



09442-25

REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SESTA SEZIONE PENALE

Composta da

Giorgio Fidelbo

- Presidente -

Enrico Gallucci

Giuseppina Anna Rosaria Pacilli

Pietro Silvestri

Fabrizio D'Arcangelo

- Relatore -

Sent. n. sez. 272

UP - 21/02/2025

R.G.N. 32991/2024

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso proposto da

Spinelli Matteo, nato a Salerno il 16/07/1948

avverso la sentenza emessa in data 18/04/2024 dalla Corte di appello di Napoli;

visti gli atti, la sentenza impugnata e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Fabrizio D'Arcangelo;

udite le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Raffaele Gargiulo, che ha chiesto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato e la revoca delle relative statuizioni civili;

udite le conclusioni dell'avvocato Claudia Guerriero, in sostituzione dell'avvocato Raffaele Tecce, difensore di fiducia di Matteo Spinelli, che ha chiesto l'accoglimento dei motivi di ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte d'appello di Napoli, con la pronuncia impugnata, ha confermato la sentenza di condanna, emessa dal Tribunale di Avellino in data 16 settembre 2016, nei confronti di Matteo Spinelli per il delitto di cui agli artt. 81, 110 e 323 cod. pen., commesso in Solofra dal 23 settembre 2011 al 2 novembre 2011,

condannando l'imputato appellante al pagamento delle spese del grado e alla rifusione delle spese di lite sostenute dalla parte civile costituita Vincenzo Clemente.

1.1. Secondo l'ipotesi di accusa, Matteo Spinelli, segretario comunale del Comune di Solofra, in concorso con Angelo Montoro, Presidente del consiglio comunale, nello svolgimento di pubbliche funzioni, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, violando il disposto dell'art. 38, comma ottavo, del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali), che disciplina le modalità di dimissioni dalla carica di consigliere comunale, avrebbe intenzionalmente procurato un danno ingiusto a Vincenzo Clemente, capogruppo del partito di opposizione, facendolo illegittimamente decadere dalla carica di consigliere comunale.

1.2. Le sentenze di merito hanno accertato che, nella seduta del consiglio comunale di Solofra del 23 settembre 2011, Vincenzo Clemente, nel corso di un acceso dibattito, ha dichiarato «mi dimetto dal mio mandato di consigliere comunale, ma chiedo l'applicazione dell'art. 9 del regolamento consiliare», intendendo in realtà, come risultava dal tenore complessivo del suo intervento e dall'inequivoca formulazione della disposizione citata, dimettersi dalla carica di capogruppo e non già da quella di consigliere comunale.

Nella successiva seduta del 25 ottobre 2011, il Consiglio comunale ha deliberato l'approvazione del verbale della seduta del 23 settembre 2011 e, successivamente, il Presidente del consiglio comunale ha dichiarato di aver ricevuto una nota da parte del segretario comunale, Matteo Spinelli, che gli aveva comunicato che Vincenzo Clemente non era più in carica, essendosi dimesso da consigliere comunale.

Con nota emessa in data 27 ottobre 2011, il Presidente del consiglio comunale ha, dunque, comunicato a Clemente la decadenza immediata dalla carica di consigliere comunale, nonostante le sue contestazioni.

Secondo i giudici di merito, l'imputato Matteo Spinelli, che nel giudizio di appello ha rinunciato alla prescrizione, ha concorso nell'illegittima destituzione di Clemente dal consiglio comunale, redigendo due note e un parere, reso di propria iniziativa, che attestavano la regolarità delle dimissioni asseritamente rese da consigliere comunale, pur in carenza dei presupposti di legge.

L'imputato, infatti, nella propria nota ha ritenuto legittime ed efficaci le dimissioni di Clemente in virtù dell'art. 50 dello statuto comunale, che, tuttavia, non poteva prevalere sull'art. 38, comma ottavo, del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in ragione della gerarchia delle fonti e dei principi che regolano la successione di leggi nel tempo.

Le asserite dimissioni da consigliere comunale, inoltre, erano state rassegnate senza le formalità prescritte da tale ultima disposizione e dovevano intendersi revocate validamente per effetto della dichiarazione rese da Clemente in epoca precedente alla loro protocollazione, richiesta dalla legge e mai avvenuta.

