



TRIBUNALE di BUSTO ARSIZIO
Sezione Penale

N° 115/23 r.g. Trib.
N° 7935/18 r.g.n.r.

Il Tribunale, in composizione collegiale, nelle persone dei Sigg. Magistrati

Giuseppe FAZIO
Rossella FERRAZZI
Marco MONTANARI

Presidente
Giudice
Giudice

all'udienza del 21 ottobre 2024 ha pronunciato la seguente

ORDINANZA DI SOSPENSIONE DEL PROCESSO E
TRASMISSIONE DEGLI ATTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE
(artt. 134 Cost. e 23 ss. l. 11 marzo 1953, n. 87)

Nel corso del dibattimento celebrato dal Tribunale di Busto Arsizio in composizione monocratica nei confronti di _____

ed _____ per il delitto previsto dagli artt. 61, n° 9, 110, 353 c.p., di _____
e _____ in ordine al delitto di cui agli artt. 61, n° 9, 110, 353-bis c.p.,
di _____ per il reato di cui all'art. 86, primo e secondo comma, del D.P.R. n.
570/60 e di _____ per il delitto previsto dagli artt. 61, n° 9, 110, 353 c.p., gli atti,
a seguito della contestazione *suppletiva* del delitto punito dagli artt. 56, 110 e 323 c.p.
operata all'udienza dibattimentale del 4 aprile 2024 *ex art.* 516 c.p.p. dal Pubblico
Ministero, *in via alternativa*, nei confronti dei soli imputati _____
ed _____ sono stati rimessi per competenza a questo
Collegio, per il prosieguo.

All'udienza del 15 luglio 2024 il Tribunale ha rigettato l'eccezione di nullità dell'ordinanza *ex art.* 33-*septies* c.p.p. adottata dal Giudice monocratico, frattanto avanzata con memoria dal difensore dell'imputata _____; al contempo, ha rigettato l'eccezione di indeterminazione del capo d'imputazione a seguito della contestazione *alternativa* formulata dal difensore dell'imputato _____ e la sua richiesta di immediata pronuncia assolutoria "perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato", avanzata sulla base della sola preannunciata - in quel momento - abrogazione dell'art. 323 *cit.*.

Alla successiva udienza del 27 settembre 2024, dopo l'entrata in vigore della legge 9 agosto 2024, n° 114 - il cui articolo 1, al comma 1, lett. *b*), ha abrogato l'art. 323 del codice penale e, al comma 1, lett. *a*), ha eliminato dal catalogo dell'art. 322-*bis* c.p. il riferimento al predetto articolo 323 - il Pubblico Ministero, facendo esplicito rimando ad analoghe questioni sollevate dalla Procura della Repubblica di Reggio Emilia e da una parte civile davanti al Tribunale di Firenze, ha sottoposto con memoria al Collegio e illustrato oralmente la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1 *cit.*, sostenendone la

incompatibilità con gli artt. 3, 97 e, soprattutto, 11 e 117 - 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) ed all'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati - della Costituzione della Repubblica (secondo quanto più in dettaglio sarà preso in esame *infra*).

La rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione, sostenute dal rappresentante della Pubblica Accusa, sono state contestate e negate dalle difese, che hanno insistito per la declaratoria di inammissibilità della questione di costituzionalità e per la pronuncia immediata di sentenza assolutoria ai sensi dell'art. 129 del codice di rito penale.

Il Tribunale si è riservato di decidere ed oggi, lette le ulteriori argomentazioni esposte dalle difese nella memoria depositata l'11 ottobre scorso, di tenere analogo a quelle utilizzate il 7 ottobre 2024 dal Tribunale di Reggio Emilia per rigettare la questione di costituzionalità posta dalla Procura della Repubblica reggiana, sciogliendo la riserva assunta, osserva quanto segue.

1. La rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

Deve anzitutto essere valutata *la rilevanza della questione di costituzionalità*.

A tal fine, merita di essere ricordato che essa riguarda solo la posizione degli imputati _____ e _____, giacché

- _____ è accusato *sub 1-bis* del delitto previsto dagli artt. 56, 110 e 323 c.p. per la ritenuta violazione dell'obbligo di astensione normativamente impostogli quale RUP della procedura selettiva finalizzata al conferimento di incarico professionale di consulenza per la municipalizzata _____ s.r.l. e, *in via alternativa*, di quello previsto dagli artt. 61, n° 9, 110 e 353 c.p., già contestatogli al capo 1 in concorso con _____ (giudicato separatamente e assolto in secondo grado "perché il fatto non sussiste" con sentenza della Corte d'Appello di Milano n° 440/24 del 19 gennaio 2024);

- _____ ed _____ sono accusati *sub 2-bis* del delitto di cui agli artt. 110 e 323 c.p. per via della ritenuta violazione da parte del primo dell'obbligo di astensione normativamente impostogli quale componente del Nucleo Valutativo della procedura selettiva per il conferimento dell'incarico di Dirigente per lo sviluppo organizzativo del Comune di _____ conclusasi in favore del secondo, e, *in via alternativa*, di quello previsto dagli artt. 61, n° 9, 110 e 353 c.p., già contestato loro al capo 2 in concorso con _____ e _____ (giudicati separatamente e assolti in secondo grado "perché il fatto non sussiste" con sentenza della Corte d'Appello di Milano n° 440/24 del 19 gennaio 2024);

- _____ e _____ sono accusati *sub 4-bis* del delitto di cui agli artt. 56, 110 e 323 c.p. per via della violazione da parte della donna dell'obbligo di astensione normativamente impostole quale componente della commissione preposta alla procedura selettiva per l'affidamento dell'incarico di Direttore Generale della municipalizzata _____ e, *in via alternativa*, di quello previsto dagli artt. 61, n° 9, 110 e 353 *bis* c.p., già contestato loro al capo 4 in concorso con _____ e _____.

(giudicati separatamente e assolti in secondo grado "perché il fatto non sussiste" con sentenza della Corte d'Appello di Milano n° 40/24 del 19 gennaio 2024¹),
mentre

- è accusato del reato di cui all'art. 86, primo e secondo comma, del D.P.R. n 570/60 e
- è accusato del delitto previsto dagli artt. 61, n° 9, 110, 353 c.p.

Fa presente poi il Collegio che secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale "il giudizio di rilevanza esige soltanto la dimostrazione della necessità, da parte del remittente, di fare applicazione della norma censurata nel processo a quo e non richiede invece la dimostrazione che l'accoglimento della questione sia effettivamente suscettibile di incidere sull'esito del processo medesimo. Ciò che è essenziale è, piuttosto, la dimostrazione che un eventuale accoglimento inciderebbe quanto meno sull'iter motivazionale della decisione (n° 25/2024 Cost.); i Giudici delle leggi hanno poi insegnato che "basta a fondare la rilevanza della questione il fatto che la pronuncia della Corte sulla disposizione censurata possa incidere sul percorso argomentativo che sosterrà la decisione del giudizio a quo": Corte Cost. n° 80/2024.

