

N. 1286/2020 RG Dib.
N. 294/2017 RG NR



TRIBUNALE DI BOLZANO
SEZIONE PENALE

ORDINANZA DI RIMESIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE
QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE
(artt. 134 Cost., 1 l. cost. 1/1948 e 23 ss. l. 87/1953)

Il Tribunale, in composizione collegiale, nella persona dei giudici:

Stefan TAPPEINER	Presidente
Julia DORFMANN	Giudice
Federico SECCHI	Giudice est.

nel procedimento nei confronti di:

MITTERMAIR Friedrich, difeso di fiducia dall'avv. Meinhard Durnwalder del foro di Bolzano;

HEISS Caroline Monica, difesa di fiducia dall'avv. Flavio Moccia e dall'avv. Marco Mayr del foro di Bolzano;

Procedimento nel quale risulta persona offesa, costituita parte civile:

PLONER Josef, con l'Avv. Amanda Cheneri del foro di Bolzano;

OSSERVA E RILEVA

1. - PREMESSA

Con ordinanza del 25.05.2018 il G.I.P. presso il Tribunale di Bolzano, rigettando la richiesta di archiviazione della Procura, disponeva l'imputazione coatta nei confronti di Mittermair Friedrich e Heiss Caroline Monica.

Gli odierni imputati venivano tratti a giudizio per rispondere dei seguenti reati: capo **a)** artt. 81, cpv., 110, 117 e 323 c.p.; capo **b)** artt. 110, 117 e 479 c.p. ; capo **c)** art. 44, lett. c), del D.P.R. 06.06.2001, n. 380; capo **d)** art. 181 D.L.vo 22.01.2004, n. 42, in relazione all'art. 142.

Nelle more del dibattimento – nel corso del quale sono stati escussi, sino ad oggi, tutti i testimoni della Pubblica Accusa e una parte dei testimoni delle difese – è entrata in vigore la legge 9 agosto 2024, n. 114 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare) che, all'art. 1, c. 1, lett. b), ha abrogato il delitto di cui all'art. 323 c.p.

All'udienza dell'01.10.2024 il Pubblico Ministero, richiamando la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze in data 24.9.2024 con riferimento all'abrogazione del reato di cui all'art. 323 c.p., ha depositato la relativa ordinanza di

rimessione e chiesto al Tribunale di sollevare a propria volta questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 1, lettera b), l. 9 agosto 2024, n. 114 che ha abrogato l'art. 323 c.p.

Il difensore della parte civile si è associato alla richiesta del PM.

Con specifico riferimento al capo a) sull'abuso d'ufficio, la difesa di Heiss Caroline Monica ha chiesto l'assoluzione perché il fatto non costituisce reato e, in subordine, di verificare l'eventuale prescrizione che, ove maturata, renderebbe inutile l'incidente di costituzionalità. La difesa di Mittermair Friedrich, pur associandosi alle conclusioni formulate dalla difesa Heiss, ha insistito per l'audizione dei rimanenti testimoni.

Il Tribunale, previo stralcio delle imputazioni b), c) e d), per le quali è *medio tempore* maturata la prescrizione, si è riservato la decisione sulla rimessione della questione di legittimità costituzionale.

2. - RILEVANZA DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Questo Tribunale - per le ragioni che verranno illustrate *infra* - ritiene che vi sia ragione di dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, lett. b) della l. 9 agosto 2024, n. 114, nella parte in cui abroga il reato di cui all'art. 323 c.p., per violazione dell'art. 117, co. 1 Cost., in relazione agli **artt. 1, 5, 7, c. 4, 19 e 65 della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (c.d. Convenzione di Merida)**, ratificata ed eseguita con la legge 3 agosto 2009, n. 116.

Secondo quanto stabilito dall'art. 23, c. 2, l. n. 87 del 1953 è possibile devolvere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale "*qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione*". Come affermato anche successivamente dall'elaborazione giurisprudenziale della stessa Corte, il requisito della rilevanza "*esprime il rapporto che dovrebbe correre fra la soluzione della questione e la definizione del giudizio in corso*" (C. Cost. n. 3/ del 1965). Pertanto, sussiste il requisito della rilevanza della questione nel momento in cui la risoluzione della questione di legittimità costituzionale si riverbera direttamente su norme che il giudice è tenuto ad applicare, provocando "*un cambiamento del quadro normativo assunto dal giudice a quo*" (vedi C. Cost. n. 390 del 1996).

