



Procura della Repubblica presso il Tribunale di Reggio Emilia

OGGETTO: Memoria del Pubblico Ministero – L. Cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e art. 23 L. 87/1953: **Istanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. art. 1, comma 1, lett. b), l. 9 agosto 2024, n. 114** con il quale è stato abrogato *tout court* l'art. 323 c.p. "abuso d'ufficio" ed eliminato il suo riferimento nell'art. 322 bis cp (art. 1, comma 1, lett. a, nr. 1 medesima legge).

Il Pubblico Ministero,

visto l'art. 1, comma 1, lett. b), l. 9 agosto 2024, n. 114 (*Gazzetta Uff. 10/08/2024 n. 187*) con il quale a decorrere dal 25.08.2024 è stato abrogato il delitto di cui all'art. 323 c.p.;

visto il capo di imputazione nr. 85 di cui al presente procedimento penale RGNR, capo iscritto per il reato di cui all'art. 323 c.p. nei confronti di _____, _____ (e _____, giudicato separatamente) ed avente ad oggetto l'avvenuto affidamento del servizio di psicoterapia a favore di minori in tutela del servizio sociale ai terapeuti della _____ Srl in assenza di qualsivoglia procedura ad evidenza pubblica ed il pagamento degli stessi attraverso l'utilizzo di soggetti fittiziamente interposti (gli affidatari dei minori);

vista la sentenza di assoluzione nr. _____ R. Sent. Datata _____ della Corte di Appello di Bologna, emessa nel separato giudizio a carico di _____, in riforma della sentenza di condanna nr. _____ R. Sent. datata _____ emessa in primo grado per il reato di cui all'art. 323 c.p., sentenza assolutoria espressa con la formula <<per non aver commesso il fatto>> in relazione all'art. 323 c.p. e nella cui parte motiva è attestata la ferma e chiara sussistenza del reato in disamina a carico dei pubblici ufficiali dell' _____ (tuttora imputati in primo grado nel presente procedimento). Sentenza divenuta definitiva in data 10.04.2024 a seguito di inammissibilità dei ricorsi presentati sia dalla Procura Generale che dalla difesa

visto il capo di imputazione nr. 17 di cui al presente procedimento penale _____ capo iscritto per il reato di cui all'art. 323 c.p. nei confronti di _____, _____ e _____ ed avente ad oggetto l'avvenuto versamento da parte della dirigente a queste ultime due, quali affidatarie di una minore, di una quota di affido doppia

¹ Pag. 29 sentenza Corte di Appello <<certo è che, in ogni caso, i documenti evocati dall'appellante non assumono alcuna valenza sanante rispetto agli affidamenti effettuati in pieno spregio della normativa in materia di appalti>>: pag. 36: <<appare evidente la sussistenza di tutti gli elementi di fatto idonei ad integrare la materialità del delitto di cui all'art. 323 c.p.>>; pag. 40 <<deve ritenersi pienamente integrata la violazione di legge richiesta dalla fattispecie di cui all'art. 323 c.p.>>.

rispetto a quella prevista dalla legge, omettendo di astenersi in virtù dei pregressi rapporti di amicizia e di natura professionale;

visto il capo di imputazione nr. 83 di cui al presente procedimento penale capo
iscritto per il reato di cui all'art. 323 c.p. nei confronti di e ed
avente ad oggetto l'avvenuto versamento dalla dirigente alla , quale
affidataria di una minore proseguito anche durante la maggiore età della stessa, di quote di affido
particolarmente maggiorate rispetto a quelle previste dalla legge, omettendo di astenersi in virtù del
rapporto sentimentale e di convivenza esistito tra le due, della comproprietà di un'abitazione su cui
entrambe pagavano il mutuo, della comune e solidale esposizione debitoria e della cointestazione di
un conto corrente.

osserva quanto segue.

1. RILEVANZA DELLA QUESTIONE.

Come testé indicato, nell'ambito del presente procedimento penale nr. RGNR, vi sono anche le imputazioni di cui ai capi sopra indicati relativi al reato di cui all'art. 323 c.p., reato abrogato in epoca successiva alla commissione del fatto contestato, a seguito dell'entrata in vigore dell'art.1, comma 1, lett. b), l. 9 agosto 2024, n. 114. Per effetto di tale abrogazione, il Tribunale avrebbe pertanto l'onere di dichiarare, con riferimento agli stessi, il <<non doversi procedere ex art. 129 c.p.p.>> trattandosi di fatti non più previsti dalla legge come reato. Laddove invece, attraverso l'instaurando giudizio di legittimità costituzionale, la predetta abrogazione *tout court* fosse considerata contraria al testo costituzionale, si realizzerebbe invece la "riespansione" della rilevanza penale del comportamento oggetto del reato di abuso d'ufficio con la contestuale prosecuzione, dunque, del processo già in corso, al fine di accertare in dibattimento la sussistenza del reato contestato agli imputati.

In tema di rilevanza della questione, un'ulteriore osservazione pare doverosa e ciò anche con riguardo alla stretta connessione con il tema di <<non manifesta infondatezza>> della medesima.

Risulta di tutta evidenza, infatti, che la rilevanza della questione non appare in alcun modo pregiudicata dalla circostanza che attraverso l'instaurando giudizio di legittimità costituzionale si miri ad ottenere una "riviviscenza" di una norma penale abrogata e che dunque l'oggetto del giudizio sia rappresentato da norme penali di favore nonché di norme abrogative di ipotesi delittuose. Contraria alle fondamenta stessa dello Stato di Diritto, fondato su principi costituzionali, sarebbe infatti la possibilità che le suddette norme penalipossano sfuggire al controllo di costituzionalità, precludendosi, di tal guisa, di poter garantire la preminenza del testo costituzionale sulla legislazione statale ordinaria.

E' innanzitutto noto a questa Procura il contenuto della sentenza della Corte Costituzionale nr. 8/2022 con cui, tra le altre cose e nella parte finale, è stata dichiarata l'inaammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine all'art. 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, infatti, fondando la preclusione di uno intervento *in malam partem*, sul principio di riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., si era così espressa:

<<Il discorso è diverso per le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., intese a censurare i contenuti della norma. Riguardo ad esse, resta, infatti, pienamente operante la

ricordata preclusione delle sentenze in malam partem in materia penale, cui consegue, come eccepiuto dall'Avvocatura dello Stato, l'inammissibilità delle questioni stesse. Onde superare l'ostacolo, il rimettente invoca decisioni di questa Corte (in specie, le sentenze n. 394 del 2006 e n. 148 del 1983) che hanno ammesso la sindacabilità in malam partem delle cosiddette norme penali di favore: qualifica che tuttavia non compete alla norma oggi in esame. Come questa Corte ha chiarito (sentenza n. 394 del 2006; in senso conforme, tra le altre, sentenza n. 155 del 2019, n. 57 del 2009 e n. 324 del 2008; ordinanza n. 413 del 2008), per norme penali di favore debbono intendersi quelle che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento. L'effetto in malam partem conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tali norme non vulnera la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, rappresentando una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria. La qualificazione come norma penale di favore non può essere fatta, di contro, discendere, come nel caso di specie, dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale. In tal caso, la richiesta di sindacato in malam partem non mira a far riespandere una norma tuttora presente nell'ordinamento, ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa alla Corte (sulla inammissibilità delle questioni volte a conseguire il ripristino di norme incriminatrici abrogate o di discipline penali sfavorevoli, ex plurimis, sentenze n. 37 del 2019, n. 57 del 2009 e n. 324 del 2008; ordinanze n. 282 del 2019, n. 413 del 2008 e n. 175 del 2001)>>.