I Giudici della Consulta, peraltro, con riguardo al giudizio di rilevanza della questione di costituzionalità nel processo di merito ed all'impatto della eventuale pronuncia di incostituzionalità sulla formula di proscioglimento in concreto adottabile, avevano già avuto modo di affermare (sentenza n° 28 del 2010) 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...": in sintesi, la sola possibilità che l'accoglimento della questione di costituzionalità comporti un diverso iter motivazionale o l'adozione di formula assolutoria di tenore diverso implica la rilevanza della questione.

Applicando tali condivise regole di giudizio, questo Tribunale non dubita della rilevanza della questione sottoposta al suo vaglio.

Impregiudicata, ovviamente, ogni valutazione del merito delle accuse *alternativamente* mosse dal Pubblico Ministero, che sarà operata all'esito della discussione, infatti, evidenzia il Collegio come nel processo che ci occupa sia contestato *anche*, seppure *in via alternativa*, il delitto previsto dall'articolo 323 c.p. ancora vigente all'epoca della contestazione suppletiva; tale reato, nella forma consumata o meramente tentata, in caso di accoglimento della questione di costituzionalità proposta e della conseguente reviviscenza della fattispecie di reato abrogata, potrebbe, ad esito della prosecuzione del dibattimento, essere ritenuto sussistente (ad esempio, secondo quanto "suggerito" dalla Corte d'Appello di Milano nella sua sentenza n° 440/2024, ritualmente sottoposta al Collegio e la cui acquisizione ai sensi dell'art. 238 bis è già stata richiesta, in vista del suo prossimo passaggio in giudicato).

¹ Nella sua memoria depositata il 27 settembre 2024 il Pubblico Ministero ha reso esplicito che la contestazione alternativa del delitto previsto dall'abrogato articolo 323 c.p. "derivasse" dalla motivazione dei Giudici milanesi di secondo grado, che, assolvendo gli imputati di *quel* processo "perché il fatto non sussiste" dai contestati delitti di cui agli artt. 353 e 353 bis c.p. hanno affermato che le condotte contestate potessero essere ritenute di rilievo penale ai sensi dell'art. 323 c.p. e quindi configurare un *abuso d'ufficio*, secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità.

Ove anche, tuttavia, si dovesse, al contrario, pervenire all'assoluzione, l'accoglimento della questione implicherebbe l'adozione della formula assolutoria "perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato" – come, peraltro, già espressamente richiesto ai fini di cui all'art. 129 c.p.p. dalle difese – e non di quella fondata sull'*insussistenza* del fatto.

La depenalizzazione operata dall'art. 1 *cit.*, quindi, incide con tutta evidenza nel presente giudizio e la questione della sua compatibilità costituzionale è pertanto certamente rilevante.

Né potrebbe fondatamente ritenersi che tale questione non sia rilevante in questa fase "iniziale" del dibattimento.

Le parti hanno richiesto sentenza di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato *ex art.* 129 c.p.p. a seguito di abrogazione del delitto di cui all'art. 323 c.p.

A tal proposito, deve innanzitutto evidenziarsi che secondo la giurisprudenza più recente in caso di contestazione alternativa² ben potrebbe il Giudice pronunciarsi – evidentemente nell'ambito dello stesso processo – sulla insussistenza di una delle imputazioni e poi, nel prosieguo, in merito all'altra³.

Secondo questo orientamento, la questione di legittimità costituzionale diventerebbe, all'evidenza, assolutamente rilevante, in quanto sarebbe necessario sapere se il reato seppur alternativamente contestato sia stato *legittimamente* abrogato.

Qualora invece si ritenesse che la contestazione alternativa, riguardando il medesimo fatto storico, impedisse una decisione autonoma su ognuna delle due imputazioni, la questione sarebbe ugualmente rilevante.

Infatti, nel caso in cui permanesse nel nostro ordinamento il delitto di cui all'art. 323 c.p. l'istanza *ex art.* 129 c.p.p. andrebbe rigettata in quanto, nonostante la produzione da parte delle difese della menzionata sentenza della Corte d'Appello di Milano n° 40/24 del 19 gennaio 2024, non essendo ancora iniziata l'attività istruttoria, questo Collegio non potrebbe addivenire ad una pronuncia che attesti l'evidenza della insussistenza del fatto o della sua irrilevanza penale.

Al contrario, nel caso in cui venisse riconosciuta la legittimità costituzionale dell'abrogazione, la richiesta non potrebbe trovare accoglimento *immediato*, poiché, a fronte della contestazione alternativa, la sussistenza di uno dei reati escluderebbe la sussistenza dell'altro: non sarebbe possibile giudicare immediatamente soltanto la parte dell'imputazione riguardante l'art. 323 c.p. senza valutare in contemporanea la sussistenza alternativa dell'altro reato contestato.

Senza dire che la decisione sulla compatibilità costituzionale dell'art. 1 *cit.* e dunque della avvenuta abrogazione dell'art. 323 c.p. avrebbe un impatto immediato e diretto sul dibattimento, del quale orienterebbe con tutta evidenza lo svolgimento, sin

² Il Tribunale ha già avuto modo di ricordare la legittimità della contestazione di imputazioni alternative. La Corte di Cassazione, infatti, ha avuto modo di insegnare – con convincente ragionamento ermeneutico, che, ad avviso del Collegio, vale anche per le contestazioni "suppletive" – che "in presenza di una condotta dell'imputato tale da richiedere un approfondimento dell'attività dibattimentale per la definitiva qualificazione dei fatti contestati, è legittima la contestazione, nel decreto che dispone il giudizio, di imputazioni alternative, costituite dall'indicazione di più reati o di fatti alternativi, in quanto tale metodo, ponendo l'imputato nella condizione di conoscere esattamente le linee direttrici sulle quali si svilupperà il dibattito processuale, risponde ad un'esigenza della difesa": Cass. III, 11 luglio 2023, n° 46880, rv. n° 285378 - 01; conf. n° 10109 del 2007, rv. 236107 - 01; n° 2112 del 2008, rv. n° 238636 - 01; n° 38245 del 2004, rv. n° 230373 - 01; n° 51252 del 2014, rv. n° 262121 - 01.

³ Cfr. *ex plurimis*, Cassazione penale sez. V, 08/09/2023, n.40990.

dalla fase dell'ammissione delle prove (la rilevanza delle quali sarebbe condizionata dal perimetro, più o meno ampio, dell'imputazione).

Per tali ragioni, quindi, la questione di legittimità costituzionale della norma che ha abrogato il delitto di abuso d'ufficio, sottoposta all'esame di questo Collegio, è assolutamente rilevante nel processo.

