi della corruzione; lo stesso documento a pagina 59, di fatto riprendendo quanto previsto dall’art. 65, comma 2, della Convenzione prevede inoltre che *“The Convention introduces minimum standards, but States parties are free to go beyond them. It is indeed recognized that States may criminalize or have already criminalized conduct other than the offences listed in this chapter as corrupt conduct”*, sancendo standard minimi di tutela, con la possibilità degli Stati di andare oltre.

Ciò premesso, va considerato che all’art. 19 la Convenzione considera espressamente la fattispecie dell’abuso d’ufficio prevedendo: *“Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another*

person or entity” (nella traduzione italiana, allegata alla legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione, la disposizione viene così riportata: “*Articolo 19 Abuso d'ufficio. 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 sè o per un'altra persona o entità*”).

Si pone, quindi, la questione se l'abrogazione di cui si tratta contrasti con un vero e proprio obbligo di tutela penale nei confronti dell'abuso d'ufficio eventualmente imposto dall'art. 19 della Convenzione di Merida e se, in ogni caso, la sopravvenuta abrogazione dell'abuso d'ufficio, reato preesistente in Italia rispetto alla Convenzione di Merida, possa integrare comunque una violazione del diritto internazionale e, quindi, vi sia un contrasto con l'art. 117, comma 1 Cost.

Deve premettersi che il diritto internazionale pubblico prevede un procedimento di adattamento del diritto interno al diritto internazionale, soprattutto laddove -come nel caso della Convenzione di Merida- taluni obblighi convenzionali consistano proprio nella doverosa conformazione del diritto interno dello Stato contraente a determinati standard minimi di tutela (anche penale) di beni giuridici.

In questo senso l'art. 65, comma 1, della Convenzione prevede che “*Ciascuno Stato Parte adotta le misure necessarie, comprese misure legislative ed amministrative, in conformità con i principi fondamentali del suo diritto interno, per assicurare l'esecuzione dei suoi obblighi ai sensi della presente Convenzione*”.

Ebbene, in simili casi l'esecuzione del trattato attraverso l'adattamento può comportare una serie di modifiche all'ordinamento interno dello Stato contraente al fine di renderlo conforme a quello internazionale; nell'ipotesi in cui l'ordinamento interno preveda già, al momento dell'assunzione dell'obbligo internazionale, una norma interna pienamente conforme a quella internazionale, sullo Stato contraente grava un vero e proprio obbligo di mantenimento della norma che prevede la fattispecie; nel caso della Convenzione di Merida, l'obbligo del mantenimento/non abrogazione delle norme interne preesistenti è peraltro espressamente previsto dall'art. 7, che, al comma 4, dispone che “*Ciascuno stato si adoperi, 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”.

Per la corretta comprensione del significato dell’espressione impiegata dall’art. 19 della Convenzione di Merida (“*Each State Party shall consider adopting*”) e, quindi, del suo contenuto e, soprattutto, per cogliere la sua portata obbligatoria e vincolante per lo Stato contraente, importante è il riferimento alla “*Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*”, come già evidenziato atto di “interpretazione autentica” della Convenzione stessa, laddove ai punti ai punti 11 e 12 si chiarisce che l’espressione indicata nell’art. 19 della Convenzione di Merida, con riferimento all’abuso d’ufficio, colloca tale previsione non nell’ambito delle semplici raccomandazioni, bensì delle disposizioni aventi carattere obbligatorio.

Appare del tutto logico, quindi, ritenere che le indicazioni discendenti dalla Convenzione di Merida vadano declinate diversamente a seconda del fatto che lo Stato aderente abbia o meno già adottato nel proprio ordinamento la fattispecie di abuso d’ufficio, in modo che laddove lo Stato contraente non abbia introdotto la fattispecie prima dell’adesione alla Convenzione di Merida, sarà tenuto a valutare concretamente e seriamente la sua introduzione in conformità al proprio diritto interno, dovendo compiere uno sforzo reale per vedere se essa sia compatibile con il proprio ordinamento giuridico; di talché, laddove tale compatibilità sussista, lo Stato contraente, onde intenda adeguarsi all’obbligo internazionale, sarà ragionevolmente tenuto ad introdurlo, mentre lo Stato contraente che, invece, come l’Italia, abbia già introdotto la fattispecie prima dell’adesione alla Convenzione di Merida e che abbia, dunque, già positivamente valutato la conformità della fattispecie rispetto al proprio diritto interno -dovendo mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse (art. 7, comma 4, Convenzione di Merida)- per adeguarsi all’obbligo internazionale di cui all’art. 19, sarà tenuto a non abrogare la fattispecie già vigente.

Si ritiene, per quanto sopra indicato, che vi sia contrasto con la Costituzione 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. anche per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., in relazione agli artt. 7, comma 4, 19 e 65, comma 1, della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (cd. Convenzione di Merida).

Risulta assolutamente non percorribile la strada dell'interpretazione conforme alla Costituzione o della disapplicazione della norma, proprio per il suo effetto di abrogazione della fattispecie di reato.

P.Q.M.

Visti gli artt. 134 della Costituzione, 1 Legge costituzionale n. 1/1948 e 23 e ss. Legge 87/1953

solleva

la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. b) della Legge 9 agosto 2024 n. 114, entrata in vigore il 25 agosto 2024, nella parte in cui dispone l'abrogazione dell'art. 323 c.p. per violazione degli artt. 3, 11, 97 e 117 della Costituzione.

Sospende

il giudizio in corso, con conseguente sospensione del termine di prescrizione, fino alla definizione del giudizio incidentale davanti alla Corte Costituzionale.

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 e per la comunicazione ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati

Firenze, 3 ottobre 2024.

Il Giudice
dott. Fabio Gugliotta