



La partita in gioco alla Consulta

Gian Domenico Caiazza

All'indomani dell'abrogazione del reato di abuso in atti di ufficio, ben sette ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale (cfr. lo schema riassuntivo in Quarta Pagina) hanno scandito la dura risposta della giurisdizione ad una volontà del legislatore sin dal primo giorno fortemente avversata dalla magistratura italiana. Non unanime, però, vista la articolata ordinanza con la quale il Tribunale di Reggio Emilia ha ritenuto invece la questione, sollevata dalla locale Procura della Repubblica, manifestamente infondata.

Noi di PQM non abbiamo mancato di approfondire luci ed ombre di quella iniziativa abrogativa, dedicando ad essa un intero numero all'indomani della decisione parlamentare. Che quel reato sia divenuto in tutti questi anni lo strumento privilegiato per esercitare, da parte del potere giudiziario, una sorta di controllo penale troppo spesso indiscriminato e pretestuoso dell'agire della politica nella amministrazione della cosa pubblica, è un dato di fatto inconfutabile. E questo è accaduto nonostante le ripetute modifiche della norma, volte a circoscrivere l'ambito di quel controllo asfissiante e troppo spesso poi dimostratosi infondato, per restituirlo al suo naturale giudice amministrativo.

L'interpretazione in concreto della norma ha sempre vanificato quella pur esplicita (e legittima) volontà limitatrice del legislatore, finendo per disvelare perciò la ferma volontà delle Procure italiane di non vedere depotenziato un formidabile strumento di condizionamento della vita politica italiana. Che l'abrogazione secca del reato possa essere stata la risposta giusta, è tutt'altro paio di maniche, ed è diffusa nella stessa accademia, anche la più legata ai principi del diritto penale liberale, l'idea che essa abbia fortemente affievolito la tutela dei diritti dei cittadini dagli abusi di potere del pubblico ufficiale. La eccezione di incostituzionalità del quadro normativo risultante dalla abrogazione pare tuttavia una risposta non priva di forzature argomentative, disvelando in realtà la natura anche fortemente politica di quelle iniziative giudiziarie.

La decisione della Corte fornirà la più autorevole risposta a questi dubbi, chiarendoci innanzitutto - perché è questo il tema centrale - se a quell'accordo pattizio sovranazionale sottoscritto a Merida, con il quale si sollecitavano i Paesi aderenti a dare copertura penale a condotte chiaramente riconducibili allo schema dell'abuso, debba riconoscersi la forza di un vincolo al quale la nostra stessa Costituzione non consente di sottrarsi, ovvero solo la forza di un indirizzo, al quale ogni Stato è tenuto sì a conformarsi, ma con ampia autonomia decisionale.

Noi di PQM, more solito, ci siamo impegnati a fornire elementi di riflessione e di giudizio spero utili, in modo che chi è interessato possa formarsi una opinione seria ed argomentata. Ma abbiamo voluto anche raccontarvi una singolarità, che ha caratterizzato il comportamento del CSM in ordine a questo tema: severissimo nel formulare il proprio parere drasticamente dissenziente dalla abrogazione del reato, ma addirittura precipitoso, all'indomani, nell'archiviare tutti i procedimenti disciplinari relativi a magistrati accusati, appunto, di aver abusato delle proprie funzioni.

Insomma, quella accigliata intransigenza del CSM nel denunciare la gravità delle conseguenze, in danno dei diritti dei cittadini, di un simile abbassamento della guardia verso gli abusi di potere dei pubblici ufficiali, magistrati compresi, ci avrebbe fatto pensare ad una cauta sospensione di ogni decisione in punto di procedimenti disciplinari connessi a quella ipotesi di reato, in attesa delle determinazioni della Corte Costituzionale; e invece, archiviazioni a raffica. Ci è parsa una singolarità gravida di implicazioni interessanti, e che perciò non abbiamo voluto mancare di raccontarvi. Buona lettura!



L'ABUSO DI UFFICIO ALLA CONSULTA

I pro, i contro e i perché della risposta giudiziaria all'abrogazione dell'art. 323 c.p.