2. La possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale che possa produrre potenziali effetti *in malam partem* nei confronti degli imputati.

L'art. 1 della legge 9 agosto 2024 n. 114, con la lettera b), ha abrogato - come detto - l'art. 323 c.p., con conseguente *abrogatio sine integrale abolitione* del reato di abuso d'ufficio, tenuto conto dell'antecedente introduzione, con l'art. 9 d.l. n° 92/2024, convertito con l. 112/2024, dell'art. 314-bis c.p. che sanziona le condotte di peculato per distrazione aventi ad oggetto denaro o cose mobili, prima riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 323 c.p.

A fronte delle modifiche richiamate, peraltro, i fatti di abuso (di vantaggio, di danno e le omesse astensioni in presenza di conflitti di interessi) - come le condotte contestate *in via alternativa* nel presente processo - e di peculato per distrazione relativo a beni immobili hanno perso rilevanza penale, con conseguente *abolitio criminis*.

Deve, anzitutto, in via preliminare, essere affrontata e risolta la problematica della ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, tenuto conto che si dubita di una norma che ha abrogato una fattispecie penale incriminatrice nei termini sopra ricordati.

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, con conseguenti effetti *in malam partem* (cfr. sentenza n. 330/1996; ordinanza n. 413/2008), contrastando a tale ripristino, di regola, il principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che riserva al solo legislatore (riserva assoluta di legge), la definizione dell'area di ciò che è da ritenersi penalmente rilevante.

Secondo la Corte, le norme penali più favorevoli (come nel caso che qui ci riguarda) sono 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 potrebbe produrre alcun effetto sul giudizio principale, stante il divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli.

Con il tempo, tuttavia, la Corte Costituzionale ha elaborato una serie, via via sempre più consistente, di deroghe ed eccezioni a tale principio, sino a giungere all'affermazione che le anzidette preclusioni non hanno e non possono avere carattere assoluto e generalizzato.

Ad opera del Giudice delle leggi, più in particolare, è stata negata l'esistenza di zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità delle leggi (cfr. Corte Cost. 37/2019) e, 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, la Corte ha esteso il proprio sindacato anche alle *c.d.* norme penali di favore, circoscrivendo un confine ben preciso all'interno del quale la stessa Corte può operare il suo giudizio.

Con la sentenza 394/2006, la Corte ha chiarito che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche *in malam partem*, delle c.d. norme penali di favore, definite quali norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni; secondo la Corte, è ammissibile il vaglio 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).

Secondo la Corte, *“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”*. In questo caso, l'effetto *in malam partem* è solo la conseguenza della rimozione di una situazione antiggiuridica creata da una norma lesiva dei parametri costituzionali.

Un controllo di legittimità con potenziali effetti *in malam partem* deve, altresì, ritenersi ammissibile quando ad essere censurato sia 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); 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 abrogasse 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”* (cfr. 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. (cfr. sentenza n. 28 del 2010 e 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 trovino nella Costituzione e nel diritto sovranazionale il loro fondamento e la loro salvaguardia.

Tali principi trovano piena espressione nella sentenza nr. 37 del 2019, in cui la Corte Costituzionale ha ricostruito, in maniera esaustiva e nel dettaglio, l'intera materia, partendo dal principio generale di esclusione di intervento con effetti *in malam partem* e indicando, di contro ed in deroga, i precisi ambiti in cui il sindacato costituzionale risulta invece pienamente ammissibile, a fronte della necessità di evitare la sussistenza di zone franche rispetto alla vigenza dei principi costituzionali (cfr. anche sentenza n. 40/2019).

Nella sentenza n. 8/2022 - con la quale sono state dichiarate infondate ed inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. sollevate in ordine all'art. 77 ed agli artt. 3 e 97 Cost. rispetto alla novella del 2020 che, in tema di abuso d'ufficio, ne aveva limitato la portata applicativa - la Corte Costituzionale, analizzate la genesi dell'art. 323 c.p. e le modifiche apportate nel tempo alla fattispecie dal legislatore, ha ribadito la preclusione di un intervento *in malam partem*, tenuto conto del principio di riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., ed ha escluso la natura di norma penale di favore dell'art. 323 c.p.

Come chiarito dalla Corte, la qualificazione come norma penale di favore non può discendere dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale: si tratta di una richiesta di sindacato *in malam partem* che non mira a far riesperire 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.

Nella sentenza in esame, sono poi dichiarate condivisibilmente inammissibili le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., evidenziando 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: come chiarito dalla Corte, 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.

Come osservato dalla Corte nella medesima pronuncia, 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*" (cfr. sentenza n. 447 del 1998).

Anche qualora 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 con interventi tali da ampliare il perimetro di rilevanza penale⁴.

Nel caso in esame, come si argomenterà, ritenuto che l'art. 323 c.p. non sia una norma penale di favore e condivisi i principi richiamati, 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, ipotesi che, quindi, consente il sindacato di legittimità costituzionale della Corte.

Costituisce, infatti, principio cardine dell'ordinamento giuridico italiano il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali previsti da trattati e dalla generalità del diritto internazionale pattizio, che ai sensi e nei limiti di cui all'art. 117, primo comma, Cost. vincola lo stesso potere legislativo, statale e regionale. Più in particolare, come emerge dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la Corte Costituzionale ha fissato il principio per cui l'esercizio della potestà legislativa dello Stato deve intendersi condizionato al rispetto degli obblighi internazionali.

Ancora, nella sentenza n. 37/2019, la Corte, analizzando le diverse ipotesi nelle quali sarebbe possibile un suo intervento in materia penale sostanziale *in malam partem*, ricorda che "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.»)...".

Tali principi sono ribaditi anche nella sentenza n. 40/2019 in cui la Corte osserva che "la giurisprudenza di questa Corte, ribadita anche recentemente (sentenze n. 236 del 2018 e n. 143 del 2018), ammette in particolari situazioni interventi con possibili effetti in *malam partem* in materia penale (sentenze n. 32 e n. 5 del 2014, n. 28 del 2010, n. 394 del 2006), restando semmai da verificare l'ampiezza e i limiti dell'ammissibilità di tali interventi nei singoli casi. Certamente il principio della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. rimette al legislatore «la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare» (sentenza n. 5 del 2014), ma non esclude che questa Corte possa assumere decisioni il cui effetto in *malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti, ma dalla semplice rimozione di disposizioni costituzionalmente illegittime. In tal caso, l'effetto in *malam partem* è ammissibile in quanto esso è una mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma costituzionalmente illegittima, la cui caducazione determina l'automatica riespansione di altra norma dettata dallo stesso legislatore (sentenza n. 236 del 2018)".