I giudici di merito hanno, inoltre, rilevato che Spinelli, unitamente ad altri esponenti politici locali, era stato denunciato da Clemente per abuso di ufficio e illeciti edilizi e da queste denunce erano scaturiti procedimenti penali e richieste di rinvio a giudizio nei confronti del ricorrente, tanto da indurre a ritenere che nutrisse motivi di risentimento nei confronti della persona offesa.

Spinelli, dunque, nell'esercizio delle proprie funzioni di segretario comunale, omettendo di astenersi in una situazione di conflitto di interessi, ha intenzionalmente posto in essere una «macroscopica violazione di legge» ai danni della persona offesa.

Le sentenze di merito hanno, da ultimo, accertato che l'abusiva destituzione dal consiglio comunale ha cagionato a Clemente un danno ingiusto, patrimoniale e non patrimoniale, costituito dall'impossibilità di esercitare la propria carica politica, dalla perdita dei c.d. gettoni di presenza alle sedute del consiglio comunale e dagli esborsi sostenuti per impugnare il provvedimento amministrativo illegittimo.

2. L'avvocato Raffaele Tecce, difensore di Spinelli, ha impugnato la sentenza della Corte di appello di Napoli e ne ha chiesto l'annullamento.

Il difensore, proponendo un unico motivo di ricorso, deduce l'intervenuta *abolitio criminis* del delitto di abuso di ufficio, per effetto dell'art. 1, comma 1, lett. b), della l. 9 agosto 2024, n. 114, e chiede l'annullamento della sentenza impugnata, la revoca delle statuizioni civili enunciate dalla stessa e della condanna alla refusione delle spese sostenute dalla parte civile in entrambi i gradi di giudizio.

3. Con istanza depositata tempestivamente in data 4 novembre 2024, il difensore ha chiesto la trattazione orale del ricorso.

Con la requisitoria e le conclusioni scritte depositate in data 3 dicembre 2024, il Procuratore generale Raffaele Gargiulo, ha chiesto di annullare senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato e di revocare le statuizioni civili.

4. All'udienza del 19 dicembre 2024 il Collegio, ai sensi dell'art. 615, comma 1, cod. proc. pen., ha rinviato la deliberazione all'udienza del 3 aprile 2025, di seguito anticipata all'udienza del 20 febbraio 2025.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il difensore, proponendo un unico motivo di ricorso, deduce l'intervenuta *abolitio criminis* del delitto di abuso di ufficio e chiede l'annullamento della sentenza impugnata perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato e la revoca delle statuizioni civili.

2. L'art. 1, comma 1, lett. b), della legge 9 agosto 2024, n. 114 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare), entrato in vigore il 25 agosto 2024, ha abrogato l'art. 323 cod. pen. e, dunque, il reato di abuso di ufficio.

Il Collegio dubita, tuttavia, della legittimità costituzionale di tale disposizione, in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli artt. 1, 7, quarto comma, 19 e 65, primo comma, della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU a Merida il 31 ottobre 2003, con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116.

3. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. b), della l. 9 agosto 2024, n. 114, quale norma abrogatrice di una fattispecie di reato, è ammissibile, ancorché possa produrre effetti *in malam partem*, e non collide con il principio di riserva di legge in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 37 del 2019, ha delineato i presupposti e l'ambito del sindacato di legittimità costituzionale in materia penale, con effetti anche *in malam partem*.

In questa pronuncia la Corte costituzionale ha affermato che: «[I]n 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)».

Tuttavia, la stessa sentenza ha precisato, confermando precedenti pronunce (sent. n. 236 del 2018 e n. 143 del 2018), come tali principi non siano senza eccezioni. Infatti, ha affermato che «(...) 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.»».

Proprio quest'ultima evenienza, ad avviso del Collegio, ricorre nel caso di specie.

Il Collegio, infatti, non richiede il sindacato di costituzionalità su un caso di inattuazione originaria da parte del legislatore dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, che non consente alla Corte costituzionale di surrogare l'inerzia del Parlamento, sovrano in materia di scelte di criminalizzazione, introducendo una nuova incriminazione, ma su un caso di inattuazione sopravvenuta di tali vincoli, che consente la reviviscenza della fattispecie di reato abrogata e, dunque, la riespansione della sua efficacia.