La conversazione

«UNA STRATEGIA POLITICA» PARLA GAETANO INSOLERA

Lorenzo Zilletti

«Le questioni di incostituzionalità sollevate contro l'abrogazione dell'art. 323 c.p. si inseriscono in una, non so quanto casuale, strategia di opposizione politica al governo della magistratura associata e di chi la rappresenta. Non ha torto chi vede nelle correnti e in ANM le uniche comunità politiche sopravvissute alla fine della prima repubblica (a cui, peraltro, molti dei loro esponenti contribuiranno). I modi di operare, le strutture organizzative, richiamano molto l'altrove scomparsa "forma partito". Bada che la mia osservazione travalica il ristretto ambito dell'abuso d'ufficio, per estendersi al tema dell'immigrazione, a quello del fine vita, sino alle riforme costituzionali in cantiere». Gaetano Insolera non ha mai interpretato il suo ruolo di studioso del diritto penale (e avvocato) come avulso dalla politica.

Segue a pag. 2

Tra dubbi e vincoli esteri

ABUSO DI UFFICIO E CONVENZIONE DI MERIDA

Filippo Bellagamba

Come noto, a mezzo dell'art. 1, comma 1, lett. b), della legge 9 agosto 2024, n. 114, il delitto di abuso di ufficio, da sempre contemplato all'art. 323 del codice penale, è stato abrogato. A fronte di un'opzione di politica criminale che, per la verità, a molti è parsa inopportuna per i vuoti di tutela che rischia di ingenerare nel sistema penale, contribuendo ad ulteriormente incrinare un equilibrio già di per sé alquanto precario, non è mancato chi si è spinto sino a censurarne la legittimità costituzionale, denunciando la violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, della carta costituzionale in relazione agli obblighi discendenti dagli artt. 7, 19 e 65 della c.d. Convenzione di Merida, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU nel 2003 e ratificata dall'Italia nel 2009. In buona sostanza la questione sollevata da ben sei ordinanze di rimessione -

Segue a pag. 3

Il paradosso

SE IL CSM ARCHIVIA I MAGISTRATI DENUNCIATI

Alberto de Sanctis

Sembra che il CSM abbia avuto una certa fretta ad archiviare tutti i procedimenti riguardanti i magistrati denunciati per il reato di abuso d'ufficio, assumendo una decisione "liquidatoria" in apparenza incompatibile con le critiche mosse al Governo dallo stesso CSM sul tema della legittimità dell'abrogazione del reato. Cerchiamo di fare ordine.

Il primo dato curioso è rappresentato dal fatto che la questione di legittimità costituzionale della norma che ha abrogato l'art. 323 del codice penale è stata sollevata dal Tribunale di Firenze nell'ambito di un processo proprio a carico di un magistrato, imputato di abuso d'ufficio per avere, in ipotesi di accusa, emesso un decreto di sequestro preventivo d'urgenza di quote di una società al fine di impedire l'erogazione di finanziamenti e favorendo altri nel progetto di acquisizione.

Segue a pag. 3

IL COLLOQUIO

Abuso di ufficio in Corte «È strategia politica» Conversazione con Insolera

Lorenzo Zilletti*

SEGUE DALLA PRIMA

E, anche nella circostanza, non rinuncia a farci riflettere su quanto si muove dietro il palcoscenico delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale.

Non so se tu abbia ragione. A me - notoriamente contrario all'abrogazione dell'abuso d'ufficio - premono due considerazioni: a) non tutto ciò che è sbagliato, a livello di politica criminale, è giocoforza in contrasto con la Costituzione; b) l'abuso dell'abuso e la perniciosa insistenza da parte di certi PM nell'ancorare la violazione di legge a norme di principio come l'art. 97 Cost., facendo spallucce perfino dinanzi alla sentenza n.8/2022 della Consulta, hanno avuto un effetto determinante per l'abolitio criminis.

«Qualcuno, tra gli abolizionisti, ha fatto leva sull'esiguo numero di condanne pronunciate per il nostro reato, così insignificante da giustificare la sua cancellazione. L'argomento mi trova dissenziente, ma suggerisce una diversa osservazione: quanto i procedimenti per abuso d'ufficio abbiano rappresentato un formidabile strumento nelle indagini preliminari per provocare terremoti politici».

In effetti, non sono rarità le giunte comunali o regionali andate in crisi in conseguenza all'apertura di un'indagine o di un rinvio a giudizio; salvo, poi, a distanza di anni, vedere assolti i politici nel frattempo finiti fuorigioco.