Alla luce dei principi invocati, pertanto, non vi è dubbio sulla possibilità per la Corte Costituzionale di intervenire con sentenza *in malam partem* nell'ipotesi in cui la disposizione penale favorevole sospettata di illegittimità costituzionale si ponga in contrasto - come nel caso di specie - con il parametro costituzionale di cui agli artt. 11 e 117 Cost.

⁴ 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.

Al contrario, non si ritiene ammissibile la questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 97 Cost., facendo rimando senza ipocrite parafrasi alle argomentazioni espresse dalla sentenza 8/22 della Corte Costituzionale.

3. La non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 11 e 117 Cost.

Nel momento in cui si deposita la presente ordinanza risulta che diversi altri Giudici si siano occupati della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 co. 1 lett. b) l. 114/2024 nella parte in cui abroga l'art. 323 c.p. per violazione degli artt. 11 e 117 co. 1 Cost.

In particolare, la predetta questione è stata sollevata con ordinanza del 24 settembre 2024 dal Tribunale di Firenze in composizione collegiale, con ordinanza del 30 settembre 2024 dal G.u.p. di Locri e con ordinanza del 3 ottobre 2024 dal G.u.p. di Firenze; al contrario, risulta che la questione sia stata dichiarata ammissibile, ma manifestamente infondata dal Tribunale di Reggio Emilia in composizione collegiale con ordinanza del 7 ottobre 2024; in un procedimento pendente presso il Tribunale di Catania, il P.M. ha poi chiesto di sollevare la medesima questione in data 30 settembre 2024, con decisione del Giudice non ancora nota.

Questo Collegio è quindi *inevitabilmente* chiamato a confrontarsi con le argomentazioni già sviluppate dai Giudici che si sono occupati della questione, le quali si sommano ai contributi che la dottrina ha offerto sia prima che dopo l'abrogazione del delitto di abuso d'ufficio, posto che il tema della legittimità costituzionale della novella legislativa è stato, fin dai lavori parlamentari, oggetto di vivace dibattito.

Ovviamente si dovranno poi considerare le argomentazioni sostenute dalle parti sia all'udienza del 27 settembre 2024, sia nelle memorie depositate dal P.M. nella medesima udienza e dalle difese congiuntamente in data 11 ottobre 2024.

In questo quadro, è ormai noto che l'attenzione degli interpreti si debba concentrare sull'art. 19 della Convenzione ONU di Merida del 2003 (rubricato "*Abuse of functions*" - "Abuso d'ufficio"), unica fonte normativa di rango internazionale, cogente per l'Italia, che contempla in termini espressi il reato di abuso d'ufficio.

È poi pacifico che il vero problema giuridico da affrontare non consista nel valutare se tale fonte internazionale preveda un obbligo positivo di introdurre *ex novo* negli ordinamenti nazionali il reato di abuso d'ufficio (interrogativo al quale giurisprudenza e dottrina forniscono in modo concorde una risposta negativa), bensì di comprendere se a livello internazionale sussista un obbligo c.d. "*di stand still*" o un "*divieto di regresso*" che precluda a uno Stato come l'Italia - che abbia sottoscritto la Convenzione di Merida e che già prevedesse nel suo ordinamento il reato di abuso d'ufficio prima della ratifica della predetta Convenzione - di abrogare il menzionato delitto.

La tematica deve essere affrontata con ordine.

In primo luogo, non vi è dubbio che l'art. 19 della Convenzione di Merida - alla quale è stata data esecuzione in Italia con la l. 116/09 - faccia riferimento proprio alla fattispecie di abuso d'ufficio.

La norma, infatti, nella sua versione italiana allegata alla l. 116/09 e rubricata proprio "abuso d'ufficio", dispone che "*ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure*

legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un'altra persona o entità"⁵.

Evidente è quindi la sovrapposibilità con la fattispecie che era prevista dall'art. 323 c.p. Il fatto che la Convenzione di Merida contempli proprio il reato di abuso d'ufficio è questione sulla quale tutti gli interpreti paiono concordare e che non vi è motivo di porre in dubbio, attesi il tenore letterale della norma convenzionale e di quella nazionale.

Come noto, il principale problema ermeneutico che rileva nel caso di specie è costituito dal grado di cogenza che l'art. 19 della Convenzione di Merida ha per gli Stati firmatari del trattato internazionale.

Il quesito si pone a causa dell'utilizzo nella norma dell'espressione "esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale" (nel testo inglese: "shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence"), espressione indubbiamente di non facile interpretazione.

Il primo strumento ermeneutico cui fare riferimento è sicuramente quello offerto dai paragrafi 11 e 12 delle *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, che si riportano di seguito:

"11. Nello stabilire le loro priorità, i redattori legislativi nazionali e gli altri decisori politici dovrebbero tenere presente che le disposizioni della Convenzione non hanno tutte lo stesso livello di obblighi. In generale, le disposizioni possono essere raggruppate nelle seguenti tre categorie:

(a) disposizioni obbligatorie, che consistono in obblighi di legiferare (in modo assoluto o quando sono soddisfatte determinate condizioni);

(b) Misure che gli Stati parti devono considerare di applicare o tentare di adottare;

(c) Misure facoltative.

12. Ogni volta che viene utilizzata l'espressione "ciascuno Stato Parte adotta", si fa riferimento a una disposizione imperativa. Altrimenti, il linguaggio utilizzato nella guida è "considererà l'adozione" o "si adopera per", il che significa che gli Stati sono invitati a prendere in considerazione l'adozione di una determinata misura e a compiere uno sforzo reale per vedere se sarebbe compatibile con il loro ordinamento giuridico. Per le disposizioni del tutto facoltative la guida utilizza il termine "può adottare"⁶.

⁵ Si riporta la norma nella sua versione inglese: "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".

⁶ Si riporta la versione inglese: "11. In establishing their priorities, national legislative drafters and other policymakers should bear in mind that the provisions of the Convention do not all have the same level of obligation. In general, provisions can be grouped into the following three categories: (a) Mandatory provisions, which consist of obligations to legislate (either absolutely or where specified conditions have been met); (b) Measures that States parties must consider applying or endeavour to adopt; (c) Measures that are optional. 12. Whenever the phrase "each State Party shall adopt" is used, the reference is to a mandatory provision. Otherwise, the language used in the guide is "shall consider adopting" or "shall endeavour to", which means that States are urged to consider adopting a certain measure and to make a genuine effort to see whether it would be compatible with their legal system. For entirely optional provisions, the guide employs the term "may adopt".

Dunque, tali paragrafi delle *Legislative guide* - che si collocano nella parte introduttiva delle stesse e pertanto devono essere considerati fondamentali strumenti interpretativi di tutte le norme della Convenzione - prevedono tre diversi gradi di cogenza delle disposizioni del trattato internazionale.