E' tuttavia nella nota sentenza nr. 37 del 2019, fatta salva e richiamata anche dalla citata sentenza 8/2022, che la stessa Corte Costituzionale, in tema di ammissibilità di questioni di legittimità costituzionali di leggi abrogatrici, nel caso di specie del reato di ingiuria ex art. 594 c.p., ha delineato, in maniera esaustiva e nel dettaglio l'intera materia, partendo dal principio generale di esclusione di intervento 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.

Così, la Corte Costituzionale nella citata sentenza nr. 37 del 2019: <<In linea di principio, sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che concernano disposizioni abrogative di una previgente incriminazione, e che mirino al ripristino nell'ordinamento della norma incriminatrice abrogata (così, ex plurimis, sentenze n. 330 del 1996 e n. 71 del 1983; ordinanze n. 413 del 2008, n. 175 del 2001 e n. 355 del 1997), dal momento che a tale ripristino osta, di regola, il principio consacrato nell'art. 25, secondo comma, Cost., che riserva al solo legislatore la definizione dell'area di ciò che è penalmente rilevante. Principio, quest'ultimo, che determina in via generale l'inammissibilità di questioni volte a creare nuove norme penali, a estenderne l'ambito applicativo a casi non previsti (o non più previsti) dal legislatore (ex multis, sentenze n. 161 del 2004 e n. 49 del 2002; ordinanze n. 65 del 2008 e n. 164 del 2007), ovvero ad aggravare le conseguenze sanzionatorie o la complessiva disciplina del reato (ex multis, ordinanze n. 285 del 2012, n. 204 del 2009, n. 66 del 2009 e n. 5 del 2009). Come ribadito anche di recente da questa Corte (sentenze n. 236 del 2018 e n. 143 del 2018), peraltro, tali principi non sono senza eccezioni. Anzitutto, può venire in considerazione la necessità di evitare la creazione di "zone franche" immuni dal controllo di legittimità costituzionale, laddove il legislatore introduca, in violazione del principio di eguaglianza, norme penali di favore, che sottraggano irragionevolmente un determinato sottoinsieme di condotte alla regola della generale rilevanza

penale di una più ampia classe di condotte, stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, ovvero prevedano per detto sottoinsieme – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole (sentenza n. 394 del 2006). Un controllo di legittimità con potenziali effetti in malam partem deve altresì ritenersi ammissibile quando a essere censurato è lo scorretto esercizio del potere legislativo: da parte dei Consigli regionali, ai quali non spetta neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore nazionale (sentenza n. 46 del 2014, e ulteriori precedenti ivi citati); da parte del Governo, che abbia abrogato mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega (sentenza n. 5 del 2014); ovvero anche da parte dello stesso Parlamento, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge (sentenza n. 32 del 2014). In tali ipotesi, qualora la disposizione dichiarata incostituzionale sia una disposizione che semplicemente abrogava una norma incriminatrice preesistente (come nel caso deciso dalla sentenza n. 5 del 2014), la dichiarazione di illegittimità costituzionale della prima non potrà che comportare il ripristino della seconda, in effetti mai (validamente) abrogata. Un effetto peggiorativo della disciplina sanzionatoria in materia penale conseguente alla pronuncia di illegittimità costituzionale è stato, altresì, ritenuto ammissibile allorché esso si configuri come «mera conseguenza indiretta della reductio ad legitimitatem di una norma processuale», derivante «dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale» (sentenza n. 236 del 2018). Un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti in malam partem può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 28 del 2010; nonché sentenza n. 32 del 2014, ove l'effetto di ripristino della vigenza delle disposizioni penali illegittimamente sostituite in sede di conversione di un decreto-legge, con effetti in parte peggiorativi rispetto alla disciplina dichiarata illegittima, fu motivato anche con riferimento alla necessità di non lasciare impunte «alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.»)>>.

Si tratta di deroghe, tra l'altro, ribadite dalla medesima Corte Costituzionale anche in altra successiva pronuncia (sentenza Corte Costituzionale 40/2019):

<<Per altro verso, occorre evidenziare che non trova riscontro nella giurisprudenza costituzionale l'assunto da cui muove il giudice rimettente per cui la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. precluderebbe in radice a questa Corte la possibilità di intervenire in materia penale con effetti meno favorevoli. Invero, 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 malampartem 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)>>.

Ultime, non per importanza, anche le ulteriori due pronunce della Corte Costituzionale sul medesimo tema. Con la sentenza n. 81 del 2014, coerentemente a quanto poi esposto nella citata sentenza 37/2019 in tema di ingiuria, ha infatti sancito di non potere rimodulare liberamente le sanzioni degli illeciti penali perché, se lo facesse, invaderebbe un campo riservato alla discrezionalità del legislatore, **il cui esercizio è censurabile, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove trasmodi nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene quando si sia di fronte a sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione.** Mentre la discrezionalità del legislatore potrebbe essere censurata soltanto nel caso di *<<uso distorto o arbitrario così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza>>* (ordinanza n. 23 del 2009).

Detto ciò in tema di ammissibilità rilevanza della questione, si indicheranno gli argomenti a sostegno della presente istanza partendo dalle argomentazioni in ordine al pregiudizio di cui agli artt. 3, 24 e 97 Cost. per terminare poi su uno degli aspetti maggiormente rilevanti, ai fini della questione proposta, ossia la ritenuta violazione dell'art. 117 Cost. in tema di obblighi comunitari essendo quest'ultima, infatti, una di quelle circostanze in cui la questione di legittimità costituzionale risulta pacificamente ammissibile anche rispetto ad una *lex abrogans* e nonostante i potenziali effetti *in malam partem* provocati dalla riviviscenza della norma penale abrogata.

2. NON MANIFESTA INFONDATEZZA DELLA QUESTIONE

- ✓ Violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nella sua declinazione avente ad oggetto la disparità di trattamento sanzionatorio rispetto a fattispecie analoghe a quella abrogata se non addirittura connotate, rispetto a quest'ultima, anche di un minor disvalore. E ciò in assenza di qualsivoglia criterio sotteso alla ragionevolezza della suddetta "discriminazione".

Attraverso l'abrogazione del reato di cui all'art. 323 c.p. il legislatore ha rimosso dall'area del "penalmente rilevante" le condotte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, *<<in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto>>*.

Ebbene, innanzitutto, tale discriminazione sanzionatoria, confliggente manifestamente con il canone della ragionevolezza, la si può rilevare rispetto alla sussistenza nel codice penale del reato di cui all'art. 328 c.p. che punisce la condotta del *<<pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo>>*. E' pacifico che la condotta omissiva del pubblico ufficiale, ogniqualvolta posta in essere *<<al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio ingiusto patrimoniale, o comunque per arrecare ad altri un danno ingiusto>>* integri il più grave reato di cui all'art. 323 c.p. e non quello di cui all'art. 328 c.p. ed anzi, proprio nel perseguimento della suddetta finalità illecita la giurisprudenza di legittimità ha sempre riconosciuto la differenza tra i due reati (cfr. tra le altre, Cass. VI, n. 18360/2003). La manifesta irragionevolezza nella scelta abrogatrice del legislatore emerge con chiarezza

stante, in siffatta situazione, la rimozione dall'area del penalmente rilevante della condotta omissiva connotata da maggior disvalore. Abrogato l'abuso d'ufficio, entrambe le condotte omissive, pur differenti sotto il profilo connesso al relativo disvalore, finiranno per essere "trattate" in maniera identica nel medesimo contenitore sanzionatorio di cui all'art. 328 c.p. .