Nel caso in esame, il giudizio riguarda il preteso illegittimo rilascio di una concessione edilizia in assenza dei presupposti di legge, sulla base di una motivazione ideologicamente falsa, in quanto fondata su un'inesistente delibera autorizzativa della Giunta Provinciale. Più nel dettaglio, nell'imputazione elevata per il reato di cui agli artt. 81, cpv., 110, 117 e 323, viene contestato agli imputati di "*avere, in concorso tra loro e con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, il Mittermair nella sua qualità di sindaco del Comune di Braies, nello svolgimento delle sue funzioni, la Heiss nella sua duplice qualità di socia accomandataria e legale rappresentante della società Hotel Pragser Wildsee Sas, e in quanto tale beneficiaria del provvedimento e quindi concorrente esterna nel reato, nonché di assessore alla cultura del medesimo Comune ed appartenente al medesimo partito attivatasi anche in tale veste per l'approvazione del provvedimento, in violazione della legge urbanistica provinciale L.P. 11 agosto 1997, n. 13, legge provinciale di tutela del paesaggio L.P. 25 luglio 1970 n. 16, e del decreto del presidente della Giunta Provinciale n. 72/V/LS del 04.03.1980 istitutivo del parco naturale di Braies Sennes Fanes, intenzionalmente procurato alla società Hotel Pragser Wildsee S.a.s. un ingiusto*



vantaggio patrimoniale, consistente nell'autorizzazione a realizzare un parcheggio a pagamento nelle adiacenze dell'albergo in assenza totale dei presupposti urbanistici e paesaggistici e contestualmente arrecato un danno ingiusto a Ploner Josef, il quale come proprietario della P.T. 7/I C.C. Braies aveva presentato un progetto alternativo di parcheggio sul suo terreno, non approvato dal Comune."

In particolare, a Mittermair Friedrich, nella sua qualità di sindaco, si contesta:

- di aver rilasciato la concessione edilizia n. 16/2016 d.d. 10.06.2016, per la *"elaborazione e realizzazione di un progetto generale per l'acquietamento del traffico e l'assistenza dei visitatori al Lago di Braies con la quale il Sindaco autorizzava la realizzazione sulle pp. ff. 2289/5, 2290/1, 2290/5, 2290/6, e sulla p.ed. 254 CC Braies di un parcheggio a pagamento delle dimensioni di circa 30.000 metri quadrati con abbattimento di 131 alberi, in assenza totale dei presupposti di legge poiché nell'area in questione era totalmente precluso il rilascio di concessioni edilizie"*;

- di non aver bloccato i lavori, a seguito della diffida inviatagli dal Direttore dell'Ufficio per la Tutela del Paesaggio della Provincia Autonoma di Bolzano, con la quale gli veniva intimato di non proseguire con i lavori già iniziati.

A Heiss Caroline Monica – quale socia accomandataria e legale rappresentante della società Hotel Pragser Wildsee s.a.s. e, in quanto tale, beneficiaria del provvedimento in questione nonché assessore alla cultura del Comune di Braies, asseritamente attivatasi, anche in tale veste, per ottenere il rilascio della concessione edilizia – si contesta di avere concorso, con il sindaco, nell'abuso d'ufficio, fornendo il seguente contributo: organizzando per la giunta comunale di Braies una trasferta in Svizzera - sostenendo una parte delle spese - che aveva il precipuo scopo di convincere la giunta ad approvare il progetto di cui alla concessione edilizia incriminata, benché ciò non rientrasse nelle sue competenze di assessore alla cultura, laddove l'eventuale chiusura della strada e la realizzazione di un parcheggio a valle, avrebbe precluso in radice la possibilità di ottenere gli introiti derivanti dal parcheggio con cassa automatica; propagandando anche sugli organi di stampa la necessità di realizzare detto parcheggio; convincendo il sindaco ad appoggiare il progetto suddetto; organizzando un incontro con alcuni membri della giunta provinciale e i tecnici provinciali presso Hotel Pragser Wildsee, conclusosi con una cena da lei offerta; presentando al Comune di Braies il progetto con la richiesta di variante al PUC; iniziando l'abbattimento degli alberi, nella consapevolezza che la concessione ottenuta era radicalmente nulla, in quanto emessa in difetto di tutti i presupposti di legge, che la richiesta variante al PUC non era stata approvata e che l'autorizzazione paesaggistica prescritta dall'art. 12 L.P. 16/1970 non era stata rilasciata.