Come evidente, l'art. 19 della Convenzione di Merida, utilizzando l'espressione "*esamina l'adozione/shall consider adopting*", propone un grado di cogenza definibile come "intermedio": non pone dunque né un obbligo assoluto di legiferare (caratteristico dell'espressione "*ciascuno Stato Parte adotta/each State Party shall adopt*"), né una mera facoltà di legiferare (caratteristica dell'espressione "*può adottare/may adopt*"). Sono le stesse *Legislative guide* a provare a spiegare in cosa consista questo obbligo di livello intermedio: "*Gli Stati sono invitati a prendere in considerazione l'adozione di una determinata misura e a compiere uno sforzo reale per vedere se sarebbe compatibile con il loro ordinamento giuridico*".

Il mero tenore letterale di questa norma di interpretazione autentica porta a una immediata conclusione, che è incontestabile: prima della l. 114/2024, abrogativa del reato di abuso d'ufficio, lo Stato italiano era perfettamente adempiente all'obbligo "intermedio" posto dall'art. 19 della Convenzione di Merida, avendo - prima ancora della stessa sottoscrizione del Trattato internazionale - introdotto il reato di abuso d'ufficio (fattispecie presente nel nostro ordinamento fin dall'adozione del vigente codice penale, seppure più volte modificata nel corso degli anni con il fine di restringere la sua portata applicativa).

Si può quindi sostenere che lo Stato Italiano - prima ancora della ratifica della Convenzione di Merida e, quindi, a prescindere dalla stessa - aveva "preso in considerazione" la criminalizzazione della fattispecie di abuso d'ufficio, la quale era indubbiamente compatibile con il suo ordinamento giuridico (conclusione anche quest'ultima inconfutabile, posto che l'abrogazione del delitto è stata motivata da una scelta di politica criminale e non da un possibile contrasto del reato con la Costituzione).

Si tratta allora di comprendere se l'abrogazione della norma incriminatrice di cui all'art. 323 c.p. possa modificare questo (certo) giudizio di compatibilità del nostro ordinamento con la Convenzione di Merida.

La risposta a tale interrogativo non può fondarsi esclusivamente sul dato letterale dei menzionati paragrafi. 11 e 12 delle *Legislative guide* (utilizzati come canoni ermeneutici delle singole norme relative alla criminalizzazione poste nella Convenzione di Merida), considerato che gli stessi - seppure forniscano utili chiavi interpretative in prospettiva sistematica e teleologica - nel loro tenore lessicale sembrano riferirsi essenzialmente alla fase dell'adozione, *ex novo*, delle norme incriminatrici.

A tal proposito si consideri innanzitutto che l'utilizzo del verbo "*adottare/adopt*", unitamente alle espressioni "*deve, deve considerare di, può/shall, shall consider, may*" profila un obbligo *futuro* per gli Stati, nel senso che gli stessi "dovranno" (con verbo che deve essere declinato a seconda dei casi nei vari significati prima ricordati) introdurre le differenti fattispecie penali (o le altre misure) enucleate dalla Convenzione dopo la sua ratifica.

Questa lettura è confermata dal par. 6 delle *Legislative guide*, il quale costituisce la vera e propria norma di interpretazione autentica di tutto il sistema di criminalizzazione della Convenzione di Merida: esso è infatti l'unico paragrafo della sezione introduttiva delle *Legislative guide* inserito nella parte relativa alla "*Criminalization*".

Ebbene, tale norma chiarisce nella sua prima parte quale sia lo scopo, sotto il profilo strettamente penalistico, della Convenzione di Merida: *"La Convenzione richiede poi agli Stati parti di introdurre reati penali e altri reati per coprire un'ampia gamma di atti di corruzione, nella misura in cui questi non siano già definiti come tali dal diritto interno"*⁷.

La norma continua poi, da un lato, anticipando la già vista differenziazione, meglio dettagliata nei paragrafi 11 e 12 delle *Legislative guide*, tra reati da introdurre obbligatoriamente e reati la cui introduzione deve essere obbligatoriamente considerata, e, dall'altro lato, elencando una serie di condotte penalmente rilevanti prese in considerazione dalla Convenzione.

Il tenore letterale del par. 6 delle *Legislative guide* – che, come evidenziato, costituisce norma di interpretazione autentica della Convenzione di Merida – è chiaro nel voler evidenziare che gli obblighi di criminalizzazione posti dalla Convenzione e interpretati alla luce dei paragrafi 11 e 12 delle *Legislative guide* facciano riferimento a nuove introduzioni (*ex novo*) di reati: infatti, nella norma in esame si parla espressamente, per l'appunto, di *"introdurre/introdurre"* reati (verbo che, da suo significato testuale, fa proprio riferimento all'*"inserimento di qualcosa che non c'è"*) e si evidenzia che il sistema di *"introduzione di reati"* predisposto dalla Convenzione rileva *"nella misura in cui questi non siano già definiti come tali dal diritto interno/to the extent these are not already defined as such under domestic law"*.

Anche il par. 170 delle *Legislative guide*, norma inserita nella terza parte dello strumento di interpretazione autentica dedicato proprio alla *"Criminalization"*, esprime lo stesso concetto: *"Gli Stati contraenti devono stabilire un certo numero di reati come crimini nel loro diritto interno, se non esistono già. Gli Stati che hanno già una legislazione in materia in vigore devono assicurarsi che le disposizioni esistenti siano conformi ai requisiti della Convenzione e modificare le loro leggi, se necessario"*⁸.

Anche in questo caso emerge una chiara distinzione tra *"Stati contraenti che devono stabilire un certo numero di reati/States parties must establish a number of offences"* e *"Stati che hanno già una legislazione in materia/States with relevant legislation already in place"*: i primi devono introdurre i reati, i secondi devono *"assicurarsi che le disposizioni esistenti siano conformi ai requisiti della Convenzione/ensure that the existing provisions conform to the Convention requirements"*.

Del resto, che il rispetto della Convenzione possa attuarsi a prescindere dalla introduzione di nuovi reati si comprende anche dal par. 19 delle *Legislative Guide*, il quale stabilisce che *"l'attuazione può avvenire attraverso nuove leggi o modifiche di quelle esistenti. Le parti di altre convenzioni correlate possono essere già parzialmente conformi almeno per quanto riguarda alcune disposizioni della Convenzione contro la corruzione"*⁹.

Dunque, sono nuovamente le stesse *Legislative Guide* ad evidenziare che uno Stato contraente poteva essere adempiente alla Convenzione di Merida a prescindere dalla

⁷ Si riporta la versione inglese: *"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"*.

⁸ Si riporta la versione inglese: *"States parties must establish a number of offences as crimes in their domestic law, if these do not already exist. States with relevant legislation already in place must ensure that the existing provisions conform to the Convention requirements and amend their laws, if necessary"*.

⁹ Si riporta la versione inglese: *"Implementation may be carried out through new laws or amendments of existing ones. Parties to other related conventions may be already in partial compliance at least with respect to certain provisions of the Convention against Corruption"*.

introduzione di (nuovi) reati, nel caso in cui il suo ordinamento nazionale già li contemplasse.