Ancora più evidente, sempre con riferimento alla manifesta discriminazione, sul piano sanzionatorio ed in violazione del canone di ragionevolezza, ancora con riguardo alla simultanea presenza del reato di omissione di atti d'ufficio e all'avvenuta abrogazione del reato di abuso di ufficio, si rileva come l'omissione di un atto d'ufficio risulta sanzionato penalmente laddove, invece, la commissione di un atto d'ufficio posto in essere in spregio a specifiche regole di condotta previste, senza alcun margine di discrezionalità da norme di rango primario ed intenzionalmente agite al fine di procurare un ingiusto vantaggio a sé o terzi, non risulta più parimenti sanzionato. E, ciò, nonostante l'evidente maggior disvalore di tale seconda condotta rispetto a quella meramente omissiva.

Il secondo più evidente esempio di violazione del principio costituzionale di uguaglianza lo si evince dalla lettura delle ipotesi delittuose di cui agli artt. 353 c.p. e 353 bis c.p.

Il primo, l'art. 353 c.p., punisce <<chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni>> e presuppone, come noto, che vi sia stato l'inizio della procedura di gara, almeno con l'avvenuta pubblicazione del bando, non integrandosi invece nel caso in cui i contratti siano stipulati al di fuori di qualsiasi ambito concorsuale, ad es. in sede di trattativa privata (Cass. VI, n. 32237/2014) o all'esito di una procedura selettiva del tutto interna, in base, ad esempio, a una comparazione di *curricula* (Cass. VI, n. 6603/2021).

Il secondo, l'art. 353 bis cp, in via cautelare e preventiva, agisce anche rispetto alla fase antecedente al bando di gara e, come noto, nasce dall'esigenza di intervenire nella fase in cui, secondo prassi degenerate, intervengono gli accordi mirati al confezionamento di un "bando su misura" del candidato che si intende favorire. Lo stesso punisce le condotte violente, minacciose o <<con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti>> qualora atte a turbare <<il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione>> e ciò sempre, solo ed esclusivamente, nell'ambito di una procedura amministrativa ad evidenza pubblica in cui l'oggetto materiale del "turbamento" sia un <<bando>> o <<altro atto equipollente>>. Sono dunque pacificamente escluse dalla riconducibilità alla predetta fattispecie tutte le situazioni in cui la scelta/ricerca del contraente prescinda da qualsiasi comparazione, anche del tutto informale, tra più soggetti ovvero quelle in cui si proceda, ancorché illegittimamente, con trattativa privata non anticipata da una fase di valutazione concorsuale. In siffatte situazioni il delitto previsto dall'art. 353-bis non si potrà configurare, considerato il dato letterale univoco della norma e la circostanza che una lettura più ampia della stessa sarebbe di tipo analogico *in malam partem*. Sul punto si rammentano, tra le altre, Cass. VI, n. 17876/2022; Cass. VI, n. 5536/2022, che hanno appunto escluso la configurabilità del reato di cui all'art. 353 bis c.p. nei casi di affidamento diretto di lavori senza "somma urgenza" o simulando altre condizioni di legge.

Ebbene, l'avvenuta abrogazione del reato di abuso d'ufficio, stante il quadro della normativa vigente in materia, postula una lapalissiana discriminazione di situazioni del tutto identiche con manifesta violazione del canone della ragionevolezza.

Le medesime condotte del pubblico ufficiale, infatti, se atte a pregiudicare il buon andamento e l'imparzialità di una Pubblica Amministrazione nell'ambito di un <<bando>> propriamente detto ovvero di <<altro atto equipollente>> sarebbero penalmente rilevanti ex art. 353 bis c.p.; se atte, invece, a pregiudicare il medesimo bene giuridico nell'ambito tuttavia di un "affidamento diretto", procedura ad evidenza pubblica parimenti disciplinata dal medesimo Codice degli Appalti, non sarebbero invece penalmente rilevanti stante l'abrogazione dell'alveo nel quale fino ad oggi erano riconducibili ossia, appunto, l'abuso d'ufficio. E ciò nonostante la condotta riconducibile all'abuso d'ufficio sia connotata da maggior disvalore alla luce della <<violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità>>(ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti), condotte intenzionalmente dirette a procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale (ovvero arrecare ad altri un danno ingiusto) a fronte dei <<doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti>>previsti dall'art. 353 e 353 bis c.p.. Tra l'altro, proprio con riferimento a tali ultimi requisiti si sottolinea, altresì, come gli stessi, diversamente da quanto più gravemente prevedeva la norma abrogata, nemmeno presuppongono necessariamente l'intenzionale e dolosa violazione di specifiche condotte previste dalla legge o da atti avente forza di legge o un conflitto di interessi (basti considerare, sul punto, che il divieto di accettare doni o "regalie" è sancito da norma regolamentare ed in particolare dall'art. 4 del DPR 62/2013).

Non solo tuttavia.

Si rileva, inoltre, come, a seguito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, paradossalmente la medesima condotta del pubblico ufficiale risulta penalmente sanzionata o meno a seconda della presenza o assenza di una procedura ad evidenza pubblica. L'avvenuta abrogazione del reato di cui all'art. 323 c.p. fa sì, infatti, che la predisposizione di un cosiddetto "bando su misura" volto a garantire l'affidamento di un servizio pubblico ad un soggetto favorito e *ab origine* predeterminato, sia penalmente rilevante ex art. 353 bis c.p., mentre, invece, il medesimo affidamento, se effettuato in assenza della medesima procedura ad evidenza pubblica (e non dunque in presenza di una procedura ad evidenza pubblica seppur "turbata"), non sarebbe penalmente sanzionabile (richiedendo infatti il 353 bis la sussistenza di una procedura competitiva di riferimento) e ciò nonostante il medesimo totale spregio delle specifiche regole di condotta di cui al D.Lgs 36/2023 - Codice dei Contratti Pubblici. Tradotto ai minimi termini, affidare un servizio pubblico, in assenza di alcuna procedura ad evidenza pubblica e magari ad un soggetto "favorito", anche eventualmente legato da rapporti affaristici con il pubblico ufficiale, risulterebbe per il soggetto agente una scelta senza dubbio meno rischiosa piuttosto che rispettare le specifiche regole di condotta previste dal Codice Appalti seppur solo alterandole al fine di favorire il medesimo soggetto. Si tratta di macroscopici paradossi sottesi all'avvenuta abrogazione del delitto di cui all'art. 323 c.p. in palese violazione dell'art. 3 della Costituzione e di certo in altrettanta manifesta violazione del canone di ragionevolezza.

✓ Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Il reato di cui all'art. 323 c.p. è (*rectius*: era) inquadrato nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione - dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione - e posto come noto a presidio del bene giuridico, di rango costituzionale, del <<buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione>>. Nel caso in cui il privato cittadino sia "leso" da comportamento prevaricatore del Pubblico Ufficiale lo stesso è altresì pacificamente legittimato attivo all'esercizio di azioni di tutela in ambito giurisdizionale amministrativo rispetto alla suddetta condotta del pubblico amministratore.

