



PROCURA DISTRETTUALE DELLA REPUBBLICA

PRESSO IL TRIBUNALE DI CATANIA

Istanza di rimessione ai sensi della L. Cost. 9 febbraio 1948 n. 1 e art. 23 l. 87/1953 della questione di legittimità costituzionale in ordine all'art.1, comma 1 lett. b) legge 9 agosto 2024 n.114 (G.U. n.187 del 10 agosto 2024) con il quale è stato abrogato l'art. 323 c.p.

Il Pubblico Ministero

Visto l'art. 1 comma 1 lett. b della Legge 9 agosto 2024 n.114 (Gazzetta Ufficiale n. 187 del 10 agosto 2024) con il quale a decorrere dal 25 agosto 2024 è stato abrogato il delitto di cui all' art. 323 c.p.;

Visti i capi di imputazione relativi ai reati di cui agli artt. 323 c.p. del decreto che dispone il giudizio emesso rispettivamente nell'ambito del procedimento avente RGNR 15573/19 (RGGIP n.2383/20) e del procedimento avente RGNR 8496/20 mod. 21 (RGGIP 9821/20) al primo riunito;

OSSERVA

1) Rilevanza della questione

Al fine di meglio esporre la rilevanza della questione di costituzionalità della quale si chiede la rimessione nell'ambito del presente procedimento occorre, seppure brevemente, riassumere le vicende processuali che hanno scandito le due udienze preliminari e il dibattimento nel quale venivano poi riuniti i due processi sopra citati.

Segnatamente: In data 5 marzo 2020 (RGNR n. 15573/19) e in data 14 dicembre 2020 (RGNR n. 8496/20) la Procura di Catania chiedeva il rinvio a Giudizio tra gli altri per i reati di cui agli artt. 323, 353 bis, 479, 319 c.p. nei confronti di 51 imputati (docenti universitari, ricercatori e personale amministrativo) che, a vario titolo, si erano resi responsabili dell'alterazione della procedura di selezione di molteplici bandi di concorso indetti per professori di prima e seconda fascia e per ricercatori dall'Università degli Studi di Catania.

Diversamente dal Gup innanzi al quale si celebrava l'udienza preliminare di cui al proc. pen. avente RGNR n. 8496/20 RGNR che emetteva decreto che dispone il giudizio non operando alcuna modifica dei capi di imputazione come contestati nella richiesta di rinvio a giudizio, il Gup del proc. pen. 15573/19 mod. 21 riqualificava ai sensi dell'art. 323 c.p. i capi di imputazione che avevano ad oggetto le condotte di alterazione del procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando universitario, non ritenendo, quindi, che la materia dei concorsi universitari, potesse rientrare nella definizione di bando o altro atto equipollente di cui all'art. 353 bis c.p. contestato, invece, dalla Procura.

A seguito della emissione dei due decreti che dispongono il giudizio, trovandosi entrambi i procedimenti nella medesima fase processuale, venivano successivamente riuniti. Quanto rassegnato ha determinato la particolare situazione per la quale, innanzi al Collegio del presente processo, per un medesimo fatto storico (*rectius* concorso) vi sono imputati ai quali è contestato l'art.323 c.p. (effetto della riqualificazione del Gup) e imputati (correi nel medesimo reato per i quali si era proceduto separatamente) ai quali, invece, è contestato il reato di cui all' art. 353 bis c.p.

Nel corso del dibattimento, le difese degli imputati le cui condotte non erano state oggetto di riqualifica ai sensi dell' art. 323 c.p., in plurime occasioni e con memorie in atti depositate, rappresentavano all'organo giudicante che il quadro normativo dell'art. 353 bis c.p. non poteva essere applicato alla fattispecie concreta dei "concorsi universitari" che trovavano invece la loro collocazione naturale sotto l' alveo del 323 c.p., richiamando sul punto quanto deciso da uno dei due Giudici della udienza preliminare. Sul punto vengono richiamate le ultime pronunce della Corte di Cassazione che, con una giurisprudenza oggi consolidata, esclude che le alterazione poste in essere nelle procedure dirette alla nomina di docenti o ricercatori universitari possano essere qualificate come rilevanti ai sensi dell'art. 353 bis c.p. essendo al contrario una fattispecie concreta che *naturalmente* ricade sotto la disciplina dell'art.323 c.p..

Appare quindi di lapalissiana evidenza che la questione della quale oggi si chiede la rimessione alla Corte Costituzionale è **rilevante** nel procedimento in oggetto sia per i capi di imputazione di cui all'art. 323 c.p. pendenti innanzi al Collegio come riqualificati dal Gup che per quelli (si rammenta il fatto storico è assolutamente il medesimo) che tali lo diventerebbero laddove il Collegio dovesse accogliere le istanze difensive e procedere, a sua volta, ad una riqualifica delle condotte di cui all'art. 353 bis c.p. in art. 323 c.p. In questo secondo caso, però, il Tribunale, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1 comma 1 lettera b della legge n. 114 del 9 agosto 2024 che ha abrogato l'art. 323 c.p., altro non potrebbe fare che pronunciare una sentenza di non doversi procedere dal momento che l'art. 323 c.p., oggi, non è più previsto dalla legge come reato. *A contrario* laddove la abrogazione fosse considerata illegittima si consentirebbe la naturale prosecuzione del processo e l'accertamento dei fatti reato ad opera dell'organo giudicante.

Come è noto al Collegio, il processo in corso, coinvolge diversi Dipartimenti dell'Ateneo Catanese, vi sono molteplici persone offese, alcune di queste costituite parte civile anche e soprattutto per ipotesi di reato qualificate ai sensi dell' art. 323 c.p. la cui abrogazione ha loro sottratto l'accertamento del fatto come reato, possibilità questa certamente non contemplata laddove la parte offesa decida di accedere alla giustizia amministrativa. Sulla impossibilità che il ricorso amministrativo costituisca una valida alternativa al processo penale basta rammentare il capo di imputazione n.28 nel quale, proprio il ricorso amministrativo o la rinuncia allo stesso, sono utilizzati come mezzo per alterare e influenzare la procedura di chiamata dei settori disciplinari. In altri casi, il contenuto delle intercettazioni e della istruttoria dibattimentale ci ha mostrato i pericoli di ritorsioni ai quali sono esposti i partecipanti ad un concorso universitario che, dopo la loro esclusione, intendano adire la giustizia amministrativa. Questo è ciò che accade allorquando (come verrà meglio approfondito nella pagine a seguire) la tutela di un valore costituzionale quale quello della imparzialità, trasparenza e buon andamento della Pubblica amministrazione è lasciato all'iniziativa del privato sia esso vittima o addirittura complice, nel cui caso beneficiando dell'agire illecito della P.A. ha ovviamente un interesse contrario all'accertamento del fatto come reato.

Le ragioni sopra esposte rendono pertanto la questione di legittimità costituzionale della norma che abroga l'art. 323 c.p. rilevante in quanto inscindibile, in concreto, dal giudizio a quo; una eventuale sentenza di accoglimento della Corte sarebbe in grado di influenzare il processo principale, provocando un cambiamento del quadro normativo di riferimento del giudice rimettente. Diversamente detto, la pendenza dinanzi al Collegio di più di venti capi di imputazione ex art. 323 c.p. soddisfa il requisito della rilevanza dato dall'applicabilità al giudizio principale della disposizione della quale si chiede la valutazione di costituzionalità.

Sul punto la sentenza n. 91/2013 (*red. Cartabia*) che ritiene sussistente il nesso di pregiudizialità tra il giudizio principale e il giudizio costituzionale allorché la norma censurata debba necessariamente essere applicata nel primo e l'eventuale illegittimità della stessa incida sul procedimento principale. Si richiama in questa sede sul punto anche la sentenza n. 1012/1988 (*red. Baldassarre*) che definisce rilevante la questione quando ha ad oggetto una disposizione suscettibile di applicazione o della cui applicazione non si può prescindere per la definizione del giudizio stesso (sentenza n.190/1984).