In questa prospettiva, perde allora rilevanza uno degli argomenti principali sostenuti dal Tribunale di Reggio Emilia a sostegno della propria tesi *negativa*.

Il Giudice emiliano ha correttamente evidenziato che il par. 292 delle *Legislative Guide* - in coerenza con l'impianto di criminalizzazione dell'art. 19 della Convenzione di Merida, come dettagliato dai paragrafi. 11, 12, 177, 178 e 179 delle *Legislative Guide* - dispone che "Questa norma (art. 19 della Convenzione di Merida) incoraggia la criminalizzazione/This provision (art. 19 della Convenzione di Merida) encourages the criminalization of" dell'abuso d'ufficio. "Incoraggia", dunque, la criminalizzazione (non la rende obbligatoria).

Tuttavia, la norma di interpretazione autentica, in realtà, non fa altro che ribadire quanto già evidenziato: la Convenzione di Merida non obbliga gli Stati Membri a introdurre *ex novo* il reato di abuso d'ufficio, ma rende obbligatorio per gli stessi di prendere in considerazione la sua adozione. Ma attenzione. Il par. 292 delle *Legislative Guide* non si limita a ribadire (implicitamente) la non obbligatorietà dell'introduzione *ex novo* del reato: lo fa evidenziando (esplicitamente) che l'introduzione del reato è, nell'ottica del trattato internazionale, il migliore strumento possibile per contrastare il fenomeno criminale (inequivoco a tal proposito è l'utilizzo dell'espressione "incoraggia/encourages").

Il tema sarà ripreso successivamente.

Ciò detto - se il tenore letterale dei menzionati paragrafi 11 e 12 delle *Legislative guide* (utilizzati come canoni ermeneutici delle singole norme relative alla criminalizzazione previste nella Convenzione di Merida e, in particolare, dell'art. 19) non consente di comprendere se l'abrogazione della norma incriminatrice di cui all'art. 323 c.p. possa causare un contrasto dell'ordinamento nazionale con il diritto internazionale - reputa il Collegio che debba essere verificato attraverso ulteriore attività ermeneutica se una diversa conclusione sia autorizzata dall'utilizzo di diversi e ulteriori strumenti interpretativi.

Strumenti interpretativi che in materia di trattati internazionali sono enucleati dagli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, di cui si riporta di seguito il testo:

"Articolo 31 - Regola generale di interpretazione

1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo.

2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi:

a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione;

b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato.

3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto:

a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute;

b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato;

c) di ogni norma di diritto internazionale pertinente, applicabile alle relazioni fra le parti.

4. Si ritiene che un termine o una espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti.

Articolo 32 - Mezzi complementari di interpretazione

Si potrà ricorrere a mezzi complementari d'interpretazione, ed in particolare ai lavori preparatori ed alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il significato risultante dalla applicazione dell'articolo 31, che di definire un significato quando l'interpretazione data in base all'articolo 31:

- a) lasci il significato ambiguo od oscuro; o
- b) porti ad un risultato chiaramente assurdo od illogico".

Dunque, in sintesi, la Convenzione di Vienna prevede le seguenti regole interpretative: a) la buona fede; b) il criterio letterale; c) il criterio sistematico (che non può limitarsi solo alla valorizzazione delle norme del singolo trattato, bensì di "ogni norma di diritto internazionale pertinente"); d) il criterio teleologico.

Come visto, il criterio meramente letterale non è sufficiente per comprendere quali siano gli obblighi imposti agli Stati membri nel caso gli stessi contemplassero già nel loro ordinamento, prima della ratifica della Convenzione di Merida, uno dei reati di cui la predetta Convenzione rendeva obbligatorio prendere in considerazione l'introduzione.

A tal proposito, soccorrono i criteri sistematico e teleologico.

La prima norma da considerare è l'art. 65 co. 2 della Convenzione, che dispone che "ciascuno Stato Parte può adottare misure più strette o severe di quelle previste dalla presente Convenzione al fine di prevenire e combattere la corruzione"¹⁰.

Negli stessi termini - e ancora più esplicito - è il tenore del par. 179 delle *Legislative guide*, il quale dispone che "la Convenzione introduce degli standard minimi, ma gli Stati parte sono liberi di andare oltre. È infatti riconosciuto che gli Stati possono criminalizzare o hanno già criminalizzato condotte diverse dai reati elencati in questo capitolo come condotte di corruzione"¹¹.

Anche il par. 21 delle *Legislative guide* ribadisce il medesimo principio: "Si sottolinea che le disposizioni obbligatorie della Convenzione servono come soglia che gli Stati devono rispettare ai fini della conformità. Purché gli standard minimi siano rispettati, gli Stati parti sono liberi di superarli e, in diverse disposizioni, sono espressamente incoraggiati a farlo. In alcuni casi specifici, requisiti più onerosi possono essere trovati in altre convenzioni di cui gli Stati sono o desiderano diventare parti"¹².

In sostanza queste norme chiariscono che la Convenzione di Merida stabilisce degli standard minimi di tutela del cittadino contro le condotte corruttive lato sensu intese, che non possono essere violati da alcuno Stato contraente.

Si tratta di un principio ulteriormente affermato anche dal più volte menzionato in dottrina e giurisprudenza art. 7 co. 4 della Convenzione di Merida che, seppur dedicato alle misure preventive, stabilisce un principio che per la sua ampiezza e trasversalità può essere considerato di portata generale: "Ciascuno stato si adopera, conformemente ai principi

¹⁰ Si riporta la versione inglese: "Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating corruption".

¹¹ Si riporta la versione inglese: "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".

¹² Si riporta la versione inglese: "It is emphasized that the mandatory provisions of the Convention serve as a threshold that States must meet for the sake of conformity. Provided that the minimum standards are met, States parties are free to exceed those standards and, in several provisions, are expressly encouraged to do so. In some specific instances, more onerous requirements can be found in other conventions to which States are or wish to become parties".

*fondamentali del proprio diritto interno, al fine di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse*¹³.

Peraltro, non si condivide l'osservazione sostenuta da alcuni secondo la quale tale norma, proprio perché inserita nella parte della Convenzione dedicata alle misure preventive, non possa avere alcun rilievo anche in materia *stricto sensu* penalistica. Infatti, deve considerarsi che la sanzione penale ovviamente ha, oltre alla fondamentale funzione rieducativa, anche quella specialpreventiva e generalpreventiva: dunque, tra i sistemi che devono essere "mantenuti e rafforzati per favorire la trasparenza e prevenire i conflitti di interesse" (formulazione estremamente ampia, come detto, che non può non avere per la sua essenza una portata sistematica e, addirittura, una capacità di assurgere a vero e proprio principio generale della Convenzione) non si vede perché non possa essere ricompresa anche la criminalizzazione di un fatto (come l'abuso d'ufficio) che tipicamente fonda il suo disvalore proprio sulla lesione della trasparenza e sulla sussistenza di conflitti di interesse.