Costante e pacifica giurisprudenza di legittimità, del resto, affermano la natura plurioffensiva del reato di cui all'art. 323 c.p., dato che il bene giuridico tutelato non è solamente il buon andamento e imparzialità della P.A., ma anche il patrimonio del terzo danneggiato dall'abuso del funzionario pubblico:

- il reato di abuso d'ufficio, allorché sia finalizzato ad arrecare ad altri un danno ingiusto, **ha natura plurioffensiva**, in quanto è idoneo a ledere, oltre all'interesse pubblico al buon andamento e alla trasparenza della Pubblica Amministrazione, il concorrente interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti dal comportamento illegittimo e ingiusto del pubblico ufficiale. In questi casi il privato danneggiato riveste la qualità di persona offesa dal reato ed è legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del pubblico ministero (*Cass. pen., Sez. VI, 29 marzo 2012, n. 13179*).
- Il reato di abuso d'ufficio **ha natura necessariamente plurioffensiva** quando è commesso arrecando ad altri un danno ingiusto, nel senso, cioè, che devono essere lesi sia gli interessi costituzionalmente tutelati del buon andamento e dell'imparzialità della P.A. (art. 97 Cost.), sia quelli di un *extraneus* o anche di un dipendente dell'amministrazione stessa, purché sia toccato nella sua personale condizione giuridica derivante dal rapporto di impiego (*Cass. pen. n. 39259/2005*).
- Quando il reato di abuso di ufficio sia commesso per arrecare «ad altri un danno» è lesa oltre che la sfera giuridica della pubblica amministrazione anche quella del privato: **in tal caso il reato è plurioffensivo**, con la conseguenza che la persona offesa dal reato ha il diritto di ricevere l'avviso di richiesta di archiviazione (*Cassazione penale, Sez. VI, sentenza n. 1147 del 27 maggio 1999*).

Si è ben consapevoli di quanto argomentato dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza 8/2022 con riguardo all'asserita violazione dell'art. 97 Cost. rispetto alla novella del 2020 in tema di abuso d'ufficio: v. <<*Nell'occasione, si è posto in evidenza come una censura di illegittimità costituzionale non possa basarsi sul pregiudizio che la formulazione, in assunto troppo restrittiva, di una norma incriminatrice, recherebbe a valori di rilievo costituzionale, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono, infatti, nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni...*>>.

Ma, nel caso di cui qui si discorre la questione è esattamente questa. Il legislatore non ha certo rimosso il presidio penale alla tutela del bene giuridico di cui all'art. 97 Cost. sostituendolo con <<*altri precetti e sanzioni*>> ma, attraverso l'abrogazione dell'abuso d'ufficio si è limitato a lasciarlo sostanzialmente indifeso.

L'abrogazione *tout court* dell'art. 323 c.p. rimuovendo la tutela penale rispetto al comportamento "prevaricatore" del pubblico ufficiale, lascia infatti all'eventuale terzo danneggiato esclusivamente

azione di tutela in sede giurisdizionale amministrativa. Tale residuale rimedio, tuttavia, non pone l'avvenuta abrogazione del delitto di cui all'art. 323 c.p. al riparo dall'evidente confliggenza con il dettato costituzionale ed in particolare proprio rispetto all'art. 97 della Costituzione e ciò per due motivi.

Il primo è che, stante la pacifica natura plurioffensiva del reato di cui all'art. 323 c.p., il legislatore avrebbe così lasciato alla sola iniziativa privata (del terzo danneggiato, tra l'altro solo eventuale) la tutela di un bene giuridico pubblico e collettivo sottratto alla disponibilità del privato medesimo.

Il secondo è che, nel caso in cui la condotta "*contra legem*" del pubblico amministratore ovvero quella posta in essere in "conflitto di interessi", anziché provocare un danno al terzo lo abbia invece ingiustamente favorito, nessuno dei due (in assenza o all'insaputa di eventuali *competitors*), avrebbe alcun interesse ad esercitare un'azione volta a dichiarare illegittima quella condotta, con ciò determinando un implicito sacrificio di un bene giuridico di rango costituzionale nonostante quest'ultimo, *ex sé*, trascenda i rapporti tra i due soggetti coinvolti dal provvedimento amministrativo ed investa gli interessi dell'intera collettività.

Proprio su tale ultima circostanza si osserva, inoltre, che il rimedio giurisdizionale concesso al privato giammai, in termini di tutela del bene giuridico di cui all'art. 97 Cost., potrebbe supplire all'assenza della tutela penale fino ad oggi garantita dall'art. 323 c.p. anche in considerazione degli incisivi ed eterogenei poteri investigativi necessari per l'accertamento di fatti reato e del tutto assenti, in capo al privato e nell'ambito di un ricorso amministrativo, anche solo per verificare le dinamiche sottese all'esercizio del potere amministrativo volte a dimostrare la sussistenza di un abuso o meno nella condotta del pubblico ufficiale. Si pensi al capo di imputazione nr. 83 di cui al presente procedimento penale RGNR:

83.

delitto p. e p. dagli artt. 61 n. 8, 110 e 323 c.p. poiché, in concorso tra loro, la pubblico ufficiale dirigente del servizio sociale integrato dell' astenersi nel caso prescritto di cui all'art. 7 D.P.R. 62/2013 ovvero in presenza di:

in qualità di omettendo di

- *del rapporto familiare di fatto esistente tra le due donne sin da giovanissime (la stata presa in carico dalla famiglia della già durante la sua adolescenza); risultava essere*
- *del pregresso rapporto sentimentale esistito a lungo tra le due;*
- *del profondo legame intercorrente tra le stesse rimasto inalterato anche a seguito della interruzione del rapporto sentimentale;*
- *della consapevole inadeguatezza della in virtù sia del pregresso traumatico vissuto sia dell'incidenza psicologica sul presente dei traumi subiti nel passato;*
- *della sussistenza di una solidale esposizione debitoria;*
- *della comproprietà di un appartamento (gravato ancora oggi da mutuo e nel quale abita la);*
- *della cointestazione del c/c aperto presso la filiale di Bibbiano, su cui facevano entrambe confluire i propri redditi da lavoro (di cui quello della Prudente di gran lunga inferiore rispetto a quello della) ivi appoggiandovi gli addebiti delle carte di credito e bancomat, anche singolarmente intestati, con totale commistione e comunione dei rispettivi patrimoni e sul quale gravava altresì il mutuo del punto precedente oltre che finanziamenti accessi dalle due donne,*

intenzionalmente procurava a un ingiusto profitto, con pari danno della Pubblica Amministrazione (), consistente nel versamento mensile di € 252 per (dall'aprile 2016 all'ottobre 2017), di € 252 mensili per (dall'aprile 2016 al dicembre 2017) nonché € 200 mensili per (dall'aprile 2017 al marzo 2019) in ordine alla quale, inoltre, in assenza di una reale necessità (come descritto nel capo 75), l protraeva il versamento anche dopo il

compimento della maggiore età della minore, a fronte di un impegno effettivo indicato dalla stessa nell'incontrarsi con l'affidataria "un paio d'ore per un paio di volte al mese, per prendere un caffè insieme e fare una chiacchierata".

Con il vincolo della continuazione ex art. 81/2° comma c.p.

In Reggio Emilia e Bibbiano, dall'aprile 2016, nel 2017, nel 2018 ed almeno sino al marzo 2019.

Delitto aggravato per la per aver tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso mediante l'ideazione di un diverso criterio, ideato a partire dal gennaio 2019 a seguito della consapevolezza delle indagini in atto, di pagamento a favore degli affidatari avulso rispetto a una precisa tabella di riferimento tale da consentire, attraverso il pagamento sotto la voce "retta affidi", anche pagamenti di differente natura (pagamento della psicoterapia, pulizie, espletamento della mansione di cuoca).