«In questo senso, può essere stata una mossa politica intelligente insistere sul "partito dei sindaci": si è aperta una faglia anche all'interno dell'opposizione all'attuale maggioranza di governo, propugnatrice dell'abrogazione. Piuttosto, mi meraviglio della scarsa consapevolezza dietro l'approvazione del reato previsto dall'art. 314 bis: pur arricchito di altri elementi, si reintroduce il peccato per distrazione. Se la sanzione deten-

tiva è modesta, non altrettanto lo è il rischio di esserne incriminati: fossi un sindaco o un presidente di regione, temerei certamente di più questa norma che non il defunto art. 323».

Un giurista liberale come te non può, tuttavia, sorvolare sull'aspetto più critico dell'abrogazione.

«E infatti non manco di sottolineare l'inopinato vuoto che si è creato a proposito dell'abuso in danno. Questo si è un tema davvero serio, di forte impatto per l'ampio e giustificato timore di atteggiamenti prevaricatori dei pubblici funzionari, tra cui - non scordiamolo mai - si annoverano anche i magistrati, spe-

cie quelli del pubblico ministero. Il vuoto di tutela più clamoroso è quello che lascia impuniti gli atteggiamenti persecutori posti in essere nell'esercizio delle loro funzioni dagli appartenenti all'ordine giudiziario».

Veniamo adesso alle prospettazioni di incostituzionalità formulate in diverse sedi giudiziarie.

«Senza dimenticare il *niet* del tribunale di Reggio Emilia: in quell'ordinanza si affrontano, per respingerle, tutte le questioni agitate negli altri provvedimenti di rimessione. Sulla stragrande maggioranza di esse si è ormai consolidata una giurisprudenza della Corte che, salvi imprevisti e improvvisi rovesciamenti, non sembra lasciare spazio a declaratorie di incostituzionalità. Un'eccessiva apertura alle questioni sollevate in *malam partem* metterebbe a rischio un principio costituzionale cardine, come quello di legalità enunciato nell'art. 25 Cost. e sul quale proprio tu, con l'UCPI, ci chiamasti a raccolta in un convegno fiorentino, all'indomani della sentenza 394/2006 in materia di reati elettorali. Residua il profilo del contrasto con le fonti sovranazionali, ma i giudici reggini hanno efficacemente dimostrato come la Convenzione di Merida non obblighi gli Stati ratificanti a incriminare l'abuso d'ufficio. Accanto ai pregevoli argomenti del Tribunale di Reggio, lasciami insistere su una cosa che affermo ormai da molto tempo: le norme sovranazionali, tra l'altro redatte (come ovvio) in altra lingua e con tecniche molto distanti dal principio costituzionale di tassatività e determinatezza, rappresentano un carburante formidabile per alimentare la giurisprudenza creativa. La confusione delle fonti consente al singolo magistrato discutibili operazioni di *patchwork* normativo, con la conseguenza che l'attività interpretativa soppianta quella legislativa. Io spero che la Corte costituzionale non si lasci coinvolgere in questa attività creativa-normativa».

*Avvocato penalista



L'ARABA FENICE DEGLI OBBLIGHI DI PENALIZZAZIONE

Caterina Paonessa*

Con l'abrogazione dell'abuso d'ufficio è tornato alla ribalta il tema degli obblighi di tutela penale che ha conosciuto una stagione feconda, ancorché infruttuosa negli effetti, una ventina di anni fa con la riforma delle false comunicazioni sociali del 2002, sospettata, tra l'altro, di essere inadeguata "per difetto" agli standard europei di tutela della trasparenza societaria. La questione risorge ora sulle ceneri di una scelta che ha diviso il mondo del diritto: vi è chi l'ha apprezzata, considerata la comunemente ritenuta indeterminata della fattispecie (pressoché eliminata, però, dall'ultima riforma) e chi l'ha contestata ritenendo il vecchio art. 323 c.p. un necessario presidio per il cittadino esposto all'abuso di potere.