Questa conclusione è del resto confermata definitivamente addirittura dall'art. 1 della Convenzione di Merida, il quale dispone che "la presente Convenzione ha per oggetto: a) La promozione ed il rafforzamento delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace"¹⁴ (formulazione, tra l'altro, simile a quella del già richiamato art. 65 co. 2 della Convenzione). In questa norma – che, vista la sua collocazione sistematica, ha la portata applicativa più ampia possibile – si fa espresso riferimento al fatto che tutto il tessuto normativo della Convenzione di Merida ha lo scopo di "rafforzare le misure volte a combattere la corruzione", misure tra le quali non possono non annoverarsi anche quelle di carattere penalistico, le quali – quasi per essenza – sono volte a "combattere/combattere" un fenomeno criminale.

In questa sede merita poi di essere effettuata una precisazione con riferimento al tenore testuale del già menzionato par. 21 delle *Legislative guide*.

Lo stesso infatti dispone che le "disposizioni obbligatorie della Convenzione / mandatory provisions of the Convention" costituiscano uno *standard* minimo di tutela per il cittadino, che non possono essere derogate dagli Stati contraenti.

A tal proposito, si è sostenuto che gli *standard* minimi di tutela posti dalla Convenzione siano solamente quelli derivanti dalle sue "disposizioni obbligatorie", con la conseguenza che la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio di cui all'art. 19 della Convenzione di Merida – che come più volte detto non prevede un espresso obbligo di incriminazione, ma solamente un obbligo di *considerare* l'incriminazione – non costituirebbe un vincolo per gli Stati membri derivante dalla necessità di garantire gli *standard* minimi di tutela del cittadino previsti dalla Convenzione.

L'argomentazione non convince.

Infatti, non si comprende per quale motivo le "disposizioni obbligatorie della Convenzione / mandatory provisions of the Convention" debbano essere considerate – nella sostanza, perché è questa l'interpretazione che è stata data – esclusivamente quelle creanti un obbligo di criminalizzazione ai sensi del par. 11 lett. a) delle *Legislative Guide* (cioè le

¹³ Si riporta la versione inglese: "Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavour to adopt, maintain and strengthen systems that promote transparency and prevent conflicts of interest".

¹⁴ Si riporta la versione inglese: "The purposes of this Convention are: (a) To promote and strengthen measures to prevent and combat corruption more efficiently and effectively".

disposizioni caratterizzate dall'espressione "*ciascuno Stato Parte adotta/each State Party shall adopt*").

Invero, innanzitutto il par. 21 delle *Legislative guide* si colloca sistematicamente nella prima parte dello strumento di interpretazione autentica, parte dedicata all'implementazione della Convenzione, che non ha alcuna correlazione espressa e immediata o esclusiva con gli obblighi di criminalizzazione.

In secondo luogo, nella stessa norma non vi è alcun riferimento alla criminalizzazione.

Dunque, non si comprende per quale ragione le "*disposizioni obbligatorie della Convenzione/mandatory provisions of the Convention*" dovrebbero essere soltanto quelle che prevedono un obbligo di criminalizzazione; al contrario, tra le disposizioni obbligatorie della Convenzione deve potersi annoverare anche quella - enucleabile dai menzionati artt. 65 co. 2, 7 co. 4 e 1 della Convenzione, nonché dal par. 179 (e dallo stesso par. 21) delle *Legislative Guide* - secondo la quale la Convenzione di Merida stabilisce degli *standard* minimi di tutela del cittadino contro le condotte corruttive *lato sensu* intese, che non possono essere violati da alcuno Stato contraente.

Del resto, che il rispetto di tali *standard* minimi sia cogente per gli Stati membri si evince dall'interpretazione *a contrario* delle norme richiamate: se il legislatore convenzionale ha esplicitato che gli *standard* minimi di tutela "possono" essere migliorati, ciò significa che gli stessi non possono essere peggiorati.

Si tratta peraltro di una interpretazione assolutamente logica, ispirata al buon senso o - volendo utilizzare un criterio ermeneutico proposto dalla Convenzione di Vienna - alla "buona fede" degli Stati che hanno scelto di sottoscrivere e ratificare una Convenzione contro il fenomeno *lato sensu* corruttivo.

Tale conclusione non può che essere confermata anche da una interpretazione teleologica delle norme richiamate.

Come già visto, l'obiettivo della Convenzione di Merida è quello di "promuovere e rafforzare le misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace" (art. 1 della Convenzione), principio che risulta ampiamente, oltre che dalle singole norme del trattato internazionale, anche dal suo preambolo (così come anche da tutto l'impianto delle *Legislative guide*).

Dunque, qualunque norma della Convenzione deve essere interpretata nel senso che la sua attuazione deve aver come conseguenza quella di migliorare - e non certo di peggiorare (*rectius*, indebolire) - i sistemi nazionali di contrasto ai fenomeni corruttivi.

Rimane a questo punto da chiedersi - e si tratta di interrogativo doveroso, in quanto espressione del tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme della norma abrogativa del delitto di abuso d'ufficio, volto a provare a riconoscere la legittimità costituzionale della novella legislativa - se in concreto la depenalizzazione del reato di cui all'art. 323 c.p. comporti un indebolimento della tutela del cittadino rispetto agli abusi di potere dei funzionari pubblici e, più nello specifico, se ciò violi il rispetto degli *standard* minimi di tutela posti proprio dalla Convenzione di Merida.

A tal proposito, è necessario confrontarsi con la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, nella già richiamata sentenza 8/2022, ha evidenziato che "*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)".

Ciò premesso, deve immediatamente evidenziarsi, come noto, che altre Autorità Giudiziarie hanno ampiamente sostenuto che la novella legislativa violi anche gli artt. 3 e - soprattutto per quanto interessa i nostri fini - 97 Cost., argomentando diffusamente il loro pensiero.

Come già detto, questo Tribunale non ritiene vi siano margini di ammissibilità per sollevare la questione di legittimità anche con riferimento a tali parametri costituzionali, in quando si produrrebbero effetti *in malam partem*, senza che possa operare alcuna delle deroghe previste dalla giurisprudenza costituzionale per poter sollevare una simile questione di legittimità.

Tuttavia, le argomentazioni spese dalle varie Autorità Giudiziarie, condivisibili nel merito, dimostrano come effettivamente la novella legislativa abrogativa del delitto di cui all'art. 323 c.p. arrechi un concreto indebolimento degli *standard* di tutela del cittadino contro i fenomeni corruttivi (e, più in generale, una lesione dei principi di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione). Sul punto, non può che rinviarsi alle varie ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale già richiamate¹⁵.