Ebbene, abrogato l'abuso d'ufficio, la suddetta condotta non sarebbe penalmente rilevante. Chi dovrebbe agire in via giurisdizionale amministrativa? Il beneficiario del comportamento adottato in palese conflitto di interessi? Non lo farebbe ovviamente mai. Astrattamente si potrebbe immaginare una legittimazione attiva ad una siffatta azione esclusivamente da parte di un eventuale terzo soggetto pregiudicato dalla "preferenza" accordata alla dalla sua ex compagna dirigente del servizio. Differente azione di tutela, sul profilo erariale per il danno cagionato all'Amministrazione, si potrebbe ritenere esercitabile da parte di qualsiasi soggetto che (non si sa come) prendesse atto della situazione e segnalasse i fatti alla Corte dei conti. Ma quali concrete possibilità, sul piano della conoscenza dei fatti e poi del relativo accertamento, potrebbero avere i citati soggetti in assenza degli strumenti investigativi (ad esempio tabulati telefonici, escussione delle persone informate sui fatti, acquisizione di documenti bancari, effettuazione di copie forensi dei dispositivi elettronici posti in sequestro, e così via) per mezzo dei quali invece si è, nel caso di specie, proceduto per l'accertamento del reato di cui all'art. 323 c.p.? Evidentemente nessuna ed altrettanto evidentemente la diretta conseguenza sarebbe un grave pregiudizio del bene giuridico tutelato dall'art. 97 della Costituzione.

✓ Violazione dell'art. 24 della Costituzione.

L'abrogazione del reato di abuso d'ufficio contrasta anche con il diritto di difesa costituzionalmente garantito a tutti i cittadini rispetto ai propri diritti e interessi legittimi. In particolare, la completa abrogazione del reato di cui all'art. 323 c.p. postula, altresì, l'abrogazione anche del cosiddetto "abuso di danno" ossia la condotta prevaricatrice del pubblico ufficiale, contra *legem* ovvero in omessa astensione di conflitto di interessi, intenzionalmente diretta a provocare un danno al privato. Innanzitutto, occorre rilevare che si tratta di un vuoto di tutela che, sul piano penale, non può essere colmata *sic et simpliciter* da altre fattispecie. Non si rinviene infatti, nell'ordinamento penale, una norma in grado di abbracciare condotte di prevaricazione del pubblico ufficiale che non sfocino in una promessa o dazione di denaro, o di altre utilità, da parte del privato (in grado dunque di integrare ad esempio la più grave fattispecie di concussione) ovvero che non difettino di quei caratteri tipici ad esempio della corruzione o del peculato (per l'impossibilità di sussumere le predette condotte nell'alveo del 353 o 353 bis si è invece già testé argomentato).

Del resto, nonostante le significative modifiche strutturali del delitto di abuso di ufficio, non è mai mutata la sua natura sussidiaria rispetto al contesto dei delitti in cui lo stesso era inserito ossia garantire tutela penale rispetto a fattispecie non altrove sussumibili. **Abrogato l'abuso d'ufficio e nonostante si tratti di fatti connotati da forte disvalore, talvolta del tutto intollerabili, gli stessi resterebbero "impuniti" rispetto all'esercizio di qualsivoglia diritto di difesa.** Basti considerare, tra le condotte affaristiche o di vantaggio, per esempio, fatti di rilascio di permessi di costruire illegittimi o di reiterata, sistematica sanatoria di abusi edilizi; fatti di mancata astensione e assegnazione di posti di lavoro o incarichi di consulenza a membri della propria famiglia o a società di cui l'agente detiene partecipazioni (*Cass., Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 10067; Cass., Sez. V, 28 dicembre 2020, n. 37517*); fatti consistenti nell'intenzionale pregiudizio arbitrariamente imposto a fondamentali diritti altrui, ancor più carichi di disvalore perché commessi da rappresentanti dello Stato come ad esempio il caso del carabiniere che ordini a due ragazze di mostrare i loro documenti obbligandole ad attendere l'arrivo di una pattuglia solo per ritorsione, perché le ragazze avevano rifiutato le sue *avances* (*Cass., Sez. VI, 5 luglio 2011, dep. 30 settembre 2011, n. 35597*) o quello di un Pubblico Ministero che chiede il rinvio a giudizio contro l'ex fidanzato della sua compagna, nei cui confronti aveva in precedenza deciso di archiviare il procedimento (*Cass., Sez. VI, 14 aprile 2021, dep. 12 luglio 2021, n. 26429*). Si tratta, di tutta evidenza e in molti casi, non di provvedimenti amministrativi bensì di comportamenti che non potrebbero neanche essere valutati mediante ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

E' dunque evidente che, **abrogato l'art. 323 c.p., condotte di favoritismi e sfruttamento di un interesse privato nel pubblico ufficio, restano, a scapito del soggetto terzo danneggiato, prive di tutela penale e, tra l'altro, anche di tutte le norme di carattere processual-penalistico che ne garantiscono l'accertamento.** La circostanza che, rispetto al provvedimento amministrativo prevaricatore, il terzo danneggiato possa (solo in determinate situazioni) agire in via giurisdizionale amministrativa non consente di eliminare, e nemmeno di ridurre, l'evidente pregiudizio al diritto alla difesa costituzionalmente tutelato. Si considerino, inoltre, i differenti costi che un privato cittadino dovrebbe sostenere a seconda che si rechi presso un qualsiasi Ufficio di Polizia per sporgere un atto di denuncia o invece per presentare un ricorso al TAR con tutto quanto ne consegue in termini di sacrificio di quel diritto soprattutto da parte di cittadini meno abbienti. E ciò, "a cascata", con quanto altresì ne consegue anche in termini di parità di cittadini davanti alla legge ex art. 3 Cost. posto che, a fronte della medesima condotta prevaricatrice, soltanto ai cittadini più agiati sarà concretamente consentito di presentare un ricorso giurisdizionale amministrativo.

✓ Violazione dell'art. 117 della Costituzione.

Innanzitutto, come noto, si premette e si ribadisce che la violazione degli obblighi comunitari, sia sulla scorta della sentenza 8/2022 che soprattutto di quella 37/2019 Corte Cost., non pone ostacoli all'intervento della Corte Costituzionale con effetti *in malam partem* ed in particolare rispetto alla dichiarazione di incostituzionalità di una *lex abrogans* con contestuale riviviscenza della norma incriminatrice abrogata.

Ciò premesso, si rileva che l'abrogazione *tout court* dell'abuso d'ufficio si pone altresì in contrasto con l'art. 117 Cost e con gli obblighi assunti dallo Stato italiano sia in ambito comunitario europeo sia in ambito internazionale.

Il Parlamento, con L. 116/2009, ha, infatti, ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (c.d. Convenzione di Merida) ed ha dettato norme di adeguamento interno. In particolare, con la predetta legge, si è proceduto alla ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonché norme di adeguamento interno e modifiche al codice penale e al codice di procedura penale.

In particolare, nell'ambito del titolo terzo e delle indicate misure penali, la Convenzione ha posto in capo agli Stati firmatari l'obbligo di conferire carattere penale a una grande varietà di infrazioni correlate ad atti di corruzione, qualora esse non siano già nel diritto interno definite come infrazioni penali. Rispetto ad alcune condotte, la Convenzione ha reso l'incriminazione imperativa, mentre, per altre, ha indicato la prospettiva di individuare figure supplementari di infrazione. Una specifica connotazione della Convenzione contro la corruzione è l'ampliamento del relativo campo di applicazione: essa non prende in considerazione solamente forme elementari e "tradizionali" di corruzione, ma anche atti commessi allo scopo di facilitare la corruzione stessa, quali l'ostacolo al buon funzionamento della giustizia, o la ricettazione o il riciclaggio di proventi della corruzione.

In particolare, all'art. 7/4° comma della legge 116/2009 (denominato <<Settore Pubblico>>), di ratifica della predetta Convenzione ONU, l'Italia ha assunto in ambito internazionale il seguente obbligo: <<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>>.