Nell'ambito del presente procedimento proprio la norma che prevede l'abrogazione *tout court* dell'art. 323 c.p., in assenza per altro di norme intertemporali, prevede da parte del giudice rimettente una sua applicazione immediata dalla quale non può prescindere per la definizione stessa del giudizio, che condurrebbe ad una unica pronuncia di non doversi procedere quale conseguenza della entrata in vigore *tout court* dell'art.1 comma 1 lett.b della Legge 9 agosto 2024 n.114. L'immediata applicazione del citato art. 1 comporta un vincolo per l'organo giudicante del presente processo al quale oggi, quindi, è preclusa una pronuncia nel merito, sia pure di assoluzione, ai sensi dell'art. 530 comma II come richiesto dalla Procura in relazione a quei fatti reato qualificate sin dall'inizio ai sensi dell' art. 323 c.p. e per le quali subentrava un divieto di utilizzabilità delle intercettazioni (vedasi requisitoria del Pm depositata in atti e relative richieste). In chiusura **si richiama la sentenza 20/16 (*red. Cartabia*) che ritiene rilevante la questione laddove la pronuncia di accoglimento influirebbe comunque sull'esercizio del percorso argomentativo che sostiene la decisione del processo principale.**

2) Norma penale di favore - Rilevanza/Ammissibilità

Dal momento che oggetto del petitum è la legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 lett.b della Legge 9 agosto 2024 n.114 che abroga il reato p.p. dall'art. 323 c.p., l'eventuale pronuncia di accoglimento determinerebbe il ritorno in vigore del reato di abuso di ufficio; la questione deve essere in questa sede affrontata in relazione al principio del divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli con riferimento alla rilevanza della questione.

Inizialmente la Corte riteneva che le norme penali più favorevoli (come nel caso che qui ci riguarda una norma che abroga un reato) fossero sottratte al giudizio di legittimità costituzionale perché, secondo la stessa giurisprudenza costituzionale, in forza dell'art. 25 secondo comma Cost., l'eventuale sentenza di accoglimento non avrebbe potuto produrre alcun effetto sul giudizio principale stante il divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli. Questa impostazione venne profondamente mitigata nel tempo per evitare che si creassero delle "zone franche" all'interno delle quali la legislazione ordinaria sarebbe diventata "incontrollabile". La Corte Costituzionale, con un percorso di difficile bilanciamento tra la discrezionalità del Legislatore (sovrano nelle scelte di politica criminale) e il rispetto dei principi cardine della Costituzione, estendeva il proprio sindacato anche alle c.d. norme penali di favore, circoscrivendo un confine ben preciso all'interno del quale la stessa Corte avrebbe operato il suo giudizio.

E' la sentenza 394/2006 Cost. che, non escludendo a priori che la questione di legittimità costituzionale possa avere ad oggetto anche una norma penale di favore, fornisce una definizione delle c.d. *norme penali di favore* da intendersi quelle norme **che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni**».

Si riporta il tratto di interesse: *Questa Corte ha peraltro chiarito che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche in malam partem, delle c.d. norme penali di favore: ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. Di tale orientamento -che trova la sua prima compiuta enunciazione nella sentenza n. 148 del 1983 -questa Corte ha fatto ripetute applicazioni (sentenze n. 167 e n. 194 del 1993; n. 124 del 1990; n. 826 del 1988), anche in rapporto a questioni di costituzionalità omologhe a quelle oggi in esame, dirette a conseguire una modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di determinate figure di reato (sentenza n. 25 del 1994; v., altresì, le ordinanze n. 95 del 2004 e n. 433 del 1998, con le quali la Corte ha scrutinato direttamente nel merito questioni di tal fatta). Esso si connette all'ineludibile esigenza di evitare la creazione di «zone franche» dell'ordinamento (così la sentenza n. 148 del 1983), sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità in malam partem fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole. In accordo con l'esigenza ora evidenziata, va osservato che il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo (sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento -conseguente alla sua unitarietà -alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva.*».

Come enuncia chiaramente la Corte, la sentenza di accoglimento di una c.d. norma penale di favore non introduce alcuna nuova norma e l'effetto *in malam partem* è solo la conseguenza della rimozione di una situazione antiggiuridica creata da una norma lesiva dei parametri costituzionali (se così non fosse dovremmo accettare che laddove una norma dello Stato abroghi il reato di omicidio, il sistema costituzionale non avrebbe strumenti per tutelare un bene primario quale quello della vita).

Non è possibile, quindi, creare *zone franche* all' interno delle quali è precluso il sindacato di legittimità costituzionale, ragione per la quale la Corte ritiene ammissibile la questione allorquando abbia oggetto norme penali di favore **tese a sottrarre una certa classe di soggetti o certe condotte all'ambito di applicazione di altra norma dando vita ad una situazione di vero e proprio privilegio**: *“Con riguardo ai criteri di identificazione delle norme penali di favore, questa Corte ha già avuto modo di sottolineare come occorra distinguere fra le previsioni normative che “delimitano” l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle che invece “sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva. Con riguardo ai criteri di identificazione delle norme penali di favore, questa Corte ha già avuto modo di sottolineare come occorra distinguere fra le previsioni normative che “delimitano” l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle che invece “sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva. Solo a queste ultime si attaglia, in effetti -ove l'anzidetta sottrazione si risolva nella configurazione di un trattamento privilegiato -la qualificazione di norme penali di favore; non invece alle prime, le quali si traducono in dati normativi espressivi di «una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale»: scelta cui la Corte non potrebbe sovrapporre -«senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore» -«una diversa strategia di criminalizzazione volta ad ampliare», tramite ablazione degli elementi stessi, <<l'area di operatività della sanzione» (sentenza n. 161 del 2004). Inoltre, la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva. In tal caso, difatti, la richiesta di sindacato in malam partem mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte (sentenze n. 330 del 1996 e n. 108 del 1981; ordinanza n. 175 del 2001). (...) Le pronunce di questa Corte che hanno riconosciuto l'ammissibilità del sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore si sono fatte carico -una volta superato il profilo di ordine sostanziale -anche del profilo di ordine processuale, connesso alla necessità di verificare l'incidenza della eventuale decisione di accoglimento nel giudizio a quo. Il problema è stato affrontato avendo riguardo, in particolare, all'ipotesi in cui il fatto oggetto di giudizio fosse stato commesso sotto l'impero della norma penale di favore; evenienza, questa, che evoca uno dei fondamentali principi di garanzia in materia penale, direttamente sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.: quello di irretroattività della norma penale sfavorevole. Ferma restando l'assoluta intangibilità del principio in forza del quale nessun soggetto potrebbe essere condannato, o condannato a pena più severa, per un fatto che, nel momento in cui è stato commesso, non costituiva per legge reato, o costituiva un reato meno grave (sentenza n. 161 del 2004), la Corte ha osservato che anche le pronunce concernenti la legittimità delle norme penali di favore potrebbero comunque influire sull'esercizio della funzione giurisdizionale, sotto un triplice profilo. In primo luogo, incidendo sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle*

sentenze penali, i quali dovrebbero imperniarsi sul primo comma dell'art. 2 cod. pen., anziché sulla disposizione annullata. In secondo luogo, perché anche le norme penali di favore fanno parte del sistema, e lo stabilire in qual modo il sistema potrebbe reagire al loro annullamento è problema che i singoli giudici debbono affrontare caso per caso. In terzo luogo e da ultimo, perché non può escludersi che il giudizio della Corte sulla norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia correttiva delle premesse esegetiche su cui si fonda l'ordinanza di rimessione: donde una serie di decisioni suscettibili di influire sugli esiti del giudizio penale pendente (sentenze n. 25 del 1994; n. 167 e n. 194 del 1993; n. 124 del 1990; 148 del 1983). (...)

Nell'ultimo tratto della sentenza la Corte affronta poi, ancora più apertamente, la questione della rilevanza e quindi della ricaduta processuale nel giudizio rimettente della sentenza di accoglimento di una norma penale di favore. Dice, in sostanza, la Corte, nel risolvere positivamente la questione della rilevanza, che questo tipo di pronunce hanno comunque una influenza sul giudizio a quo non solo sulle formule di proscioglimento che il Giudicante può adottare ma diventano anche oggetto di interpretazione, riservato dominio del giudice a quo.