Si prescindendo da quest'ultima vicenda: quel che più preme rilevare è il malvezzo della giurisprudenza di ravvisare profili di illegittimità quando non apprezza il merito politico-criminale di scelte legittime del legislatore. Ancora una volta si cerca l'assist nella pretesa esistenza di una tutela penale "imposta" da vincoli sovraordinati. Sia chiaro: l'ordinamento ben conosce obblighi di questo tipo. La Costituzione - e non solo la nostra - non manca di esprimere valutazioni anticipate di meritevolezza e bisogno di pena con un'incidenza limitativa della libertà di scelta politica del legislatore. Si tratta di ipotesi, per il vero assai circoscritte, che hanno visto coagulare intorno a sé un naturale consenso, non solo perché contentutisticamente collimanti con il complesso dei valori delineati nella fonte ospitante, elemento fondativo dello stesso diritto penale, ma per la precipua funzione di garanzia assoluta. Allocata nella Costituzione, la tutela penale obbligatoria è servente, infatti, alla piena attuazione di diritti e libertà fondamentali, da presidiarsi anche



(e soprattutto) contro il rischio di possibili degenerazioni dell'esercizio del potere punitivo. Emblematica è l'unica clausola di incriminazione presente nel nostro ordinamento - l'art. 13, c. 4, Cost. - che pone l'obbligo di reprimere penalmente «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»: il valore rispetto al quale si trova a soccombere la riserva di legge è la libertà personale, ovvero la garanzia che è alla base della legalità penale.

Questa anima "nobile" degli obblighi di tutela è stata messa in ombra, tuttavia, con la crescita esponenziale delle richieste di presidio penale di fonte sovranazionale, ora espressamente affidate dall'art. 83 TFUE a direttive europee, e, analogamente, per quelle di natura pattizia (valorizzate proprio con riguardo all'abuso di ufficio), al cui rispetto l'ordinamento è tenuto a norma dell'art. 117 Cost. Formalmente osse-

quosi della riserva di legge, stante la necessità della loro traduzione in leggi dello Stato, si è al cospetto di input spesso stringenti in ordine all'*an* e al *quantum* di pena, di natura utilitaristica, in quanto volti ad assicurare l'effettività delle scelte politiche nei settori di competenza, con una marginalizzazione di fatto del legislatore nazionale, che una lettura cieca dell'obbligo di fedeltà e di leale collaborazione tende a far regredire al ruolo di mero scrivano. In tale contesto, l'insoddisfazione per forme di tutela al ribasso si radica, evidentemente, nella convinzione, lontana dall'impostazione tradizionale della disciplina, che il diritto penale possa ritenersi un valido *instrumentum regni*. Sennonché la recente vicenda dell'abuso d'ufficio parrebbe riabilitare, almeno in astratto, lo spirito "puro" degli obblighi di tutela: la sua riviviscenza porterebbe a recuperare un argine contro forme di prevaricazione pubblica sui

cittadini. La strada degli obblighi è, nondimeno, irta di ostacoli. Anche ove ci si misuri con indicazioni univoche di penalizzazione, dato tutt'altro che scontato e da verificare come pre-condizione operativa, in nessun caso si tratta di vincoli a senso unico, né ostativi a successivi ripensamenti del legislatore, sia in caso di diretta attuazione, ma ancora di più quando la normativa interna ne interseca del tutto casualmente l'osservanza. L'eventuale (sopravvenuta) inadempienza censurata davanti alla Corte costituzionale trova nella legalità - e, segnatamente, nell'incarnazione delle scelte politico-criminali in testi legislativi - un controlimite fondamentale, che è in linea con la limitata possibilità di interventi in *malam partem* per cesellature tecniche, non certo per azzeramenti di discrezionalità.

*Professoressa associata di diritto penale

NODI LEGALI E DILEMMI DISCIPLINARI

Abuso di ufficio e Convenzione di Merida

Filippo Bellagamba*

SEGUE DALLA PRIMA

Tre promosse dal Tribunale di Firenze, una da quello di Locri, una da quello di Busto Arsizio e, l'ultima in ordine di tempo, dal Tribunale di Bolzano – può essere così sintetizzata: l'art. 19 della Convenzione contro la corruzione, che è un Trattato internazionale multilaterale a cui l'Italia si è vincolata ratificandolo, prevede che «ciascuno Stato Parte esamina l'adozione di 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 sé o per un'altra persona o entità». Siamo, dunque, dinanzi ad una norma che mette a disposizione degli Stati aderenti al Trattato uno «schema» di reato di abuso di ufficio, affinché questi prendano in considerazione l'idea di introdurre nell'ordinamento domestico una fattispecie che intercetti le tipologie di condotte sopra descritte, conformando così il diritto interno a *standard* minimi di tutela di beni giuridici rilevanti nel contesto di quel documento.