L'evento del reato viene individuato, da un lato, nell'ingiusto vantaggio patrimoniale conseguito dalla Heiss *"consistente nell'autorizzazione a realizzare un parcheggio a pagamento nelle adiacenze dell'albergo in assenza totale dei presupposti urbanistici e paesaggistici"* e, dall'altro, nel danno ingiusto contestualmente arrecato a Ploner Josef, costituitosi parte civile, che aveva presentato un progetto alternativo di parcheggio, non approvato dal Comune, da realizzarsi su terreno di sua proprietà.

La condotta, sussunta dal PM nell'art. 323 c.p., è insuscettibile di essere inquadrata in una diversa fattispecie incriminatrice, vertendosi in tema di strumentalizzazione dei pubblici uffici per il perseguimento di interessi estranei a quelli pubblico-istituzionali, in violazione di specifiche regole di condotta [dalle quali non residuano margini di discrezionalità],

espressamente previste dalla L.P. 11 agosto 1997 n. 13 (legge urbanistica provinciale) e L.P. 25 luglio 1970 n. 16 (legge provinciale di tutela del paesaggio).

Non assume rilevanza la modifica dell'art. 323 c.p., avvenuta ad opera dell'art. l'art. 23, co. 1, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modifiche, in legge 11 settembre 2020, n. 120, in vigore dal 17 luglio 2020, che ha sostituito le parole *“di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”* alle parole *“di norme di legge o di regolamento”*. La Provincia autonoma di Bolzano ha competenza legislativa primaria in materia di urbanistica e piani regolatori nonché di tutela del paesaggio ex art. 8 n. 5 e 6 dello Statuto di Autonomia.

Ebbene, secondo la prospettazione accusatoria, la concessione edilizia è stata rilasciata in violazione della legge urbanistica provinciale L.P. 11 agosto 1997, n. 13, legge provinciale di tutela del paesaggio L.P. 25 luglio 1970 n. 16, e del decreto del presidente della Giunta Provinciale n. 72/V/LS del 04.03.1980 istitutivo del parco naturale di Braies Sennes Fanes, nei termini in appresso sinteticamente indicati.

In tesi d'accusa si assume che era *ab imis* preclusa la realizzazione del parcheggio sull'area in questione trattandosi: di area qualificata come bosco sia nel piano urbanistico comunale che in quello paesistico e in quanto tale inedificabile in assenza di una variante al PUC (regolata dagli artt. 21 e 19 della L.P. n. 13/1997) – nella fattispecie solo avviata, con pretermissione dei passaggi successivi – e dell'apposita autorizzazione ambientale di cui all'art. 12 L.P. n. 16/1970 rilasciata dall'Ufficio tutela del paesaggio della Provincia autonoma di Bolzano; di area posta ad una distanza inferiore ai 300 metri dalla linea di battigia del lago di Braies e collocata all'interno di un parco naturale, come tale assoggettata ai vincoli paesistici previsti dagli artt. 1 bis (comma 1, nn. 1, 5 e 6, e comma 2), 5 e 7 della L.P. n. 16/1970; di area appartenente all'area del parco naturale Braies Sennes Fanes in forza del decreto del Presidente della Giunta Provinciale n. 72/V/LS del 4.03.1980 e, in particolare, ai sensi degli artt. 1, 2, 5 e 6 di tale decreto.