Principio ribadito ulteriormente nelle sentenze sotto riportate:

La sentenza n. 5/2014 (red. Lattanzi) che richiama la sentenza 394/2006: *Questa Corte, in numerose occasioni, ha ritenuto inammissibili questioni di legittimità costituzionale di norme penali la cui caducazione avrebbe determinato un trattamento deteriore per l'imputato. I giudici rimettenti non ignorano le ragioni di tali decisioni ma ritengono che nel caso in esame quelle ragioni non sussistano. Essi infatti ricordano che secondo la giurisprudenza costituzionale il principio della riserva di legge in materia penale, posto dall'art. 25, secondo comma, Cost., impedisce a questa Corte interventi in malam partem, rimessi esclusivamente al potere legislativo, ma sostengono che nel caso in esame sia proprio quel principio a giustificare una pronuncia di illegittimità costituzionale, perché le norme impugnate sarebbero state adottate dal Governo in mancanza della necessaria delega e quindi sarebbero state introdotte nell'ordinamento in violazione della riserva di legge... l'inammissibilità del sindacato sulle norme penali più favorevoli era stata originariamente argomentata considerando che una questione finalizzata a una pronuncia in malam partem sarebbe stata priva di rilevanza, dato il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli. Infatti, si era affermato, «i principi generali vigenti in tema di non retroattività delle sanzioni penali più sfavorevoli al reo, desumibili dagli artt. 25, secondo comma, della Costituzione, e 2 del codice penale, impedirebbero in ogni caso che una eventuale sentenza, anche se di accoglimento, possa produrre un effetto pregiudizievole per l'imputato nel processo penale pendente innanzi al giudice a quo» (sentenza n. 85 del 1976). Successivamente però questa Corte ha riconosciuto «che la retroattività della legge più favorevole non esclude l'assoggettamento di tutte le norme giuridiche di rango primario allo scrutinio di legittimità costituzionale: "Altro [...] è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è 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 diverrebbe incontrollabile" (sentenza n. 148 del 1983 e sul punto, sostanzialmente nello stesso senso, sentenza n. 394 del 2006)» (sentenza n. 28 del 2010). Il mutato orientamento sulla rilevanza non ha comportato automaticamente l'ammissibilità delle questioni relative alle norme penali più favorevoli, perché si è ritenuto che a una pronuncia della Corte in malam partem fosse comunque di ostacolo il principio sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale*

«demanda in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, impedendo alla Corte di creare nuove fattispecie criminose o estendere quelle esistenti a casi non previsti, ovvero anche di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità (ex plurimis, sentenza n. 394 del 2006; ordinanze n. 204, n. 66 e n. 5 del 2009)» (ordinanza n. 285 del 2012). Non sono però mancati casi in cui la Corte ha ritenuto che l'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale in malam partem non trovasse ostacolo nel principio dell'art. 25, secondo comma, Cost. Particolarmente significativa in questo senso è la sentenza n. 394 del 2006, che ha riconosciuto la sindacabilità delle «c.d. norme penali di favore: ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni». Alla nozione di "norma penale di favore" ha fatto successivamente, in più occasioni, riferimento la giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 273 del 2010, n. 57 del 2009 e n. 324 del 2008; ordinanze n. 103 e n. 3 del 2009), ma è la sentenza n. 394 del 2006 che ne ha precisato le caratteristiche e le relative implicazioni ai fini del sindacato di legittimità costituzionale. Secondo questa sentenza «il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablativo di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo (sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza [...]. In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria».

La Sentenza 57/2009 *“Il presente incidente di costituzionalità mira a conseguire, in materia penale, un duplice intervento con effetti in malam partem, in assenza, tuttavia, delle condizioni individuate da questa Corte per la sua ammissibilità (sentenza n. 394 del 2006). Ed invero, se il principio della riserva di legge non preclude, in senso assoluto, l'adozione di pronunce aventi una simile efficacia, è chiaro che esse sono ammissibili solo quando «l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte», ovvero dal ripristino di una norma abrogata «espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali», presentandosi ciascuna di tali operazioni «chiaramente invasiva del monopolio del legislatore» nella materia penale (sentenza n. 394 del 2006; in senso conforme anche la sentenza n. 324 del 2008 e l'ordinanza n. 413 del 2008). È necessario, per contro, che l'effetto in malam partem costituisca il risultato della riespansione di una «norma generale o comune», conseguendo, pertanto, a «decisioni ablativo di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa» della prima, vale a dire alla eliminazione di disposizioni qualificabili come norme penali di favore (così, nuovamente, la sentenza n. 394 del 2006).”*

Affronta la medesima questione la sentenza n. 28 del 2010 (red. Silvestri):

La Corte, veniva chiamata a valutare la legittimità costituzionale di un decreto legislativo che aveva escluso la punibilità di un fatto previsto dalla legge come reato, in aperto contrasto con una direttiva comunitaria (in materia di legislazione ambientale investiva la nozione stessa di rifiuto). La Corte nel caso di specie, richiamando i principi della sentenza 394/06, sottolineava che, accogliendo la inammissibilità tout court delle norme penali favorevoli, anche laddove queste violino le norme comunitarie, si arriverebbe a privare di ogni efficacia

direttamente vincolante per lo stesso legislatore italiano lo strumento della direttiva: *Questa Corte ha già chiarito, tuttavia, che la retroattività della legge più favorevole non esclude l'assoggettamento di tutte le norme giuridiche di rango primario allo scrutinio di legittimità costituzionale: «Altro [...] è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è 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 diverrebbe incontrollabile» (sentenza n. 148 del 1983 e sul punto, sostanzialmente nello stesso senso, sentenza n. 394 del 2006). Nel caso di specie, se si stabilisse che il possibile effetto in malam partem della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie sui rifiuti, ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali. La responsabilità penale, che la legge italiana prevede per l'inosservanza delle fattispecie penali connesse alle direttive comunitarie, per dare alle stesse maggior forza, diverrebbe paradossalmente una barriera insuperabile per l'accertamento della loro violazione. Per superare il paradosso sopra segnalato, occorre quindi distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali. Questa Corte ha già chiarito che l'eventuale accoglimento delle questioni relative a norme più favorevoli «verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali»; peraltro, «la pronuncia della Corte non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi: poiché in tal caso ne risulterebbe alterato [...] il fondamento normativo della decisione, pur fermi restando i pratici effetti di essa» (sentenza n. 148 del 1983). Occorre precisare inoltre che, nel caso di specie, il giudice rimettente ha posto un problema di conformità di una norma legislativa italiana ad una direttiva comunitaria, evocando i parametri di cui agli artt. 11 e 117 Cost., senza denunciare, né nel dispositivo né nella motivazione dell'atto introduttivo del presente giudizio, la violazione dell'art. 3 Cost. e del principio di ragionevolezza intrinseca delle leggi. Ciò esclude che la questione oggi all'esame di questa Corte comprenda la problematica delle norme penali di favore, quale affrontata dalla sentenza n. 394 del 2006. Infine va ricordato che, posti i principi di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 25, secondo comma, Cost. ed all'art. 2, quarto comma, del codice penale, la valutazione del modo in cui il sistema normativo reagisce ad una sentenza costituzionale di accoglimento non è compito di questa Corte, in quanto la stessa spetta al giudice del processo principale, unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità.*

Solo per completezza si richiamano in questa sede altresì:

La sentenza n. 273/2010 (red. Silvestri) “ Occorre ricordare, con riferimento a tale censura, come questa Corte abbia costantemente affermato che «il potere di configurare le ipotesi criminose, determinando la pena per ciascuna di esse, e di depenalizzare fatti dianzi configurati come reati [...] rientra nella discrezionalità legislativa censurabile, in sede di sindacato di costituzionalità, solo nel caso in cui sia esercitata in modo manifestamente

irragionevole» (sentenza n. 364 del 2004, ed in precedenza, ex plurimis, sentenza n. 313 del 1995, ordinanze n. 110 del 2003, n. 144 del 2001, n. 58 del 1999).

Ed ancora, nel 2019, la Corte conferma l'ammissibilità della questione laddove questa investa le c.d. norme penali di favore (sentenza n. 37/19 (Red. Viganò): *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 (così, ex plurimis, sentenze n. 330 del 1996 e n. 71 del 1983; ordinanze n. 413 del 2008, n. 175 del 2001 e n. 355 del 1997), dal momento che a tale ripristino osta, di regola, il principio consacrato nell'art. 25, secondo comma, Cost., che riserva al solo legislatore la definizione dell'area di ciò che è 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 (ex multis, sentenze n. 161 del 2004 e n. 49 del 2002; ordinanze n. 65 del 2008 e n. 164 del 2007), ovvero ad aggravare le conseguenze sanzionatorie o la complessiva disciplina del reato (ex multis, ordinanze n. 285 del 2012, n. 204 del 2009, n. 66 del 2009 e n. 5 del 2009).** Come ribadito anche di recente da questa Corte (sentenze n. 236 del 2018 e n. 143 del 2018), peraltro, **tali principi non sono senza eccezioni.** Anzitutto, può 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 condotte, stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, ovvero prevedano per detto sottoinsieme – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole (sentenza n. 394 del 2006). Un controllo di legittimità con potenziali effetti in malam partem deve altresì ritenersi ammissibile quando a essere censurato è lo scorretto esercizio del potere legislativo: da parte dei Consigli regionali, ai quali non spetta neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore nazionale (sentenza n. 46 del 2014, e ulteriori precedenti ivi citati); da parte del Governo, che abbia abrogato mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega (sentenza n. 5 del 2014); ovvero anche da parte dello stesso Parlamento, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge (sentenza n. 32 del 2014). In tali ipotesi, qualora la disposizione dichiarata incostituzionale sia una disposizione che semplicemente abrogava una norma incriminatrice preesistente (come nel caso deciso dalla sentenza n. 5 del 2014), 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, altresì, 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). **Un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti in malam partem può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 28 del 2010; nonché sentenza n. 32 del 2014, ove l'effetto di ripristino della vigenza delle disposizioni penali illegittimamente sostituite in sede di conversione di un decreto-legge, con effetti in parte peggiorativi rispetto alla disciplina dichiarata illegittima, fu motivato anche con riferimento alla necessità di non lasciare impunte «alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto***

dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.»).