Ebbene il primo interrogativo da porsi, tenuto conto del fatto che l'art. 117, comma 1, Cost. richiede espressamente che la potestà legislativa venga esercitata non soltanto nel rispetto della Costituzione ma anche dei vincoli derivanti dagli *obblighi* assunti in sede internazionale (senza, peraltro, dimenticare che la Convenzione di Merida è stata approvata anche dall'Unione europea con decisione del Consiglio n. 801/2008), è se l'art. 19 abbia positivizzato un vero e proprio obbligo di penalizzazione dell'abuso di ufficio o si sia limitato ad una mera *raccomandazione*: diversamente da quanto si sostiene in talune, ma non in tutte, delle



ordinanze sopra richiamate, a me pare che la formula utilizzata (*shall consider adopting*) – non a caso per nulla coincidente con quella (*shall adopt*) a cui si è ricorso, ad esempio, per dare ingresso nei singoli ordinamenti ai delitti di corruzione di pubblici funzionari stranieri o internazionali – orienti decisamente per la seconda delle alternative prospettate. Non si è, cioè, al cospetto di un obbligo, ma di una mera sollecitazione affinché ciascuno Stato valuti l'opportunità di procedere in quella direzione, pur rimanendo sostanzialmente libero nell'esercizio della propria discrezionalità politica.

Ciò nondimeno, volgendo lo sguardo all'art. 7, comma 4, affiora il secondo profilo problematico, che è, poi, il minimo comune denominatore di tutte e sei le pronunzie sopra citate: anche ammesso che nel diritto internazionale non sia rintracciabile un obbligo di incriminazione dell'abuso di ufficio, ciò

non sarebbe d'ostacolo alla sussistenza del contrario obbligo di *non abrogare* il reato, una volta introdotto (c.d. obbligo di *stand still*), essendo quest'ultimo funzionale a garantire «*sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono conflitti di interesse*». D'altra parte, anche l'art. 65, che impone agli Stati parte di adottare le misure necessarie per dare attuazione a quanto stabilito dalla Convenzione, conforterebbe nell'idea che da questa possa ricavarsi un *divieto di regresso*, dalla cui inosservanza scaturirebbe la violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

Per quanto sia indubbio che si tratti di questione di non agevole soluzione, ciò che, a mio parere, non convince nella tesi che pretende di ravvisare un vizio di incostituzionalità nell'aver contravenuto alla scelta di punire l'abuso di ufficio è come l'assenza di un obbligo di penalizzazione possa accor-



Il Macaron

**Abrogazione 323:
piove Merida.**

L. Z.

darsi con l'esistenza di un obbligo di mantenimento di ciò che c'era. Se, infatti, si muove dalla premessa, difficilmente confutabile, che non vi sia inadempimento di un obbligo di incriminazione "genetico", non potrà, nel contempo, esservi un divieto di regresso ostativo all'abrogazione: in breve, se l'inettemperanza non è originaria non può esserlo neppure sopravvenuta.

Senza altro originale, rispetto alle altre pronunzie sopra richiamate, la posizione assunta nell'ordinanza emessa dal giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Firenze, ad avviso del quale l'intervenuta abrogazione dell'abuso di ufficio confligge anche con il principio di uguaglianza, inteso come necessaria ragionevolezza nell'esercizio del potere legislativo (art. 3 Cost.), stante la persistente rilevanza penale di condotte – quale, ad esempio, quella che sanziona l'omissione di atti di ufficio (art. 328 c.p.) – espressive di un disvalore certamente più tenue rispetto a quanto tipizzato nella norma poi espunta dall'ordinamento. Ma anche questa censura si rivela poco o per nulla persuasiva, perché, anche a voler ammettere che dall'amputazione di una norma discendano intollerabili disparità di trattamento ed esiti irragionevoli, esulerebbe comunque dai poteri della Consulta supplire allo squilibrio venutosi a creare ripristinando ciò che il legislatore ha deciso di rimuovere, per lo meno sino a quando ci si collochi all'interno di un sistema penale-costituzionale governato dal principio della riserva assoluta di legge.

Tanto precisato, non rimane che attendere la decisione della Corte costituzionale, alla quale è demandato il compito di sciogliere un nodo senz'altro intricato ma non autenticamente gordiano.

*Professore associato di diritto penale

Alberto de Sanctis*

SEGUE DALLA PRIMA

Il CSM difende l'abuso di ufficio ma archivia i magistrati denunciati

Malgrado l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, il CSM ha archiviato i procedimenti per incompatibilità ambientale di una ventina di magistrati sottoposti ad indagini in procedimenti penali, archiviati dal GIP a seguito della soppressione del reato di abuso d'ufficio.