Senonché, una delle prime sentenze successive alla novella del d.l. n. 76 del 16 luglio 2020 [Cass. Sez. 3, n. 26834 del 8.9.2020, dep. 28.9.2020, Rv. 280266-01], chiamata ad occuparsi di un caso di abuso d'ufficio in materia edilizia-urbanistica ha ribadito, seguendo la strada della violazione mediata di legge, la validità del proprio orientamento formatosi prima della riforma del 2020, secondo cui il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra una 'violazione di legge', rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p.: *“Senza ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale che aveva generato un contrasto di giurisprudenza all'indomani della riforma del delitto di abuso in atti di ufficio a seguito della L. 16 luglio 1997, n. 234, contrasto successivamente appianato, l'orientamento consolidato di legittimità (vedi supra) ha, da tempo, affermato che il requisito della violazione di legge, rilevante ai fini della configurabilità del reato di abuso di ufficio, è integrato dalla conformità alle previsioni urbanistiche, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare ai sensi dell'art. 13 del d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi - ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 12, comma 1, - "alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico - edilizia vigente". Dall'espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo*

abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una "violazione di legge", rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 cod. pen. Ritiene il Collegio che l'interpretazione della nozione di "violazione di legge" come delineata dalla citata giurisprudenza sia pienamente condivisibile anche nel mutato quadro normativo. Segnatamente, seguendo quell'elaborazione giurisprudenziale che il Collegio condivide, deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001) (Sez. 6, n. 11620 del 25/01/2007, Pellegrino, Rv. 236147 - 01), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la "violazione di legge", quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche seguito della modifica normativa. Da cui la conferma della sussunzione del caso concreto nella fattispecie normativa di cui all'art. 323 cod. pen. ora vigente. Trattasi senza dubbio di norme specifiche e per le quali non residuano margini di discrezionalità laddove l'art. 12 cit. detta i requisiti di legittimità del permesso a costruire, e il successivo art. 13 cit., detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire" (così Cass. Sez. 3, n. 26834 del 8.9.2020, Rv. 280266 - 01 in motivazione]. Trattasi ad ogni modo di indirizzo esegetico seguito anche dalla giurisprudenza successiva [cfr. Cass. Sez. 6, n. 31873 del 17.9.2020, dep. 12.11.2020, Rv. 279889-01: "In tema di abuso di ufficio, il rilascio del titolo abilitativo edilizio avvenuto senza il rispetto del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici integra la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, così come richiesto dalla nuova formulazione dell'art. 323 cod. pen. ad opera dell'art. 16 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120, atteso che l'art. 12, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici ed il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il direttore del settore è tenuto ad osservare"]].

Tanto premesso, l'art. 1, co. 1, lett. b) della l. 9 agosto 2024, n. 114, che prevede l'abrogazione dell'art. 323 c.p., trovando immediata applicazione nel presente giudizio, avrebbe come effetto la pronuncia di una sentenza assolutoria ai sensi dell'art. 129 c.p.p. con la formula "perché il fatto non è [più] previsto dalla legge come reato".

Infatti, in caso di "abolitio criminis", poiché tale evento fa venire meno, ancor più che la validità e la efficacia della norma penale incriminatrice, la sua stessa esistenza nell'ordinamento, ogni giudice che sia formalmente investito della cognizione sulla fattispecie oggetto di abrogazione ha il compito di dichiarare, ex art. 129, c. 1, c.p.p., che il fatto non è previsto dalla legge come reato, in ossequio al precetto di cui all'art. 2, c. 2, c.p.p., per il quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato [Cass. Sez. 6, n. 356 del 15/12/1999].

In concreto, sarebbe dunque preclusa sia una sentenza di condanna, con conseguente vaglio della richiesta risarcitoria avanzata dalla parte civile, sia il proscioglimento degli imputati con formula assolutoria più favorevole di quella imposta dall'*abolitio criminis*.

Alla stessa conclusione dovrebbe del resto pervenirsi anche laddove il reato si fosse nel frattempo estinto per intervenuta prescrizione. Ed invero, spiegando l' "abolitio criminis" efficacia anche per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma abrogativa, non sarebbe possibile dichiarare l'avvenuta estinzione per prescrizione di un fatto il quale, per effetto della depenalizzazione, abbia perduto qualsiasi connotazione criminosa che possa giustificare tale pronuncia di estinzione.

3. - AMMISSIBILITÀ DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

L'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1, co. 1, lett. b) della l. 9 agosto 2024, n. 114 farebbe rivivere l'art. 323 c.p.