In sintesi, dalla lettura delle sentenze sopra rassegnate, si può certamente concludere che la questione di legittimità costituzionale di cui all'art. 1, comma 1, lettera b della L. n. 114 del 9 agosto 2024 sia suscettibile di essere qualificata rilevante ed ammissibile per i susseguenti motivi:

- 1) In ossequio all'enunciato della sentenza 148/1983, il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali, circostanza questa che non riguarda il caso che qui interessa, dal momento che l'effetto della eventuale pronuncia di accoglimento sarebbe quello di ripristinare la vigenza di una norma già esistente nel nostro ordinamento (l'art. 323 c.p.), la cui abrogazione ha sottratto, al penalmente rilevante, intere categorie di condotte inerenti settori della pubblica amministrazione, quale quello concorsuale o dei lavori e/o servizi pubblici affidati in assenza di bando o atto equipollente; ipotesi, queste ultime che invece ricadevano sotto la disciplina di cui all'art. 323 c.p., norma di chiusura del sistema dei reati contro la Pubblica amministrazione. L'abrogazione dell'art. 323 c.p. causa, pertanto, una disparità di trattamento irragionevole; a mero titolo esemplificativo: laddove i pubblici ufficiali agiscano in violazione di legge, al fine di ottenere vantaggi per sé o altri o danneggiare terzi, nella procedura di evidenza pubblica eseguita mediante bandi o atti equipollenti, finalizzata alla selezione del contraente risponderrebbero ai sensi dell'art. 353 o 353 bis c.p., a contrario, laddove quei medesimi pubblici ufficiali selezionino il contraente mediante procedure di affidamento diretto in violazione di legge e al fine di ottenere vantaggi per sé o altri o danneggiare terzi andrebbero esenti da ogni responsabilità. Una differenza di trattamento che, oggi, (per effetto dall'abrogazione dell'art. 323 c.p.), dipenderebbe unicamente dal valore economico del lavoro o servizio pubblico, criterio questo che non risponde a canoni di ragionevolezza atteso che la imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione deve essere tutelato a prescindere dalla procedura adottata e dal valore del lavoro/servizio pubblico, non esistendo una riserva dell' art. 97 Cost. in tal senso.
- 2) L'abrogazione dell'art. 323 c.p. si pone poi in contrasto con la Convenzione di Merida, ratificata in Italia e in questo caso, come enunciato dalla sentenza 37/19, un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti in malam partem è ammesso ove per l'appunto si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma della Carta Costituzionale.
- 3) Ed infine, nessuna illegittima ingerenza sul potere legislativo nel caso in cui la Corte dovesse pronunciare una sentenza di accoglimento dell'art. 1 comma 1 lettera b della legge 114/24, dal momento che, laddove si dovesse precludere alla Corte in modo assoluto, la possibilità di sottoporre al proprio vaglio costituzionale una norma che abroga una norma penale, ciò equivarrebbe a sostenere che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali solo quando effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue determinazioni legislative derivi un trattamento più favorevole (sentenza n. 148 del 1983 e 394/2006). Come già detto sopra l'abrogazione dell'art. 323 c.p. è foriera di una evidente disparità di trattamento, atteso che i pubblici ufficiali che, in occasione

di un bando o atto equipollente violino la legge o omettono di astenersi in presenza di conflitto di interessi saranno penalmente perseguiti a differenza di coloro che invece operando in assenza di bando, ma pur sempre in conflitto di interesse, non saranno esposti ad alcuna conseguenza penale. L'entrata in vigore dell'art. 1 comma 1 lettera b della Legge 114/24 ha quindi determinato una disparità di trattamento che non corrisponde ad alcun criterio di ragionevolezza, in quanto medesime situazioni sono disciplinate in modo differente. La Corte ha in questo caso il potere di intervenire su una situazione antiggiuridica di violazione di precetti costituzionali determinata proprio dall'entrata in vigore dell'art. 1 comma 1 lettera b sopra citato.

In conclusione:

- L'entrata in vigore della art. 1 comma 1 lettera b della L. 114/24 equivale ad una esenzione penale di una precisa categoria di soggetti e di certe condotte che vengono in tal modo **privilegiati, in violazione dell'art.3 cost.** nella sua accezione di uguaglianza e ragionevolezza;
- L'introduzione della norma sopra citata **viola precetti costituzionali** posti a tutela di principi cardine della nostra Costituzione come sotto meglio illustrati;
- L'abrogazione dell' art. 323 c.p. è avvenuta in violazione degli obblighi internazionali, sicchè ritenere che il sindacato della Corte Costituzionale sia inammissibile significa consentire l'esistenza nell'ordinamento di **zone franche** sottratte al controllo della Corte Costituzionale.

A parere degli scriventi l'art. 1 comma 1 lett. b della Legge 9 agosto 2024 n.114, è quindi suscettibile di sindacato di legittimità costituzionale avendo, con l'abrogazione tout court, la citata norma sottratto all' area del penalmente rilevante una particolare categoria e determinate condotte in modo irragionevole, determinando così una immotivata disparità di trattamento e privilegio e violando al contempo gli obblighi internazionali ai sensi dell'art. 117 Cost.

3) Non manifesta infondatezza

Prima di illustrare i motivi posti a base della questione di legittimità costituzionale della quale si fa istanza di rimessione, appare doveroso richiamare la sentenza n. 8/22, pronunciata all'esito del giudizio di legittimità dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, **recante modifiche all'art. 323 del codice penale** e la cui questione era stata sollevata dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro. Nel corpo della sentenza la Corte, rigettando la questione, ribadisce ancora una volta i casi ai quali può estendere il proprio sindacato di legittimità alle c.d. norme penali di favore. La Corte, non esita, nel caso di specie a qualificare la questione inammissibile dal momento che *“una pronuncia ablativa della modifica operata dalla norma censurata, avrebbe come effetto la reviviscenza della precedente norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, dal perimetro applicativo più vasto. Si tratta, dunque, inequivocabilmente, della richiesta di una sentenza in malam partem in materia penale.”*

Si sofferma poi sul concetto di c.d. norma penale di favore e su quelle ipotesi nelle quali è possibile valutare la questione come ammissibile senza entrare in contrasto con l'art. 25 della Cost. *“Il discorso è diverso per le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., intese a censurare i contenuti della norma. Riguardo ad esse, resta, infatti, pienamente*

operante la ricordata preclusione delle sentenze in malam partem in materia penale, cui consegue, come eccepito dall'Avvocatura dello Stato, l'inammissibilità delle questioni stesse. Onde superare l'ostacolo, il rimettente invoca decisioni di questa Corte (in specie, le sentenze n. 394 del 2006 e n. 148 del 1983) che hanno ammesso la sindacabilità in malam partem delle cosiddette norme penali di favore: qualifica che tuttavia non compete alla norma oggi in esame. Come questa Corte ha chiarito (sentenza n. 394 del 2006; in senso conforme, tra le altre, sentenza n. 155 del 2019, n. 57 del 2009 e n. 324 del 2008; ordinanza n. 413 del 2008), per norme penali di favore debbono intendersi quelle che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento. L'effetto in malam partem conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tali norme non vulnera la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, rappresentando una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria.