Una prima considerazione attiene ai rapporti tra l'abuso d'ufficio e gli illeciti disciplinari previsti per i magistrati. Se la fattispecie di abuso d'ufficio è sparita non significa affatto che non residuino profili di rilevanza disciplinare nella condotta del magistrato che ha agito in violazione di legge, sviando il potere legittimo al fine di procurare un danno a terzi oppure ottenere un indebito vantaggio per sé o per altri. Anzi, gli stessi sostenitori dell'abolizione del reato hanno utilizzato come principale argomento l'opportunità di mantenere e semmai rafforzare un sistema normativo capace di arginare il rischio di abusi da parte dei pubblici ufficiali, attraverso la declaratoria dell'illegittimità dell'atto e l'accertamento delle responsabilità disciplinare. La tutela del cittadino dovrebbe essere garantita dalla giustizia amministrativa e disciplinare.

Per esempio, la violazione del dovere di imparzialità che ha arrecato un ingiusto danno o un indebito vantaggio ad una delle parti è un illecito disciplinare che permane nell'ordinamento giudiziario ed è in gran parte sovrapponibile, nella struttura normativa, al reato di abuso d'ufficio, oggi "defunto" salvo che venga resuscitato dalla Corte Costituzionale. Lo stesso discorso vale per la consapevole inosservanza dell'obbligo di astenersi, i comportamenti scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni. Vediamo se accadrà (abbiamo



molti dubbi in merito) ma l'archiviazione da parte del CSM in astratto non preclude il potere e il dovere della Sezione Disciplinare di valutare i risvolti deontologici dei fatti denunciati e lo stesso CSM ha l'obbligo di comunicare al Ministro della Giustizia e al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ogni fatto rilevante sotto il profilo disciplinare.

Semmai l'archiviazione repentina dei procedimenti pendenti avanti al CSM, malgrado la pendenza della questione di legittimità costituzionale, può apparire incoerente con il parere espresso al Ministro della Giustizia nel febbraio di quest'anno sull'ipotesi di abrogazione del delitto di abuso d'ufficio. In quella relazione il CSM anticipava tutti gli argomenti contrari alla soppressione del reato, successivamente ripresi e sviluppati dal Tribunale di Firenze nella prospettiva di sostenere la non manifesta infondatezza

della questione di incostituzionalità. In particolare, già in quella sede il CSM segnalava il rischio di violazione della Convenzione di Merida che, come noto, obbliga gli Stati firmatari ad esaminare l'adozione delle misure legislative per conferire il carattere di illecito penale alle condotte del pubblico ufficiale di abuso delle proprie funzioni e della sua posizione. Inoltre, profilava persino una questione di illegittimità costituzionale "futuribile", completamente priva di attualità, richiamando una proposta di direttiva del Parlamento Europeo risalente al maggio del 2023 che prevedrebbe l'obbligo degli Stati membri di introdurre il reato di abuso d'ufficio. Ancora più "politico" è il passaggio della relazione in cui vengono letti criticamente i dati illustrati dal Governo secondo cui, per esempio, nel 2022 a fronte di 3.938 iscrizioni nel registro degli indagati sono stati archiviati 3.536 procedimenti per abuso d'ufficio.

È il fenomeno ben noto che vedeva un numero significativo di denunce penali, che rischiavano di paralizzare l'attività amministrativa e politica, a cui seguiva uno sparuto numero di processi e di condanne. Del resto, l'abuso d'ufficio era essenzialmente uno spauracchio per suscitare il "terrore della firma" e raramente un presidio a tutela del cittadino.

Secondo il CSM il rischio della "burocrazia difensiva" si ridurrà ulteriormente grazie alla modifica del criterio di giudizio che consente oggi l'archiviazione in caso di prognosi negativa di condanna. Insomma, per il CSM esisteva già una magnifica soluzione processuale, di cui invero conosciamo l'assoluta inconsistenza, e non era proprio il caso di abrogare la norma penale.

Più che le archiviazioni un po' affrettate c'è da preoccuparsi del ruolo "politico" del CSM che anziché esprimere pareri tecnici sui disegni di legge concernenti "l'amministrazione della giustizia", come prevede la Legge n. 195/1958, esprime pareri di politica del diritto penale con buona pace, ancora una volta, del principio della separazione dei poteri. E sul fronte associativo, la musica è la stessa ma solo con uso più massiccio di percussioni. Il Presidente di ANM Giuseppe Santalucia si è spinto a dire che "l'abrogazione del reato, di fronte a una denuncia, costringerà il pm a trovare nel sistema una norma diversa con cui poter far luce su quanto avvenuto". Insomma, da qualche parte la norma penale la troveremo, sereni!