Tuttavia, come è noto, la Corte Costituzionale ha individuato quattro "eccezioni" al principio di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che mirano a produrre effetti in *malam partem*: "a) l'ipotesi di una norma penale di favore che sottragga 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 che preveda per tale sottoinsieme – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole (sentenza n. 394 del 2006); b) l'esercizio scorretto 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), 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 da parte del Parlamento stesso, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge (sentenza n. 32 del 2014); c) l'ipotesi della 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); d) la violazione di obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, co. 1, Cost. da parte della norma censurata (sentenza n. 28 del 2010)".

L'ultima ipotesi individuata dalla Corte [lettera d] è proprio quella che viene in rilievo nella fattispecie, vertendosi, ad avviso di questo Collegio, in tema di violazione dell'art. 117, c. 1, Cost.

4. - NON MANIFESTA INFONDATEZZA DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

L'art. 117, c. 1, Cost. recita che "*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*".

Il parametro costituzionale di riferimento per le norme internazionali pattizie, è dunque l'art. 117, c. 1, Cost., il quale conferisce ad esse una forza di resistenza maggiore rispetto alle leggi interne successive (sent. n. 348 del 2007), senza peraltro attribuire loro il rango costituzionale (sentt. n. 348 e n. 349 del 2007). Trattasi in definitiva di "*un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"*" (sent. n. 349 del 2007). Ne discende che gli eventuali contrasti fra una norma convenzionale e una legge interna successiva "*non*



generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale” aventi come oggetto la legge interna e come parametro interposto la norma convenzionale (sent. n. 348 del 2007).

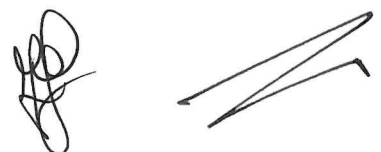
Orbene, il Parlamento, con legge 116/2009, ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (c.d. Convenzione di Merida) - adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 ed entrata in vigore il 14 dicembre 2005 - e ha dettato norme di adeguamento interno.

La Convenzione consta di un Preambolo e 71 articoli suddivisi in 8 titoli. In particolare, il titolo I delinea l'oggetto e l'ambito di applicazione e definisce i termini impiegati nel testo della Convenzione. Il titolo II) è dedicato agli obblighi imposti agli Stati parte per l'adozione di efficaci politiche di prevenzione della corruzione, prevedendo diverse misure finalizzate a coinvolgere il settore pubblico e il settore privato. Esse includono meccanismi istituzionali, quali la creazione di uno specifico organo anticorruzione, codici di condotta e politiche favorevoli al buon governo, allo stato di diritto, alla trasparenza e alla responsabilità. Il titolo III) pone in capo agli Stati firmatari l'obbligo di criminalizzazione di una molteplicità di infrazioni correlate ad atti di corruzione, laddove le stesse non siano già penalmente sanzionate dal diritto interno. Invero, la Convenzione – come si ricava dalla *“Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption”* (criteri interpretativi elaborati dal *Drugs and Crime Office* delle Nazioni Unite al fine di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione della Convenzione di Merida da parte degli Stati aderenti) - affronta non solo le forme basilari di corruzione, come le concussioni e l'appropriazione indebita di fondi pubblici, ma anche le **condotte prodromiche alla corruzione**, all'intralcio alla giustizia, al traffico d'influenze e all'occultamento o al riciclaggio dei proventi della corruzione.

Per quel che rileva in questa sede, l'art. 19 della Convenzione di Merida prende espressamente in considerazione la fattispecie dell'abuso d'ufficio prevedendo che *«ciascuno Stato Parte esamina l'adozione [“shall consider adopting”] 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»* (cfr. traduzione italiana, allegata alla legge 3 agosto 2009, n. 116, di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Convenzione di Merida).

Ora, tale disposizione non prevede un vero e proprio obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio, vincolando il legislatore a considerare di adottare una disciplina che incrimini l'abuso d'ufficio (*“shall consider adopting”*).