Ebbene, già *prima facie*, appare evidente che l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio va in direzione del tutto opposta all'<<adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse>>, eliminando invece la tutela penale fino ad oggi esistente proprio rispetto all'illecito vantaggio procurato a sé o ad altri ovvero il danno intenzionalmente provocato al terzo dal pubblico amministratore a seguito di omessa astensione in caso di conflitto di interessi.

Con l'art. 19 della citata Convenzione, denominato <<abuso d'ufficio>>, l'Italia ha assunto il seguente obbligo: <<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>>. Ebbene, se è vero che l'obbligo assunto sul piano internazionale è quello di <<esamina(re) l'adozione>>(<<...shall consider adopting...>>) e non quello di <<adottare>> (<<...shall adopt...>>), invece utilizzato nella stessa convenzione per differenti e specifiche ipotesi corruttive (ad esempio quelle previste dagli artt. 15 e 16 della Convenzione), è pur vero che, senza dubbio, è in evidente contrasto con gli obblighi internazionali assunti, la condotta di uno Stato che avendo già nel proprio corpus normativo l'ipotesi delittuosa in disamina ed essendo dunque quell'obbligo per esso *tamquam non esset*, decida invece di privarsene.

Ed infatti, è espressamente l'art. 65 <<attuazione della convenzione>> a prevedere, 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>>. Dunque, misure <<più strette o severe>> non certo abrogative di quelle <<...shall consider adopting...>> e ciò, a maggior ragione, in tutti quei casi in cui gli standard minimi previsti dalla Convenzione (come nel caso della tutela penale assicurata all'abuso d'ufficio) siano già propri dei singoli Stati al momento della Convenzione.

Ma vi è di più.

L'art. 323 c.p. è stato inserito tra i reati di cui all'art. 322 bis c.p. <<*Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione, abuso d'ufficio di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri*>>, norma con cui il legislatore ha inteso estendere le fattispecie di cui agli artt. 314, 316, 317-320, 322, commi 3 e 4, e 323 a soggetti operanti, a vario titolo, in ambito comunitario e internazionale nonché estendere l'incriminazione contenuta negli artt. 321, 322, commi 1 e 2, e 319-quater, comma 2, in presenza di determinati presupposti, ai fatti commessi dai privati nei confronti delle persone indicate al primo comma e nei confronti dei funzionari di Stati esteri e di organizzazioni pubbliche internazionali.

La citata norma di cui all'art. 322 bis c.p. è stata inserita nel codice penale dalla l. n. 300/2000, di ratifica ed esecuzione della Convenzione contro la corruzione internazionale, adottata dalla Assemblea generale dell'O.N.U. il 31 ottobre 2003, e successivamente modificata: *a) dalla l. n. 116/2009, di ratifica ed esecuzione della Convenzione contro la corruzione internazionale, adottata dalla Assemblea generale dell'O.N.U. il 31 ottobre 2003, col fine di assicurare una tutela penale anche a beni giuridici di rilevanza extranazionale; b) dalla l. n. 190/2012, con lo scopo di adattarne il testo e la rubrica al nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-quater) introdotto dalla medesima novella; c) dalla l. n. 237/2012, che ha ampliato il catalogo dei "soggetti equiparati" adeguando il nostro ordinamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale; d) dalla l. n. 3/2019, che ha ampliato il catalogo dei "soggetti equiparati" allo scopo di adeguare la nostra legislazione agli impegni assunti dall'Italia con la ratifica (eseguita con la l. 28 giugno 2012, n. 110) della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999; e) dal d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75, che ha ulteriormente ampliato il catalogo dei "soggetti equiparati" allo scopo di armonizzare la disciplina penale italiana alla Dir. UE n. 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, in tema di lotta contro la frode che leda gli interessi finanziari dell'Unione (c.d. "direttiva PIF" - direttiva per la protezione interessi finanziari.); f) dal d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75, che ha ulteriormente ampliato il catalogo dei "soggetti equiparati" allo scopo di armonizzare la disciplina penale italiana alla Dir. UE 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, in tema di lotta contro la frode che leda gli interessi finanziari dell'Unione (c.d. "direttiva PIF" - direttiva per la protezione interessi finanziari.).*

Infine, si evidenzia che la predetta norma è stata novellata dal d.lgs. n. 156/2022, che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali opera, inserendovi l'abuso di ufficio al fine di dare attuazione alla direttiva UE 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale. Infatti, il predetto decreto legislativo n. 156/2022 risulta così denominato <<Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, di attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale>> e nel preambolo del predetto decreto, il legislatore ha dato testualmente atto della citata circostanza:

Vista la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'unione mediante il diritto penale;

Visto l'articolo 3 della legge 4 ottobre 2019, n. 117, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2018;

Vista la legge 24 dicembre 2012, n. 234, e, in particolare, l'articolo 31, sulle procedure per l'esercizio delle deleghe legislative conferite al Governo con la legge di delegazione europea;

Visto il decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, con il quale è stata data attuazione alla direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'unione mediante il diritto penale;

In sostanza è lo stesso legislatore nazionale ad aver preso atto che la tutela penale dell'abuso d'ufficio rientrava tra gli obblighi assunti sia in sede europea che internazionale al punto da averne esteso l'applicazione, proprio in ottemperanza agli impegni assunti, anche in ambiti diversi da quelli nazionali attraverso il suo inserimento nel novero di quelle elencati all'art. 322 bis c.p.

Risulta pertanto evidente che l'art. 1, comma 1, lett. b), l. 9 agosto 2024, n. 114 (cosiddetto DDL Nordio) con il quale si è proceduto all'abrogazione dell'abuso d'ufficio e contestualmente anche alla sua eliminazione dalla fattispecie di cui all'art. 322 bis c.p., violi direttamente l'art. 117 della Costituzione essendo stato il potere legislativo esercitato nel mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, ossia i medesimi vincoli per i quali, soltanto due anni fa, il medesimo legislatore aveva dovuto procedere all'adeguamento dell'ordinamento interno, proprio attraverso l'estensione della tutela penale di cui all'art. 323 c.p. . E ciò considerando espressamente la previsione penale della suddetta fattispecie necessaria nella <<lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'unione mediante il diritto penale>>.

Ma vi è di più.

Il legislatore, abrogando l'art. 323 c.p. ha ovviamente eliminato anche il suo riferimento nell' art. 322 bis c.p. sostituendolo con quello del nuovo (*rectius*: reintrodotta) reato di cui all'art. 314 bis c.p. "peculato per distrazione" e che per comodità si riporta di seguito:

<<Fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La pena è della reclusione da sei mesi a quattro anni quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad euro 100.000>>.

Risulta innanzitutto pacifico che il cosiddetto "peculato per distrazione", dopo la sua formale abrogazione con la nota riforma del 1990, abbia continuato ad "esistere" nel cosiddetto *ius vivendi*,

proprio in quanto ricondotto dalla giurisprudenza di legittimità nell'alveo dell'art. 323 c.p.², in una sorta di piccolo contenuto in un più ampio contenitore. Abrogato il contenitore resta ora solo quel piccolo contenuto.

Ebbene, l'avvenuta abrogazione dell'abuso d'ufficio e la sua sostituzione con l'art. 314 *bis* c.p. nell'ambito dell'art. 322 *bis* c.p., si ritiene abbia specificatamente posto lo Stato Italiano inottemperante agli obblighi comunitari di cui all'art. 4/3° comma della Direttiva UE 2017/1371 a presidio degli interessi finanziari dell'Unione Europea, secondo i quali l'Italia aveva assunto l'onere di sanzionare penalmente la distrazione di beni senza alcuna limitazione ai soli beni mobili. Attraverso l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio (con cui si garantiva il rispetto *in toto* degli obblighi comunitari) e la sua sostituzione nell'art. 322 *bis* c.p. (che fa riferimento esclusivamente alla distrazione di <<denaro o altra cosa mobile>>) lo Stato Italiano si è di fatto sottratto all'obbligo di incriminazione in disamina.