La qualificazione come norma penale di favore non può essere fatta, di contro, discendere, come nel caso di specie, dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale. In tal caso, la richiesta di sindacato in malam partem non mira a far riespandere una norma tuttora presente nell'ordinamento, ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa alla Corte (sulla inammissibilità delle questioni volte a conseguire il ripristino di norme incriminatrici abrogate o di discipline penali sfavorevoli, ex plurimis, sentenze n. 37 del 2019, n. 57 del 2009 e n. 324 del 2008; ordinanze n. 282 del 2019, n. 413 del 2008 e n. 175 del 2001). Questa Corte ha già applicato, peraltro, i ricordati principi all'evoluzione legislativa dell'abuso d'ufficio, dichiarando inammissibili, con la sentenza n. 447 del 1998, questioni analoghe a quelle ora in esame, sollevate in riferimento ai medesimi parametri (artt. 3 e 97 Cost.), aventi ad oggetto l'art. 323 cod. pen., come riformulato – anche allora in senso restrittivo – dalla legge n. 234 del 1997. Nell'occasione, si è posto in evidenza come una censura di illegittimità costituzionale non possa 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. Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono, infatti, 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 (sentenza n. 447 del 1998; in senso analogo, con riferimento all'abrogazione del reato di ingiuria, sentenza n. 37 del 2019; si vedano pure la sentenza n. 273 del 2010 e l'ordinanza n. 317 del 1996). Si è rilevato, altresì, nella medesima occasione, che, in linea di principio, neppure può tradursi in una questione di legittimità costituzionale della norma incriminatrice il rilievo che altre condotte, diverse da quelle individuate come fatti di reato dal legislatore, avrebbero dovuto essere a loro volta incriminate per ragioni di parità di trattamento o in nome di esigenze di ragionevolezza. «La mancanza della base legale – costituzionalmente necessaria – dell'incriminazione, cioè della scelta legislativa di considerare certe condotte come penalmente perseguibili, preclude radicalmente la possibilità di prospettare una estensione ad esse delle fattispecie incriminatrici attraverso una pronuncia di illegittimità costituzionale» (sentenza n. 447 del 1998). In altre parole, ove pure, in ipotesi, la norma incriminatrice (non qualificabile come norma penale di favore) determinasse intollerabili disparità di trattamento o esiti irragionevoli, il riequilibrio potrebbe essere operato dalla Corte solo "verso il basso" (ossia in bonam partem): non già in malam partem, e in particolare tramite interventi dilatativi del perimetro di rilevanza

penale (sulla inammissibilità di questioni in malam partem basate sulla denuncia di violazione dell'art. 3 Cost., ex plurimis, sentenza n. 411 del 1995; ordinanze n. 437 del 2006 e n. 580 del 2000).

La questione della quale oggi si chiede a codesto Tribunale di investire la Corte è profondamente diversa da quella allora rimessa dal Tribunale di Catanzaro e sopra illustrata, sostanzialmente perché l'art. 1 comma 1 lettera b non ha ristretto o modificato l'art. 323 c.p. ma lo ha interamente abrogato. Nella sentenza sopra rassegnata la Corte rigetta la questione perché la sentenza di accoglimento avrebbe determinato il ritorno in vigore di un art. 323 c.p. differente (nella sua formulazione originaria) rispetto a quello vigente, che per effetto di una precisa scelta del legislatore, era ancorato a parametri di maggiore certezza. Il bene sotteso all'art. 323 c.p., però, ovvero la imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione, rimaneva comunque protetto sebbene con una scelta di politica criminale che aveva ancorato la condotta penalmente rilevante del pubblico ufficiale alla sussistenza di elementi meglio delineati che rendevano il precetto aderente ai canoni previsti dalla Carta Costituzionale. Nel caso che qui interessa, il potere legislativo non ha ristretto o modificato l'art. 323 c.p. ma lo ha interamente eliminato, determinando, come detto sopra una irragionevole disparità di trattamento.

Non si chiede in questo caso la riespansione di una norma vigente il cui ambito è stato ristretto (abrogato) per una precisa scelta di politica criminale ma si chiede alla Corte di intervenire e valutare se l'art. 1 comma 1 lettera b della legge 114/24 (perché è questa la norma che si reputa illegittima) che ha interamente abrogato l'art. 323 c.p. sia rispettoso dei precetti costituzionali o, a contrario, abbia creato situazioni di privilegio, violando al contempo gli obblighi internazionali. Laddove si dovesse ritenere preclusa la questione, interpretando come assoluto il divieto di decisione in malam partem, si avrebbe un legislatore *legibus solutus* nella legiferazione abrogativa, diverso da quello previsto dalla stessa Costituzione.

In ragione di quanto sopra detto, l'eventuale pronuncia di accoglimento non determinerebbe la nascita di nuove norme, ipotesi questa non percorribile perché determinerebbe una ingerenza sul potere legislativo non consentita, ma la eliminazione di una norma anticostituzionale per violazione dei principi costituzionali consacrati negli artt. 3,4,34,97, 117 della Cost.

3.1. Illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 lett. b della legge 9 agosto 2024 n. 114 per violazione degli artt. 3-4-34-97-117 secondo comma lett. m Cost.

Il reato di abuso di ufficio è (era) una norma di chiusura nel novero dei reati contro la Pubblica Amministrazione, diretta a tutelare non solo l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione e quindi la trasparenza dell'azione amministrativa ma anche il cittadino, laddove lo stesso venga danneggiato dalla condotta *contra legem* del pubblico ufficiale; il reato si perfeziona alternativamente a seconda che il funzionario pubblico abbia procurato a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o abbia arrecato a terzi un danno ingiusto o ancora abbia omesso di astenersi in presenza di una situazione di conflitto di interesse. Di particolare importanza per le imputazioni che in questa sede ci riguardano è l'accezione di danno ingiusto che contempla sia il danno patrimoniale sia quello non patrimoniale. Infatti, mentre l'ingiusto vantaggio può essere soltanto patrimoniale, il danno per il terzo può consistere in qualunque ingiusta aggressione della sfera personale. Nel 2020 con la legge del 16 luglio, l'art. 23 restringeva l'area di applicazione dell'art. 323 c.p. ritenendo penalmente rilevante solamente la violazione di quelle specifiche regole di condotta disciplinate da leggi o atti aventi forza di legge per la cui applicazione non

residuava alcun margine di discrezionalità. Come già anticipato, in data 9 agosto 2024 entrava in vigore la legge 114, che abrogava l'abuso di ufficio *tout court*.

Riprendendo quanto detto sopra in merito alle c.d. norme penali di favore e ai casi nei quali la Corte Costituzionale eccezionalmente ammette le predette quale *petitum* per la propria valutazione di legittimità, ci si appresta adesso ad illustrare come l'art. 1 comma 1 lett.b della Legge 9 agosto 2024 n.114 (Gazzetta Ufficiale n. 187 del 10 agosto 2024) che ha abrogato l'abuso di ufficio abbia violato l'art. 3, 97 Cost. creando da un lato un vuoto di tutela e contestualmente una disparità di trattamento, irragionevole, rispetto ad analoghe situazioni giuridiche che, invece, trovano tutela in altre norme del codice come l'art. 353 e o 353 bis c.p. (circostanza questa che investe in modo particolare il pendente processo).

Non si può in questa sede tacere la posizione assunta dalla Cassazione in questi ultimi anni in merito a quei processi aventi ad oggetto le condotte dirette ad alterare le procedure concorsuali bandite negli atenei ai sensi dell'art. 18 o 24 della Legge 240/10, c.d. Legge Gelmini. Sul punto, si rammenta la sentenza della Corte di Cassazione n.32319/23 del 24 maggio 2023 che esclude l'applicazione dell'art. 353 o 353 bis c.p. alla disciplina dei concorsi universitari così motivando: *“La formula semantica utilizzata dal legislatore “gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private” è chiara e non può essere ricondotta all'interno della fattispecie ciò che ad essa è aliunde come appunto le procedure concorsuali per l'assunzione da parte dello Stato e delle sue articolazioni”*.

Né a tal scopo, scrive la Corte, può essere applicato l'art. 353 bis che ha il medesimo oggetto giuridico dell'art. 353 c.p. e che a differenza di quest'ultimo ha solo la funzione di anticipare la soglia del penalmente rilevante ad un momento antecedente lo svolgimento della gara stessa. *(La norma in questione quindi non amplia il concetto di “pubblici incanti o licitazioni private” per farvi confluire una materia, quella dei concorsi che è esterna rispetto all'art. 353 o 353 bis c.p.)*. Conclude la Corte di Cassazione escludendo che il reato di cui all'art. 353 o 353 bis c.p. possa essere suscettibile di applicazione alla materia che disciplina la immissione in ruolo dei professori, regolata quasi interamente dalla c.d. Legge Gelmini: *“i fatti in esame (cioè le procedure concorsuali) non possono essere ricondotti alla fattispecie di turbata libertà degli incanti ma al più al reato di abuso di ufficio purché ne siano sussistenti i presupposti”*.