Ciò nondimeno, ritiene questo Collegio, in sintonia con le argomentazioni di altri Tribunali (Tribunale di Firenze, ord. 24.9.2024 e 25.10.2024; Tribunale di Locri, Ufficio GIP/GUP, ord. 30.9.2024; Tribunale di Busto Arsizio, ord. 21.10.2024), che la Convenzione di Merida **fondi** in ogni caso **un obbligo** internazionale *“di stand-still, cioè l'obbligo internazionale di mantenere le cose come sono”*, **precludendo** a uno Stato Parte come l'Italia – che già prevedeva nel proprio ordinamento il reato di abuso d'ufficio prima della ratifica della Convenzione – **di abrogare detto reato**.



A favore di tale soluzione esegetica militano **i seguenti indici normativi**, collegati tra loro e interpretati alla luce della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, sottoscritta il 23 maggio 1969:

- **l'art. 1 ("oggetto")**, che prevede, fra l'altro, quale oggetto della Convenzione di Merida, *"a) la promozione ed il rafforzamento delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace"*;

- **l'art. 5 ("politiche e pratiche di prevenzione della corruzione")**, che dispone che *"1. Ciascuno Stato Parte elabora o 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 rispettino 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"*;

- **l'art. 7 c. 4**, secondo cui *"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"*;

- **l'art. 65 ("Attuazione della Convenzione")** che dispone quanto segue: *"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"*.

In definitiva, dalle norme sopra riportate si trae l'obbligo di non abrogare - e, dunque, di mantenere nel proprio ordinamento - un reato quale l'abuso d'ufficio, funzionale a garantire *"sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse"* e ad assicurare gli obblighi derivanti dalla Convenzione.

Trattasi di approdo ermeneutico ulteriormente avvalorato dall'art. 31, c. 1, della Convenzione di Vienna che si pronuncia a favore del c.d. **criterio obiettivistico** di interpretazione dei trattati internazionali, secondo cui deve attribuirsi al trattato il senso che è fatto palese dal suo testo, che risulta dai rapporti di connessione logica intercorrenti tra le varie parti del testo e **che si armonizza con l'oggetto e la funzione dell'atto desumibili dal testo** medesimo: *"Un trattato deve essere interpretato in buona fede secondo il significato ordinario da attribuirsi ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo"*.

Ebbene, non può essere revocato in dubbio, alla luce delle norme precedentemente passate in rassegna, **interpretate alla luce dell'oggetto e dello scopo** della Convenzione, che il rispetto dei vincoli dalla stessa introdotti, passi anche attraverso il **mantenimento** di quelle fattispecie che, come l'abuso d'ufficio, costituiscono "reati spia" della corruzione e la cui abrogazione si pone in radicale antitesi con lo spirito della Convenzione stessa - ove si esortano gli Stati a contrastare non solo i fenomeni corruttivi in senso stretto, ma anche quelli ad essi collegati - e con la finalità, da essa perseguita, di migliorare il sistema nazionale di contrasto a tali fenomeni.

Se così è, non vi è chi non veda come l'abrogazione dell'art. 323 c.p. comporti, **contrariamente alla finalità predetta**, un evidente indebolimento della tutela del cittadino rispetto agli abusi di potere dei funzionari pubblici.