*Avvocato penalista

LA SCHEDA

ABUSO D'UFFICIO E QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

A cura di Marianna Caiazza*

ALCUNE ORDINANZE CHE SOLLEVANO QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

TRIBUNALE DI FIRENZE, 24.09.2024

La Terza Sezione del Tribunale di Firenze, chiamata a decidere, tra gli altri, su un reato di abuso d'ufficio per il quale è intervenuta la modifica in pendenza del processo, riferisce che la depenalizzazione precluderebbe *“in radice la pronuncia di una eventuale sentenza di condanna e quindi l'applicazione delle sanzioni penali ex artt. 533 e 535 c.p.p. ed il vaglio delle richieste risarcitorie avanzate dalle parti civili ex art. 538 c.p.p., in quanto dipendenti da un accertamento di colpevolezza in ordine ad un fatto previsto dalla legge come reato”*, mentre l'eventuale pronuncia di incostituzionalità consentirebbe un sereno giudizio, atteso che potrebbe anche addivenirsi ad una assoluzione *“per cause diverse dalla abolitio criminis”*, e dunque con formule piene.

Per il Tribunale l'abrogazione dell'abuso d'ufficio confliggerebbe in primo luogo con gli artt. 11 e 17, comma 1, Cost. in relazione alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione: il legislatore sarebbe venuto meno ai vincoli derivanti dal diritto internazionale, che impone la criminalizzazione di alcune condotte tra cui

proprio l'abuso d'ufficio.

Il Tribunale sospetta poi la violazione dell'art. 97 Cost. per frustrazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione: negli anni si è sempre più ristretto l'ambito d'azione della fattispecie, sino poi alla sua abrogazione, con l'effetto di inibire repressione e tutela sul piano penale senza che tale contrazione sia *“compensata dalla introduzione di appositi illeciti amministrativi o dal potenziamento delle misure di prevenzione di condotte gravemente lesive del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione o di una disciplina delle attività di lobbying”*.

Non è dunque più attuale il monito della Corte Costituzionale (sentenza 8/2022) dell'incriminazione come *extrema ratio*, poiché già la restrizione dell'ambito applicativo della fattispecie con le recenti riforme aveva soddisfatto il problema della c.d. paura della firma, mentre oggi l'arbitrario intervento del legislatore ha lasciato un vuoto di tutela.

TRIBUNALE DI FIRENZE, 3.10.2024

Il GIP di Firenze, chiamato a decidere su fatti qualificati come abuso d'ufficio, manifesta il timore che *“la depenalizzazione della condotta di abuso d'ufficio precluda la possibilità di un processo, di una possibile sentenza di condanna”*, poiché le condotte contestate agli imputati non rientrerebbero in nessun'altra fattispecie di reato, con il rischio che non si potrebbe *“addivenire ad un giudizio di responsabilità penale per condotte certamente abusive (se verificate) o di proscioglimento nel merito, con inevitabili riflessi, eventualmente positivi, sulla posizione giuridica degli imputati”*.

Secondo il giudice vi sarebbe anzitutto un contrasto con il principio di uguaglianza: con l'abrogazione una condotta corrispondente all'abuso d'ufficio sarebbe *“pienamente consentita o, comunque, non sanzionata penalmente”*, scelta che il GIP ritiene incoerente se si considera che il

legislatore ha mantenuto rilevanti condotte minori, come il rifiuto d'atti d'ufficio.

Ugualmente privo di logica è per il GIP l'aver mantenuto la rilevanza penale della turbativa d'asta e non quella dei concorsi pubblici (nel caso di specie, di docenti universitari di medicina), *“essendo, quindi, una stessa condotta di un pubblico ufficiale penalmente rilevante o meno a seconda della ricorrenza oppure dell'assenza di una procedura di evidenza pubblica”*.

Anche secondo il GIP l'abrogazione del 323 c.p. confliggerebbe poi con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 19 della richiamata Convenzione Merida, da cui deriverebbe un vero e proprio obbligo di *“non abrogare la fattispecie già vigente”*.