Un indirizzo sancito anche da pregresse pronunce della Corte di Cassazione, alle quali per altro si è uniformato uno dei due giudici della udienza preliminare di questo procedimento, che per tale ordini di ragioni emetteva il decreto che dispone il giudizio riqualificando le condotte contestate ai sensi dell'art. 353 bis c.p. in art. 323 c.p.. Sinteticamente, secondo la ultime pronunce, le citate procedure concorsuali non possono, in alcun modo, rientrare nel novero di quelle previste ai sensi dell'art. 353 o 353 bis c.p., non essendo i concorsi in questione dei bandi; trovano invece la loro collocazione naturale nell'alveo dell'art. 323 c.p. Appare quanto mai evidente che l'abrogazione dell'art. 323 c.p. crea quindi delle significative, quanto irragionevoli, disparità di trattamento e vuoti di tutela non altrimenti colmabili; **in violazione dell'art. 3 della Costituzione** tutte quelle procedure amministrative che non possono essere qualificate “Bandi o atti equipollenti” (basti pensare agli affidamenti diretti oltre che a tutte le procedure concorsuali indette della Pubblica Amministrazione) non riceveranno più alcuna tutela. Si aggiunga per altro che la scelta di agire con una modalità concorsuale (sia essa gara o concorso) piuttosto che con un affidamento o chiamata diretta, è rimessa alla legge o alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione che potrebbe quindi scegliere la formula *più sicura*, fuori dal perimetro del penalmente rilevante, con il rischio di dare vita a “zone franche” sottratte ad ogni forma di controllo, anche costituzionale.

Ne discende che l'imprenditore interessato ad un lavoro pubblico, il professore che prende parte ad una procedura di chiamata (nel caso che qui ci interessa), in presenza di una violazione di legge ad opera del Pubblico Funzionario, non avrà alcuna forma di tutela a differenza dell'imprenditore che invece partecipa ad una procedura indetta con bando. Sebbene le due situazioni siano identiche e sottese alla tutela dei medesimi beni giuridici (**buon andamento della pubblica amministrazione, trasparenza dell'agire della Pa e tutela del cittadino**), eguale non è la risposta dello Stato nel garantire in entrambi i casi una adeguata protezione, dal momento che la condotta del pubblico ufficiale che opera in una procedura amministrativa rilevante ai sensi dell'art. 353 o 353 bis c.p. è qualificabile come reato mentre la medesima condotta, quando investe un concorso o un affidamento diretto non lo è, senza che questa disparità di trattamento risponda ad un canone di ragionevolezza (**art.3 cost.**). **L'art 1 comma 1 lett.b della Legge 9 agosto 2024 n.114 (Gazzetta Ufficiale n. 187 del 10 agosto 2024) abrogando quindi l'abuso di ufficio viola in tal senso tanto l'art. 3 Cost. quanto l'art. 97 e art. 4 della Cost, quest' ultimo nella parte in cui prevede che la Repubblica promuove le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro.** Avere sottratto all'area del penalmente rilevante gli affidamenti diretti e tutte le procedure concorsuali indette dalla PA, creando delle situazioni di privilegio, espone i piccoli imprenditori che accedono solitamente a procedure di affidamento diretto (a differenza delle grosse realtà imprenditoriali che partecipano alle gare indette con bando) e un numero indefinibile di cittadini che partecipano ai concorsi pubblici a condotte "abusanti del funzionario pubblico" non creando quelle condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro quanto semmai il contrario.

La tutela della imparzialità e trasparenza della PA e quindi la necessità di un controllo nei confronti dell'operato della Pubblica Amministrazione e della tutela del cittadino di fronte ad abusi sono beni primari che non possono essere cedevoli ad una speditezza della stessa Pubblica Amministrazione in una tensione normativa, oggi diretta ad evitare la c.d. " fuga dalla firma" (ovvero il timore di procedimenti penali che avrebbe comportato una deresponsabilizzazione dei pubblici funzionari e quindi un rallentamento dell'attività amministrativa).

Ma vi è di più. Avere abrogato l'abuso di ufficio innalza il pericolo di condotte devianti dell'agire pubblico con conseguenze assolutamente differenti a seconda che il privato sia vittima o beneficiario della condotta illecita del funzionario, posizione quest' ultima per la quale non avrebbe interesse alcuno ad agire in via amministrativa. Questo determina irrimediabilmente una violazione proprio di quel bene che l'abrogazione dell'abuso ufficio aveva nelle sue intenzioni di tutelare ovvero il buon andamento della Pubblica Amministrazione. Una pubblica amministrazione efficiente non è solo veloce ma anche imparziale e trasparente, caratteristiche senza le quali l'agire del funzionario pubblico diventa mero arbitrio. Proprio la Corte Costituzionale, nella sentenza sopra citata n. 8/22 sottolinea l'importanza del reato di abuso di ufficio nel panorama normativo e nella piattaforma dei reati contro la pubblica amministrazione *«la figura criminosa dell'abuso d'ufficio, assolvendo una funzione "di chiusura" del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, rappresenta, infatti, il punto saliente di emersione della spigolosa tematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa: tematica percorsa da una perenne tensione tra istanze legalitarie, che spingono verso un controllo a tutto tondo, atto a fungere da freno alla mala gestio della Cosa pubblica, e l'esigenza di evitare un'ingerenza pervasiva del giudice penale sull'operato dei pubblici amministratori, lesiva della sfera di autonomia ad essi spettante. Al tempo stesso, si tratta di fattispecie caratterizzata da congeniti margini di elasticità, generatori di persistenti problemi di compatibilità con il principio di determinatezza».* *«i pubblici funzionari si astengono, cioè,*

dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumere altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma").

L'impossibilità quindi di ritenere applicabili ai concorsi pubblici l' art. 353 e 353 bis c.p. (e non solo a quelli universitari ma a tutti i concorsi pubblici indetti dalla Pubblica Amministrazione ad ogni livello e per ogni settore) in uno alla abrogazione dell'art. 323 c.p. (articolo come detto più volte ritenuto applicabile dalla Cassazione per quelle procedure non rientrabili nel novero di quelle previste dall'art. 353 o 353 bis c.p.) determina un vuoto normativo incolmabile e i cittadini, esposti, non avranno più alcuna difesa, in spregio anche allo stesso **art. 34 Cost.** che tutela i **capaci e meritevoli anche se privi mezzi e lo stesso art.3 Cost.**, atteso che il **discrimen** nella piena realizzazione del diritto allo studio e alla realizzazione personale non sarà più il merito ma il possesso di mezzi economici adeguati per accedere a forme di tutela diverse da quelle penali. Se certamente è vero come dice la Cassazione nella sentenza sopra citata che la tutela penale non è l'unico rimedio possibile in situazioni di abuso, occorre rammentare che i procedimenti amministrativi o civili rispondono ad altre logiche e in nessun modo possono dare attuazione all' art. 97 cost soprattutto laddove sia il cittadino, come detto sopra, ad essere beneficiario dell'agire illecito della Pubblica Amministrazione. Solo l'instaurazione di un procedimento penale assicura, proprio grazie allo svolgimento delle indagini, l'accertamento di dinamiche criminali o interessi sottesi alle procedure amministrative, la cui veste formale potrebbe addirittura superare con esito positivo un giudizio amministrativo.

I principi di cui all'art. 97 Cost. in uno alla necessità di prevenire eventi "abusanti" o di corruzione proprio nel settore dei concorsi pubblici trova un esplicito richiamo anche negli artt. 15 e 16 della c.d. legge anticorruzione n. 190/2012 nella quale è chiaramente sancito che la **trasparenza della Pubblica Amministrazione costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'art. 117 secondo comma lettera m) Cost.**

15. Ai fini della presente legge, la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, secondo quanto previsto all'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali. Nei siti web istituzionali delle amministrazioni pubbliche sono pubblicati anche i relativi bilanci e conti consuntivi, nonché i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini. Le informazioni sui costi sono pubblicate sulla base di uno schema tipo redatto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che ne cura altresì la raccolta e la pubblicazione nel proprio sito web istituzionale al fine di consentirne una agevole comparazione.

16. Fermo restando quanto stabilito nell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come da ultimo modificato dal comma 42 del presente articolo, nell'articolo 54 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, nell'articolo 21 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e successive

modificazioni, e nell'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, le pubbliche amministrazioni assicurano i livelli essenziali di cui al comma 15 del presente articolo con particolare riferimento ai procedimenti di:

- a) autorizzazione o concessione;
- b) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
- c) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati;
- d) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'articolo 24 del citato decreto legislativo n. 150 del 2009.