Prova ne siano i macroscopici vuoti di tutela generati dall'abolizione del reato di abuso d'ufficio, non coperti da alcuna delle fattispecie attualmente in vigore, come posto in rilievo da autorevole dottrina penalistica, poco prima dell'entrata in vigore della legge 114 del 2024: “[...] *Il messaggio veicolato abolendo l'abuso d'ufficio - cioè rinunciando allo stigma penale per il funzionario pubblico che abusa del suo ufficio - è eticamente dirimpente. A breve non saranno più punibili, infatti, queste condotte: Non sarà più punibile l'abuso di vantaggio: ad es., quello del funzionario pubblico che, senza prendere una tangente (corruzione), abusi del suo potere per avvantaggiare sé o un suo conoscente, amico, amante, compagno di partito, assumendolo presso un ente pubblico anche se non ha i requisiti per quel posto, oppure stipulando con lui un contratto di servizi senza passare per un bando pubblico in violazione del codice degli appalti. Non sarà più punibile l'abuso di danno: ad es., quello del funzionario pubblico che, senza usare violenza o minaccia (concussione), abusi del suo potere per danneggiare un cittadino, magari un concorrente in amore, in politica, nel commercio o, semplicemente, una persona con la quale ha un dissapora. Può essere il caso del sindaco o di un funzionario tecnico che, in materia edilizia, neghi un permesso per costruire o un cambio di destinazione d'uso di un terreno o di un immobile al quale il cittadino avrebbe pienamente diritto. Non sarà più punibile, sempre a proposito di abuso di danno, il magistrato - giudice o pubblico ministero - che parimenti, fuori dai casi di corruzione, avvantaggi o danneggi intenzionalmente un imputato. [...] Si pensi ad esempio al pubblico ministero (o anche un ufficiale o agente della polizia giudiziaria), che senza ricevere una tangente porti o non porti in giudizio un elemento di prova, a carico o a discarico, per avvantaggiare o danneggiare un imputato. Non sarà più punibile l'abuso da conflitto di interessi, che era rimasto indenne dalla riforma del 2020: ad es. quello del pubblico funzionario (sindaco, assessore, consigliere comunale, docente di scuola o università pubblica) che, in presenza di un conflitto di interessi, e senza prendere una tangente, non si astenga dal votare una delibera dell'ente pubblico procurando a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o danno. Ad esempio un professore che, durante l'esame di maturità, dia il voto decisivo nella commissione a favore della promozione di uno studente che non la merita, solo perché è il figlio di prime nozze della sua attuale compagna. Oppure il medico specialista di una struttura sanitaria pubblica che, immediatamente dopo aver effettuato una visita ambulatoriale, inviti il paziente a recarsi nel suo laboratorio privato per un approfondimento diagnostico invece che indirizzarlo ad uno dei contigui presidi ospedalieri. Non sarà più punibile l'abuso di chi “trucca” concorsi pubblici per l'assunzione di personale: ad es., quello dei commissari del concorso per magistratura o quello dei professori universitari, membri di una commissione di concorso, che senza ricevere tangenti e ricorrere a minacce facciano vincere il concorso per professore a un candidato a loro vicino, escludendo gli altri in modo abusivo. La turbativa d'asta in simili casi non è configurabile, secondo un recente e forse col senno di poi “intempestivo” orientamento della Sezione VI della Cassazione, che ha ritenuto invece integrabile il reato di...abuso d'ufficio. Ora che quel reato svanisce, l'impunità per rettori, direttori di dipartimento e professori che truccano i concorsi è assicurata, salva l'applicabilità di altri reati, come quelli di falso, che solo i più “sprovveduti” commettono (se li commettono) e che restano baluardi formali di legalità gravati dal compito di arginare forme di malcostume e malaffare tanto odiose quanto diffuse nella p.a.”.*

Alla luce di quanto precede, si ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 c. 1 lettera b) l. 9 agosto 2024, n. 114 nella parte in cui abroga il reato di cui all'art. 323 c.p., per violazione dell'art. 117 c. 1 Cost., in relazione agli artt. 1, 5, 7 c. 4, 19 e 65 della Convenzione ONU di Merida del 2003.

Non risulta praticabile un'interpretazione della norma censurata in senso conforme al vincolo internazionale, trattandosi di norma integralmente abrogatrice di una fattispecie penale, laddove il rilevato contrasto tra norma interna e disposizione internazionale è, con ogni evidenza, insanabile in via interpretativa.

P.Q.M.

Visti gli artt. 134 Cost., 1 l. cost. 1/1948 e 23 ss. l. 87/1953,

solleva

la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 1, comma 1, lett. b) della l. 9 agosto 2024, n. 114 (pubblicata in GU n.187 del 10 agosto 2024 ed entrata in vigore il 25 agosto 2024), nella parte in cui abroga l'art. 323 c.p., per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. (in relazione agli obblighi discendenti dagli artt. 1, 5, 7, c. 4, 19 e 65 della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione – c.d. Convenzione di Merida - adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, oggetto di ratifica ed esecuzione in Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116);

sospende

il giudizio in corso nei confronti degli imputati fino alla definizione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale con 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.

Bolzano, 11.11.2024

Il Presidente

Stefan Tappeiner



Il Giudice
Julia Dorfmann

Il Giudice est.
Federico Secchi



Deposito il 11/11/2024

Il Funzionario giudiziario
Die höhere Beamten für Rechtspflege

10

Sabrina Mura