In questa sede - nella quale si analizza il possibile contrasto della riforma nazionale con gli obblighi internazionali - rimane da valutare se, nell'impostazione complessiva della Convenzione di Merida, la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio costituisca lo strumento ritenuto più efficace per contrastare il fenomeno criminale.

La risposta a tale interrogativo non può che essere affermativa, per le seguenti ragioni.

In primo luogo, è lo stesso art. 19 della Convenzione a indicare che l'obbligo (e quindi l'obiettivo) degli Stati membri sia quello di (considerare di) introdurre norme nazionali che conferiscano il carattere di "*illicito penale/criminal offence*" ai fatti di abuso d'ufficio.

In secondo luogo, la norma di interpretazione autentica dello stesso art. 19 della Convenzione, e cioè il par. 292 delle *Legislative Guide*, "*incoraggia la criminalizzazione/encourages the criminalization*".

Pertanto, non avrebbe senso obbligare gli Stati a considerare di introdurre un reato o incoraggiarli a farlo se non si ritenesse che lo strumento penale sia il più adatto per contrastare il fenomeno criminale.

Deve quindi ritenersi che la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio rappresenti uno degli *standard* minimi di tutela posti dalla Convenzione di Merida a tutela dei cittadini, uno degli *standard* che non può essere derogato, uno degli *standard* la cui violazione comporta un *vulnus* in relazione allo spirito della stessa Convenzione di Merida.

A conclusione di tale ragionamento pare utile tornare - ancora una volta, ma si tratta di scrupolo che non pare vano, essendo il vero cuore del problema giuridico che si sottopone alla Corte costituzionale - sul fatto che l'art. 19 della Convenzione di Merida preveda esclusivamente un obbligo per gli Stati contraenti di considerare l'introduzione del reato di abuso d'ufficio (e non li obblighi direttamente a introdurre tale reato).

¹⁵ Cfr., in particolare, per l'ampiezza e il pregio delle argomentazioni, Tribunale Firenze in composizione collegiale, ordinanza del 24.09.2024, pp. 16 ss.

Innanzitutto, riassumendo, si è già ampiamente visto che tale obbligo di natura "intermedia" ha come destinatari gli Stati che, al momento della stipula della Convenzione, non avessero già introdotto negli ordinamenti nazionali il reato di abuso d'ufficio.

Gli Stati (come l'Italia) che già avevano nel loro ordinamento un simile illecito penale erano perfettamente adempienti all'obbligo convenzionale.

Per gli stessi, tuttavia, permane l'obbligo di rispettare gli *standard* minimi di tutela - non derogabili - previsti dal combinato disposto di cui agli artt. 65 co. 2, 7 co. 4 e 1 della Convenzione di Merida, nonché dai paragrafi 21 e 179 delle *Legislative Guide*, *standard* minimi di tutela tra i quali è compreso quello di mantenere la criminalizzazione del reato di abuso d'ufficio.

La violazione di tale obbligo convenzionale comporta la violazione di quello che correttamente è stato chiamato "divieto di regresso", da intendersi come violazione di uno specifico obbligo convenzionale posto da specifiche norme di un trattato internazionale.

Pare il caso poi di sviluppare una ulteriore riflessione, che coinvolge l'intero sistema della Convenzione di Merida.

Il fatto che nella Convenzione si siano previste tre tipologie di modalità di criminalizzazione (obblighi di introdurre il reato/obbligo di considerare di introdurre il reato/facoltà di introdurre il reato) è facilmente spiegabile se si considera che il predetto trattato internazionale è stato sottoscritto dalla grande maggioranza degli Stati del pianeta (ad oggi risultano sottoscrittori 140 Stati).

La necessità di diversificare le modalità di criminalizzazione si spiega sulla base del fatto che è obiettivo dichiarato della stessa Convenzione di Merida quello di armonizzare le normative di un così vasto numero di Stati, che tra loro presentano sistemi giuridici completamente diversi e che hanno indici di sviluppo differenti, anche considerato che tra gli stessi sono presenti moltissimi Paesi che costantemente, ancora oggi, si trovano negli ultimi posti dei rapporti dei sistemi di monitoraggio del WGB, del GRECO, di *Transparency International* e per i quali - come dichiarato espressamente nella Convenzione di Merida nel prevedere maggiori strumenti a loro vantaggio (cfr., ad esempio, art. 60 della Convenzione) - risulta più difficile attuare la Convenzione.

Detto in altri termini, la diversificazione delle modalità di criminalizzazione - con la previsione di reati la cui introduzione deve essere considerata o è addirittura facoltativa - ha come obiettivo quello di facilitare l'armonizzazione delle normative nazionali di un vasto e variegato numero di Stati.

Non ha invece certamente lo scopo di consentire agli Stati che già presentavano un sistema anticorruzione più avanzato e completo di "fare un passo indietro"¹⁶.

Tale "passo indietro" costituirebbe un'evidente violazione dello stesso scopo della Convenzione di Merida, le cui disposizioni devono essere interpretate (e attuate) secondo "buona fede" e guardando, appunto, alla funzione stessa del trattato internazionale, come previsto dall'art. 31 della Convenzione di Vienna.

In definitiva e riassumendo quanto sopra esposto:

- l'art. 19 della Convenzione di Merida prevede un obbligo, per gli Stati contraenti che non lo avessero già previsto nel loro ordinamento interno al momento della

¹⁶ Si utilizza l'efficace espressione di uno dei principali Autori italiani che ha ritenuto "tutt'altro che peregrina" la questione di legittimità costituzionale che si solleva.

sottoscrizione della Convenzione, di considerare di introdurre il reato di abuso d'ufficio;

- il combinato disposto di cui agli artt. 65 co. 2, 7 co. 4 e 1 della Convenzione di Merida, nonché dai parr. 21 e 179 delle *Legislative Guide*, stabilisce degli *standard* minimi di tutela, non derogabili in senso riduttivo, tra i quali è compreso quello di mantenere la criminalizzazione del reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 19 della Convenzione, con obbligo che vale (anche) per gli Stati che contemplassero tale reato nel loro ordinamento al momento della sottoscrizione della Convenzione di Merida.

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

Come evidenziato, non è possibile effettuare una interpretazione costituzionalmente conforme della norma di cui si sospetta l'illegittimità.

P.Q.M.

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

SOLLEVA

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

SOSPENDE

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

DISPONE

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

MANDA

alla cancelleria per la notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei Ministri, per la comunicazione ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato

della Repubblica e per la successiva trasmissione del fascicolo processuale alla Corte Costituzionale.

Busto Arsizio, 21.10.2024

Il Presidente
Giuseppe Fazio

Il Giudice
Rossella Ferrazzi

Il Giudice
Marco Montanari

DEPOSITATO IN UDIENZA

il 21/10/2024
IL FUNZIONARIO A. V.P.

Aeva Seci