Ed ancora, sulla trasparenza della PA nei concorso pubblici, l'ANAC non manca di sottolineare, nella delibera n. 1208/2017, la necessità di adottare tutte le misure atte a prevenire eventi corruttivi nelle procedure concorsuali facendo un chiaro riferimento proprio agli Atenei e all'art. 24, comma 6 l. n. 240/2010 che prevede una procedura c.d. riservata. Trattandosi di una procedura che vede come possibili partecipanti solo i professori del medesimo ateneo che bandisce il concorso risulta meritevole di una maggiore attenzione essendo questi concorsi più esposti rispetto ad altri al rischio di condotte *abusanti*. La norma di legge, è notorio al Collegio e alle parti di questo processo, è espressamente richiamata nei capi di imputazione dei concorsi indetti con tale procedura.

Sulla importanza dell'abuso di ufficio nel nostro sistema penale come norma di chiusura dei reati contro la PA e sulle conseguenze della sua abrogazione si riporta un commento di Gian Luigi GATTA¹: *Con la sentenza che può leggersi in allegato, la Sesta Sezione della Corte di cassazione ha escluso che integrino il delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) le condotte minacciose, collusive e fraudolente tenute durante l'espletamento delle procedure di concorso per il reclutamento dei professori universitari. La "turbativa" dei concorsi per i professori universitari (naturalmente, fuori dalla più grave ipotesi di corruzione) può al più integrare il reato di abuso d'ufficio: un reato che però è oggi "un morto che cammina" dopo la presentazione al Senato del disegno di legge proposto dal ministro Nordio, che ne prevede l'abolizione. Di qui, a ulteriore conferma delle perplessità che suscita quella proposta, un possibile quanto evidente vuoto di tutela che si prospetta....*
5. *La decisione della Cassazione, fedele al principio di legalità, va salutata con favore perché mostra di fare sul serio con i principi e le garanzie costituzionali. Al tempo stesso, la sentenza pone, al legislatore – che ha il monopolio delle scelte politico-criminali – il problema della rilevanza penale delle condotte di "turbativa" dei concorsi universitari realizzate, fuori dai casi di corruzione, per avvantaggiare o per danneggiare un candidato.... In un Paese che fatica a riconoscere il merito – nonostante un Ministero sia oggi intitolato, appunto, all'Istruzione e al Merito – e nel quale malcostume e malaffare nella pubblica amministrazione non sono rarità – purtroppo, talora, anche nelle università – desta preoccupazione l'idea di un vuoto di tutela penale come quello che si prospetta leggendo la sentenza qui brevemente annotata. ... L'assenza di un presidio penalistico è grave in chiave di prevenzione, prima che di repressione. Dopo questa sentenza, e con un*

¹ (fonte https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1692629884_gatta-1-fasc-7-82023.pdf)

abuso d'ufficio moribondo, ad avere meno "paura della firma" saranno non i sindaci, ma i professori commissari di concorso che non rispettano le regole e il merito.

3.2 Illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 lett. b della legge 9 agosto 2024 n.114 per violazione dell' art. 117 comma 1 Cost. in relazione agli artt. 5, 7, comma 4, 19 e 65 comma 1 e 2 della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (cd. Convenzione di Merida).

L'entrata in vigore dell'art.1 comma 1 lettera b della legge 9 agosto 2024 che abroga il reato di abuso di ufficio costituisce altresì una grave violazione **degli obblighi internazionali di cui all'art. 117 comma 1 Cost.** (La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dai vincoli derivanti dall' ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali) discendenti, nel caso di specie, dalla **Convenzione Onu di Merida** contro la corruzione **adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato Italiano il 9 dicembre 2003,** ratificata dall'Italia con legge del 3 agosto 2009 n. 116, entrata in vigore il 15 agosto dello stesso anno.

Principi cardini e obblighi precisi discendono dalla Convenzione di Merida (fonte del diritto internazionale e vincolante per gli Stati contraenti) che lo Stato italiano non può in alcun modo disattendere.

Al Capitolo II della Convenzione intitolato " Misure preventive" **Part. 5** dispone al punto n. 1 e 2 che *"Ciascuno Stato Parte elabora e applica o persegue, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, delle politiche di prevenzione della corruzione efficaci e coordinate che favoriscano la partecipazione della società e rispecchino i principi di stato di diritto, di buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, d'integrità, di trasparenza e di responsabilità. 2. Ciascuno Stato Parte si adopera al fine di attuare e promuovere pratiche efficaci volte a prevenire la corruzione"* ed ancora **per il settore pubblico Part. 7 al comma n. 4:** *" Ciascuno stato si adopera, conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, al fine di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse".*

Gli articoli di legge, chiari nel loro contenuto, costituiscono un impegno che lo Stato Italiano ha assunto nella lotta alla corruzione di fronte alla Comunità internazionale, che si tramuta in un obbligo ad adottare sistemi efficaci di prevenzione e controllo. Non vi è chi non veda che la trasparenza della azione amministrativa è un bene giuridico tutelato oltre che nella nostra Costituzione anche dalle fonti di diritto internazionali. L'Italia, ratificando la Convenzione, quindi si è impegnata a **mantenere (oltre che rafforzare) i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse.**

Ma vi è di più, al capitolo Terzo della Citata Convenzione *"Incriminatione, individuazione e repressione"* **Part. 19 intitolato " abuso di ufficio"** recita *" Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un'altra persona o entità.*

Ed infine giova richiamare gli obblighi che discendono **dall'art. 65** qui di seguito riportato:
"1. 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. 2. Ciascuno Stato Parte può adottare misure più strette o severe di quelle previste dalla presente Convenzione al fine di prevenire e combattere la corruzione".

Alla luce di quanto sopra illustrato, nessun dubbio può sussistere sulla efficacia vincolante e immediata applicazione dell'art. 5, 7 comma 4 e art. 65.

Dal combinato disposto dell'art. 7 comma 4 nella parte in cui lo Stato si adopera a **MANTENERE** *i sistemi che favoriscono la trasparenza* e dell'art. 65 che impone allo Stato di adottare se ritiene **MISURE ANCHE PIÙ RESTRITTIVE** di quelle previste dalla Convenzione, in uno all'art. 19 che richiama espressamente il reato di abuso di ufficio, ne discende un obbligo di **mantenimento** (rectius non abrogazione) di quelle misure già presenti nella legislazione italiana e dirette a tutelare la trasparenza della PA.

In forza di questo principio non è dato comprendere come l'abrogazione dell'abuso di ufficio si ponga in relazione alle norme sopra richiamate e in particolare in relazione all'art. 65 n. 2 nella parte in cui lo stato può adottare misure più strette e severe di quelle previste dalla Convenzione al fine di prevenire e combattere la corruzione. L'eliminazione del panorama normativo dell'abuso di ufficio, per quanto sino ad ora detto, non può essere letto in una ottica di rafforzamento e prevenzione della corruttela e dei comportamenti abusanti della Pubblica Amministrazione, come previsto e preteso dalla Convenzione sopra citata, quanto semmai il contrario. Dalla portata delle norme sopra citate discende quindi un obbligo di **mantenimento/non abrogazione** delle norme poste a tutela della trasparenza e funzionali alla lotta alla corruzione per due ordini di ragioni qui sintetizzate:

- 1) Abrogare il reato di abuso di ufficio e quindi rendere penalmente irrilevanti tutte quelle procedure amministrative che non trovano tutela in altre norme penali, come sopra rassegnato, viola l'art.7 della Convenzione nella parte in cui lo stato si adopera a *mantenere i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse*".
- 2) Abrogare l'abuso di ufficio viola il precetto normativo, fonte di obbligo, di cui all'art. 65 della Convenzione che consente all'Italia di adottare misure più severe di quelle previste dalla Convenzione, dalla quale discendo l'ovvio principio di non abrogare quelle esistenti.