In coerenza con quanto assunto e sempre sul piano della sostenuta illegittimità costituzionale della *lex abrogans* dell'art. 323 c.p. alla luce della confliggenza con gli oneri comunitari e internazionali assunti, appare doveroso menzionare anche la proposta di direttiva europea sulla lotta alla corruzione che, all'articolo 11, impegna gli Stati membri a prevedere espressamente come reato l'abuso d'ufficio (*abuse of functions*), così definito: <<the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the exercise of his functions for the purpose of obtaining an undue advantage for that official or for a third party>>. La proposta di direttiva riproduce in sostanza la previsione della Convenzione ONU contro la corruzione (art. 19 Convenzione di Merida), ratificata dall'Italia (e da altre 188 nazioni) e riproduce il contenuto della condotta sanzionata dall'art. 323 c.p. .

La predetta proposta di direttiva è denominata <<lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio>> ed indica espressamente la necessità di definire il reato di abuso d'ufficio³ tra le condizioni necessarie per perseguire gli obiettivi di lotta globale alla corruzione.

² *Post lex abrogans* del 1990, secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, la previsione dell'articolo 314 c.p. è rimasta applicabile <<nel caso in cui il denaro o altri beni siano sottratti alla destinazione pubblica ed impiegati per il soddisfacimento di interessi privatistici dell'agente>>, qualificando invece ipotesi delittuosa di cui all'articolo 323 c.p. <<quando si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio che [...] si concretizzi in un uso indebito del bene che non ne comporti la perdita e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'ente cui appartiene [...] ovvero qualora l'utilizzo di denaro pubblico avvenga in violazione delle regole contabili e sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti [...]>>. Cass., Sez. 6, n. 36496 del 30/09/2020, dep. 18/12/2020, Vasta Mario, in motivazione (par. 6 del considerando in diritto), ove si richiamano Cass. Sez. 6, n. 12658 del 02/03/2016, Tripodi (rv. Ced 26687101) e n. 19484 del 23/01/2018, Bellinazzo e altri (rv. Ced 27378301), quanto alla prima ipotesi, e Cass. Sez. 6, n. 41768 del 22/06/2017, P.G., P.C. in proc. Fitto e altri (rv. Ced 27128301) e n. 27910 del 23/09/2020, Perricone (rv. Ced 27967701), quanto alla seconda.

³ Pag. 25 Proposta di Direttiva: <<Occorre inoltre definire il reato di abuso di ufficio nel settore pubblico come omissione di un atto da parte di un funzionario pubblico, in violazione della legge, al fine di ottenere un indebito vantaggio. Per combattere in modo globale la corruzione, la presente direttiva dovrebbe contemplare anche l'abuso di ufficio nel settore privato>>.

In sede di definizione della citata direttiva è tra l'altro emerso (attraverso la compilazione di appositi questionari inviati dalla Commissione Europea) che tutti i 25 Stati membri che hanno proceduto alla compilazione del questionario (Bulgaria e Danimarca non hanno provveduto) contemplano, nel proprio ordinamento interno, la tutela penale dell'abuso d'ufficio pur con definizioni e fattispecie lievemente differenti tra loro.

La proposta di direttiva in disamina, come espressamente indicato, adottata in prosecuzione⁴ della Convenzione di Merida, si pone l'obiettivo di rafforzare i meccanismi e gli strumenti di lotta alla corruzione, nelle sue più varie sfaccettature e nell'ambito dei reati connessi e tali da comprendervi anche l'abuso d'ufficio⁵ nonché di garantire, alla luce di un complesso normativo frammentato, l'uniformità del quadro giuridico dell'UE in materia di lotta contro la corruzione, vincolando gli Stati membri all'adozione di norme di armonizzazione minima delle fattispecie di reato riconducibili alla corruzione e delle relative sanzioni, nonché di misure per la prevenzione del fenomeno corruttivo e di strumenti per rafforzare la cooperazione nelle relative attività di contrasto.

Anche per tutte tali ragioni la *lex abrogans* dell'art. 323 c.p. pone lo Stato Italiano inottemperante rispetto agli obblighi internazionali assunti stante la granitica collocazione del reato di abuso d'ufficio tra i reati posti a presidio della lotta alla corruzione, intesa in senso ampio, sia in base agli impegni già assunti sia mediante la proposta di direttiva in fase di definizione, e stante altresì la già avvenuta presa d'atto, in tal senso, anche da parte del medesimo legislatore, attraverso l'inserimento del delitto di cui all'art. 323 c.p. tra quelli rilevanti per la fattispecie di cui all'art. 322 *bis* c.p. .

Un'importante osservazione pare doverosa pur se considerabile in un'ottica solo futura ed eventuale.

L'eventuale approvazione della direttiva in disamina, fortemente voluta in sede europea⁶ e con le perplessità già pubblicamente espresse in sede europea rispetto alla paventata abrogazione

⁴ Pag. 23 Proposta di Direttiva: <<L'UE è parte della convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), il più completo strumento giuridico internazionale anticorruzione, che combina misure di prevenzione e di contrasto. La convenzione impone alle parti di adottare le misure legislative e le altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale alla corruzione, all'appropriazione indebita e al riciclaggio di denaro e di esaminare l'adozione di misure legislative o altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale ad altri atti (quali l'abuso di ufficio, il traffico d'influenze e l'arricchimento senza causa). In linea con gli impegni contenuti nella dichiarazione politica adottata in occasione della sessione speciale dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2021, l'Unione europea dovrebbe, per quanto possibile, andare oltre i requisiti minimi dell'UNCAC e stabilire misure supplementari per prevenire e combattere la corruzione. La presente direttiva si basa sulle osservazioni e sulle migliori pratiche derivanti dal meccanismo di revisione dell'attuazione dell'UNCAC>>.

⁵ Pag. 6 Proposta di Direttiva: <<Non esiste un'unica definizione di corruzione poiché questo reato si presenta in forme differenti che coinvolgono differenti partecipanti. La corruzione è in effetti un fenomeno endemico che assume aspetti e forme molteplici nei vari settori della società, ad esempio i reati di corruzione, peculato, traffico d'influenze e di informazioni, abuso d'ufficio e arricchimento senza causa>>.

⁶ <<"Se vogliamo risultare credibili quando chiediamo ai paesi candidati di rafforzare le loro democrazie, dobbiamo eliminare la corruzione anche all'interno dell'Unione. Per questo motivo il prossimo anno la Commissione presenterà misure per aggiornare il nostro quadro legislativo di lotta alla corruzione. Adotteremo un atteggiamento più duro nei confronti di reati come l'arricchimento illecito, il traffico d'influenza e l'abuso di d'ufficio, oltre che della corruzione in senso più classico...La corruzione erode la fiducia nelle nostre istituzioni; dobbiamo quindi combatterla con tutta la forza della legge" – Tratto da "discorso sullo Stato dell'Unione" del settembre 2022 della Presidente Ursula Von der Leyen.

dell'abuso d'ufficio da parte dello Stato Italiano⁷ nel gennaio 2024, porranno altresì una evidente (e paradossale) frattura costituzionale rispetto all'art. 3 della Costituzione. L'avvenuta abrogazione, infatti, ha portato con sé l'insieme delle tipiche vicissitudini giuridiche di tutte le vicende giudiziarie in essere, sia quelle già definite che quelle in corso al momento dell'abrogazione. La reintroduzione della medesima fattispecie di cui all'art. 323 c.p. ("medesima" dato il tenore della fattispecie introdotta all'art. 11 della citata proposta di direttiva), necessaria in caso di approvazione della direttiva come già prospettato anche nell'ambito della relazione illustrativa della *lexabrogans*, porrà infatti le medesime condotte nell'alveo del "penalmente rilevante" o meno esclusivamente sulla base della coincidenza (*rectius*: fortuna) temporale di avvenuta commissione *pre-lexabrogans* oppure *post* direttiva, con quanto ne consegue in termini di macroscopica frattura con il principio di uguaglianza e di certezza del diritto.