TRIBUNALE DI FIRENZE, 25.10.2024

La Terza Sezione torna a pronunciarsi sull'argomento sollevando nuovamente, in diverso procedimento, la questione di legittimità costituzionale.

Ricorda il Tribunale che la regola (più volte espressa dalla Corte Costituzionale) del divieto di ripristino di una norma abrogata che sia espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale (con evidenti effetti *in malam partem*) subisce eccezioni, come nel caso della violazione degli obblighi internazionali. Secondo i giudici è questo il caso, vigente

la già richiamata Convenzione di Merida che imporrebbe l'incriminazione dell'abuso d'ufficio.

Il Tribunale teme *“un effetto grave e sistemico”*: con l'abrogazione si privano gravi condotte della loro rilevanza penale, sottraendone l'accertamento alla magistratura, *“ordine autonomo ed indipendente che dispone direttamente della polizia giudiziaria e che deve necessariamente perseguire gli illeciti”*.

BOLZANO, LOCRI E BUSTO ARSIZIO

Con ordinanza dell'11.11.2024 anche il Tribunale di Bolzano solleva la questione di legittimità costituzionale, condividendo le argomentazioni dei Tribunali di Firenze, Locri (30.09.2024) e Busto Arsizio (21.10.2024) e facendo leva sulla Convenzione di Merida che vincolerebbe il legislatore all'adozione della norma incriminatrice nonché a *“man-*

tenere 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”. Le tre ordinanze si focalizzano quindi su un *“divieto di regresso”* che impedirebbe l'abrogazione dell'incriminazione.

L'ORDINANZA CHE HA RESPINTO L'ECCEZIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA, 7.10.2024

Il Tribunale di Reggio Emilia ha respinto le eccezioni di illegittimità perché in parte manifestamente infondate ed in parte irrilevanti.

In primo luogo ricorda che non compete alla Corte Costituzionale *“creare nuove fattispecie criminose, estendere la tutela penale a fattispecie non espressamente contemplate dal legislatore o incidere in senso peggiorativo sull'entità della pena o su aspetti comunque inerenti alla punibilità”* (e richiama a tal proposito una lunga serie di pronunce proprio del giudice delle leggi). *“Il limite al sindacato di costituzionalità delle norme penali favorevoli, pertanto, è insito nell'ordinamento costituzionale italiano e risponde alla necessità di tutelare il principio di legalità in materia penale, nella sua specifica articolazione della riserva di legge, che attribuisce in via esclusiva al potere legislativo l'individuazione delle condotte da sottoporre a sanzione penale e la commisurazione delle pene, poiché nell'ordinamento democratico solo il Parlamento assicura quella dialettica tra maggioranza e minoranza del corpo elettorale idonea a rendere accettabile la limitazione della libertà personale degli individui, nascente dalla legge penale”*.

Un eventuale sindacato di costituzionalità *in malam partem*, poi, è eccezionalmente ammesso solo per le *“norme penali di favore”*, cioè quelle che stabiliscano un trattamento penalistico più favorevole di quello

derivante dall'applicazione di norme generali già presenti nell'ordinamento; in questo caso – ammesso – la Corte si limiterebbe ad eliminare la norma lesiva dei parametri giurisdizionali facendo *“riespandere”* quella generale. Nel caso dell'abuso d'ufficio, invece, l'abrogazione è in toto e l'art. 323 c.p. aveva funzione sussidiaria e di chiusura del sistema rispetto alle fattispecie penali già previste, dunque l'automatico effetto espansivo della norma generale derivante dalla pronuncia di illegittimità costituzionale non sarebbe possibile.

Il Tribunale non ravvisa poi il rischio di un vuoto di tutela, avendo già la Consulta risposto alle censure ricordando la funzione di *extrema ratio* del diritto penale e la presenza di altri validi strumenti di tutela nell'ordinamento.

Quanto alla Convenzione di Merida, ricorda il Tribunale che, con riferimento all'abuso d'ufficio, essa non impone *“l'obbligo di incriminare tali tipologie di condotte, bensì solo l'impegno degli Stati Parte a prendere in considerazione o esaminare l'adozione delle misure legislative necessarie a prevedere come reato tale comportamento, nell'esercizio della propria discrezionalità politica che, evidentemente, resta libera nella decisione finale”*. A conferma, la sezione di commento dell'art. 19 sull'abuso d'ufficio si intitola *“reati non obbligatori”*.