Rispetto degli obblighi internazionali anche nella parole dal Presidente Emerito della Corte Costituzionale Giorgio Lattanzi in occasione dell'audizione² del 19 settembre 2023 presso la Commissione Giustizia del Senato sul disegno di legge 808 in merito alla proposta di abrogazione del reato di abuso di ufficio non manca di sottolineare non solo il vuoto di tutela ma anche l'effetto nei rapporti internazionali, a fronte, tra l'altro, della convenzione ONU contro la corruzione, che impegna gli Stati membri a prevedere come reato l'abuso d'ufficio *"È possibile, mi chiedo, dare una patente di liceità a condotte, violative di leggi, che intenzionalmente siano economicamente vantaggiose per l'autore o ingiustamente dannose per altri? Quale sarebbe il significato del messaggio inviato alla collettività nazionale e l'effetto nei rapporti internazionali, a fronte, tra l'altro, della convenzione ONU contro la corruzione, che impegna gli Stati membri a*

² <https://comunicazione.camera.it/archivio-prima-pagina/18-23471>

prevedere come reato l'abuso d'ufficio? Senza considerare la conseguente questione di legittimità costituzionale per la violazione dell'obbligo internazionale la cui osservanza è imposta dall'art. 117 Cost. Nella stessa linea della convenzione ONU si muove la recente proposta di direttiva europea sulla lotta alla corruzione, che all'art. 11 impegna gli Stati membri a prevedere come reato l'abuso d'ufficio. L'indirizzo opposto del d.d.l. n. 808 è stato già censurato in sede europea, tanto che come ricorda il quotidiano La Stampa del 16 settembre la Commissaria agli affari interni dell'Unione Europea, la svedese Ylva Johanson è tornata «ad avvisare il Governo italiano sui rischi che le modifiche normative in questione possano "influire sull'efficacia dell'individuazione e del contrasto della corruzione"». E ha ribadito «che il reato di abuso d'ufficio è uno strumento importante, anche perché riguarda l'esercizio di funzioni pubbliche per conseguire un vantaggio personale». In realtà, a quanto risulta da numerose dichiarazioni in sede politica, la vera ragione della proposta governativa, più che nello squilibrio tra iscrizioni nel registro delle notizie di reato e condanne e nel perseguito recupero di risorse al sistema, è costituita dalle pressanti richieste degli amministratori pubblici e in particolare dei sindaci, molti dei quali per denunce infondate acquistano la temuta definizione di indagati. Si dice che gli amministratori pubblici hanno "paura della firma" e che ciò paralizza o ritarda l'azione amministrativa, nel timore dell'apertura di procedimenti penali. Riprendendo un aggettivo usato per i medici si parla di "burocrazia difensiva" o di "amministrazione difensiva", cioè di comportamenti accompagnati da cautele eccessive che intralciano il normale procedere amministrativo. Ma basta ciò per cancellare un reato? È come se per assicurare i sanitari che molto spesso subiscono denunce infondate da parte dei loro pazienti, per l'esito infausto del trattamento subito, si stabilisse che non si può procedere nei loro confronti per il reato di lesioni colpose. Molto spesso, come gli amministratori pubblici, anche i magistrati per le denunce infondate relative ai loro processi vengono a trovarsi nella sgradevole e ingiustificata posizione di indagati, ma non mi risulta che per evitare ciò abbiano chiesto l'abrogazione dell'art. 323 c.p., ben consapevoli che un'abrogazione si giustificerebbe solo se per le sue caratteristiche la fattispecie non dovrebbe costituire reato. Ma certo non ha queste caratteristiche la condotta del pubblico ufficiale che, in violazione di specifiche regole di legge, procura intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto.Per concludere ferme le considerazioni svolte sull'abrogazione del reato di abuso d'ufficio mi sembra che anche le giustificazioni addotte muovano da una situazione di fatto che sta mutando e che giustificerebbe un supplemento di riflessione, in attesa anche di una definizione del quadro internazionale.

Analoghe conclusioni in occasione della audizione del Presidente dell'ANAC. ³Avv. BUSIA sulla proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione – Com (2023) 234 del 3 maggio 2023 - presso la XIV Commissione – Politiche dell'Unione europea della Camera dei Deputati laddove richiama la convenzione di Merida e il preoccupante vuoto di tutela derivante dall'abrogazione del reato di abuso di ufficio (In secondo luogo, è rilevante che la proposta di direttiva, in coerenza con le disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), adottate dall'Assemblea generale dell'ONU a Mérida il 31 ottobre del 2003, dedichi un'ampia sezione alla prevenzione della corruzione; un ambito di attività nel quale l'Italia risulta aver già conseguito progressi di tale portata da poter autorevolmente proporsi come modello per i

³ <https://www.anticorruzione.it/-/audizione-sulla-proposta-di-direttiva-del-parlamento-europeo-e-del-consiglio-sulla-lotta-contro-la-corruzione-com-2023-234-del-3-5-2023-presso-la-xiv-commissione-politiche-dell-unione-europea-della-camera-dei-deputati.-camera-dei-deputati-18-luglio-2023>

partners europei. Per quanto concerne, invece, il reato di abuso d'ufficio, l'attuale formulazione della fattispecie di cui all'articolo 323 c.p. è il risultato dell'intervento di modifica effettuato con il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, che, pur mantenendo la struttura del reato delineata dalla riforma del 1997, ha ulteriormente delimitato la condotta incriminata, che presenta due modalità alternative, una incentrata su una specifica violazione di legge e l'altra sulla violazione di un obbligo di astensione. La prima modalità della condotta, in particolare, richiede la "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". Nel documento trasmesso alla II^o Commissione – Giustizia della Camera dei deputati si è già avuto modo di formulare alcune riflessioni sulla fattispecie, evidenziando anche una certa preoccupazione riguardo le criticità connesse ad un'eventuale abrogazione del reato di abuso d'ufficio o ad una sua depenalizzazione; preoccupazioni che risultano condivise anche dalla Commissione europea, secondo quanto si apprende dal citato Rapporto sullo Stato di diritto del 5 luglio scorso. Un'eventuale abrogazione del reato di abuso di ufficio, infatti, da un lato, potrebbe provocare un vuoto di tutela in relazione a quelle numerose condotte di mala administration o di collusione con interessi privati che non trovano copertura in altre norme penali, quali la mancata astensione in caso di conflitto di interessi e il favoritismo nei concorsi pubblici (si veda, in tal senso, una recente sentenza della Corte di Cassazione: Cass., Sez. 6, 16 giugno 2023, n. 262255), dall'altro potrebbe comportare il rischio di un disallineamento dell'ordinamento italiano rispetto alle previsioni delle Carte internazionali che impegnano gli Stati firmatari a valutare l'adozione delle misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale a condotte sostanzialmente ricomprese nell'abuso d'ufficio (si consideri, al riguardo, anche l'articolo 11 della proposta di direttiva ora in esame). Nel sopra richiamato documento trasmesso alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, tuttavia, si è anche evidenziato come l'intervento legislativo del 2020 non abbia del tutto risolto le criticità applicative della norma, come appare confermato dalle perduranti oscillazioni giurisprudenziali e, soprattutto, dalla tendenza di parte della giurisprudenza stessa ad ampliare nuovamente il perimetro del reato, ricomprendendovi, per esempio, le presunte violazioni dell'articolo 97 della Costituzione. Sulla base di tali valutazioni – tenuto conto della natura residuale e sussidiaria della fattispecie di abuso di ufficio, che si configura sostanzialmente come "reato di chiusura" – si condivide pertanto la necessità, da più parti espressa, che il Legislatore nazionale intervenga ulteriormente mediante una determinazione ancora più rigorosa e puntuale della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. e del suo ambito applicativo, mediante una riscrittura della norma volta ad una migliore definizione del perimetro del reato, senza tuttavia pervenire all'abrogazione dell'istituto.

Solo per comodità di consultazione si riporta il testo dell'art. 11 della **proposta di Direttiva 2023/135 del 3 maggio 2023**⁴ del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione:

Articolo 11

Abuso di ufficio

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;**

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0234>

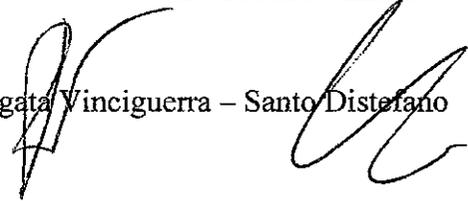
2. l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione di un dovere, da parte di una persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un'entità del settore privato nell'ambito di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo.

Alla luce di tutto quanto esposto, stante la rilevanza e la non manifesta infondatezza, si chiede a Codesto Tribunale di voler sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1 lett. b) della l. 9 agosto 2024 n.114 (G.U. n.187 del 10 agosto 2024 ed entrata in vigore il 25 agosto 2024) con il quale è stato abrogato l'art. 323 c.p. per violazione degli artt. 3, 4, 34, 97 e 117 comma 1 e comma 2 lettera m della Costituzione, davanti alla Corte Costituzionale.

Catania 30 settembre 2024

Il Pubblico Ministero

Raffaella Agata Vinciguerra – Santo Distefano



VXSTIO

Catania 30/9/24
S. Distefano


PROCURA DISTRETTUALE DELLA REPUBBLICA - CATANIA

Depositato in data 30 SET 2024

alle ore 08:33

L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO

Dott. Riccardo Massimino