Del resto si rileva che, a riscontro diretto della constatata violazione degli obblighi comunitari rispetto all'avvenuta abrogazione del delitto di abuso d'ufficio da parte dello Stato Italiano, oltre che le dichiarazioni pubbliche testé menzionate, nei 30 giorni di intervallo temporale decorsi tra la data di approvazione parlamentare della L. 9 agosto 2024, n. 114 e la firma del Presidente della Repubblica, in data 24.07.2024 la Commissione Europea ha formalmente emanato il seguente documento <<DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE Relazione sullo Stato di diritto 2024 Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia che accompagna il documento COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI Relazione sullo Stato di diritto 2024>>⁸.

Si tratta, doveroso rilevarlo, di un documento adottato successivamente e nonostante l'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano, dell'art. 314 bis cp.

Nel predetto documento, con riguardo alle riforme in atto nello Stato Italiano, è stata la medesima Commissione a certificare quanto segue:<<Il Parlamento ha approvato un disegno di legge che abroga la fattispecie dell'abuso d'ufficio e limita l'ambito di applicazione del reato di traffico di influenze illecite. Il 10 luglio 2024 il Parlamento ha approvato un disegno di legge che abroga la fattispecie dell'abuso d'ufficio e limita l'ambito di applicazione del reato di traffico di influenze illecite. Le modifiche dell'ambito di applicazione del reato di traffico di influenze illecite mirano a escludere non solo i casi in cui il mediatore si limita ad asserire di essere in grado di influenzare il pubblico ufficiale, ma anche quelli in cui l'utilità data o promessa non è economica. Il Governo osserva che soltanto una percentuale limitata di tutti i procedimenti penali condotti per il

⁷<<L'abolizione del reato di abuso d'ufficio potrebbe "impattare sull'efficacia" del rilevamento dei fatti di "corruzione" e quindi sulla lotta alla stessa, che per la Commissione è "una priorità". "Quello che posso dire - ha affermato - è che la lotta alla corruzione è una priorità assoluta per la Commissione. Abbiamo adottato un pacchetto di misure a maggio, per rafforzare la prevenzione e il contrasto alla corruzione". In quella proposta di direttiva si mirava tra l'altro a prevedere l'abuso di ufficio come reato in tutti i Paesi membri dell'Ue: oggi è considerato reato in 25 Paesi su 27, ma con rilevanti differenze da Stato a Stato. "Siamo a conoscenza - aggiunge - del disegno di legge italiano che propone alcune modifiche alle disposizioni che regolano i reati contro le pubbliche amministrazioni". "Come spiegato nel nostro ultimo rapporto sullo stato di diritto del luglio 2023 - prosegue - tali modifiche proposte depenalizzerebbero importanti forme di corruzione e potrebbero incidere sull'efficacia dell'individuazione" dei fatti di corruzione e "sulla lotta contro la corruzione. Il processo legislativo è in corso e continueremo ovviamente a seguire gli sviluppi">> - dichiarazioni rese agli organi di stampa in data 11.01.2024 (<https://www.rainews.it/articoli/2024/01/giustizia-ue-ammonisce-italia-abolire-abuso-ufficio-puo-pesare-su-lotta-alla-corruzione-926032fa-2dad-439d-af93-c8f83e4abe39.html>) dal portavoce della Commissione Europea per la Giustizia Christian Wigand, rispondendo ad una domanda durante il briefing con la stampa a Bruxelles.

⁸Rinvenibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52024SC0812>

reato di abuso d'ufficio si concluderebbe con una condanna, il che dimostrerebbe che penalizzare tale comportamento è inefficace in rapporto alle risorse amministrative e finanziarie investite nelle relative attività procedurali. Il Governo sostiene inoltre che la fattispecie esercita un effetto paralizzante sulle pubbliche amministrazioni e che altri reati di corruzione forniscono un quadro legislativo abbastanza forte per combattere gli atti che minano l'imparzialità e il corretto funzionamento della pubblica amministrazione. Tuttavia la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio e del traffico di influenze illecite è prevista dalle convenzioni internazionali sulla corruzione ed è quindi uno strumento essenziale per le autorità di contrasto e le procure ai fini della lotta contro la corruzione⁹. I portatori di interessi hanno osservato che l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio potrebbe comportare una diminuzione dei livelli di rilevamento e investigazione della frode e della corruzione¹⁰>>.

Alla luce di tutto quanto esposto, stante la rilevanza e la non manifesta infondatezza, si chiede a Codesto Tribunale di voler sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. a) nr. 1 e lett. b) e l. 9 agosto 2024, n. 114 per violazione degli artt. 3, 24, 97 e 117 della Costituzione, davanti alla Corte Costituzionale.

Reggio Emilia, 9 settembre 2024

IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA

Valentina Salvi- Sost

⁹ Passaggio tratto sempre dal documento Commissione Europea del 24.07.2024: <<L'abuso di pubblico ufficio e il traffico di influenze illecite figurano nella convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione e il traffico di influenze illecite figura nella convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione. La Commissione ha proposto di criminalizzare tali reati a livello dell'Unione nel maggio 2023, in seguito all'impegno preso dalla sua presidente nel discorso sullo stato dell'Unione del 2022 (COM(2023)234 final del 3 maggio 2023). In occasione dell'audizione di fronte alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica del 5 settembre 2023, il presidente dell'ANAC ha affermato che il disegno di legge sarebbe contrario alla proposta della Commissione e alle convenzioni internazionali anticorruzione. A questo proposito si veda il contributo di Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés alla Relazione sullo Stato di diritto 2024, pag. 18. L'abuso d'ufficio configura reato in almeno 25 Stati membri: cfr. COM(2023) 234 final, del 3 maggio 2023, pag. 12>>

¹⁰ Passaggio tratto sempre dal documento Commissione Europea del 24.07.2024: <<Si vedano le audizioni del presidente dell'ANAC del 5 settembre 2023 dinanzi al Senato della Repubblica (pagg. 12 e 13) e del 28 marzo 2024 dinanzi alla Camera dei deputati (pagg. da 12 a 14 e 17) e il contributo scritto dell'ANAC in occasione della visita in Italia, pag. 9. Si vedano inoltre i contributi dell'EPPU (pag. 34) e di Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (pag. 18) alla Relazione sullo Stato di diritto 2024 e il contributo scritto di The Good Lobby in occasione della visita in Italia (pag. 4). Informazione ricevuta anche in occasione della visita in Italia dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, dalla Procura generale presso la Corte suprema di cassazione, da Transparency International Italy e da Openpolis. In occasione della visita in Italia, la Procura generale presso la Corte suprema di cassazione ha osservato che la differenza tra il numero di procedimenti e il numero di condanne potrebbe anche essere interpretata positivamente come prova dell'accuratezza delle autorità investigative nell'esaminare gli elementi di prova. Il presidente dell'ANAC ha formulato un'osservazione analoga nell'audizione dinanzi alla Camera dei deputati del 28 marzo 2024 (pag. 4)>>.