In questo caso, la Corte costituzionale non opera alcuna scelta di criminalizzazione, ma si limita a rimuovere la norma incostituzionale; l'effetto sfavorevole deriva dalla reviviscenza della norma precedente, posta dallo stesso legislatore, unica costituzionalmente conforme, perché rispettosa dell'obbligo sovranazionale.

4. La questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 1, lett. b), della l. 9 agosto 2024, n. 114 è, inoltre, rilevante.

Secondo il principio costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale (recentemente, C. cost., sent. n. 45 del 2024; n. 164 del 2023), ai fini della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, è sufficiente che la disposizione censurata sia applicabile nel giudizio *a quo* e che la pronuncia di accoglimento possa influire sull'esercizio della funzione giurisdizionale (tra le altre, C. cost., sent. n. 247 e n. 215 del 2021), quantomeno sotto il profilo del percorso argomentativo della decisione nel processo principale (*ex plurimis*, C. cost. sent. n. 25 del 2024 e n. 154 del 2021; ord. n. 194 del 2022).

La disposizione censurata deve essere applicata per decidere del motivo proposto dal ricorrente e il suo accoglimento inciderebbe sulla decisione da adottare, non consentendo più di dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato.

L'eventuale declaratoria di incostituzionalità della disposizione che ha abrogato il reato di abuso di ufficio renderebbe, infatti, nuovamente punibili le condotte previste dall'art. 323 cod. pen. commesse sotto la sua vigenza, quale quelle di cui si controverte nel presente giudizio.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 49 del 1970, ha precisato che «la declaratoria di illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia

delle norme che ne sono oggetto, impedisce... dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore costituisce, pertanto, fenomeno diverso dall'accertamento, ad opera dell'organo a ciò competente, della illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa: in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte».

Le Sezioni unite di questa Corte hanno, inoltre, espressamente richiamato questa pronuncia della Corte costituzionale, al fine di escludere dalla disciplina della successione delle leggi penali nel tempo e dall'applicazione dell'art. 2, quarto comma, cod. pen. le vicende di successione normativa determinate da dichiarazioni di illegittimità costituzionale delle norme succedutesi (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260695 - 01).

5. Il dubbio di legittimità costituzionale non può, peraltro, essere risolto ricorrendo ad un'interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione in esame, ma solo sottoponendo lo stesso al sindacato della Corte costituzionale.

L'onere di interpretazione conforme, infatti, viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il tenore letterale della disposizione non consenta questa interpretazione (*ex plurimis*: C. cost., sent. n. 1 del 2024, n. 104 del 2023, n. 18 del 2022, n. 59 del 2021 e n. 32 del 2021).

Nella specie, il perentorio tenore letterale della disposizione censurata, volto a sancire inequivocabilmente l'intervenuta abrogazione del reato di abuso di ufficio, non consente il ricorso all'interpretazione conforme.

6. La questione di costituzionalità non è manifestamente infondata, come è stato, peraltro, ritenuto, pur con diversità di accenti, da plurime ordinanze di rimessione sollevate da giudici di merito (Tribunale di Firenze, ord. del 24 settembre 2024; Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Locri, ord. del 30 settembre 2024; Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Firenze, ord. del 3 ottobre 2024; Tribunale di Busto Arsizio, ord. del 21 ottobre 2024; Tribunale di Firenze, ord. 25 ottobre 2024; Tribunale di Bolzano, ord. dell'11 novembre 2014; Tribunale di Teramo, ord. del 22 novembre 2024; Tribunale di Catania, ord. del 26 novembre 2024).

7. La Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, secondo l'art. 1, «ha per oggetto:

a) *la promozione ed il rafforzamento delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace;*

b) la promozione, l'agevolazione ed il sostegno della cooperazione internazionale e dell'assistenza tecnica ai fini della prevenzione della corruzione e della lotta a quest'ultima, compreso il recupero di beni;

c) la promozione dell'integrità, della responsabilità e della buona fede nella gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici».

La Convenzione di Merida, a differenza di altre convenzioni internazionali contro la corruzione cui aderisce lo Stato italiano, ha un impianto organico, in quanto non considera soltanto il crinale penale del contrasto alla corruzione, ma contempla un ampio novero di «misure preventive», volte a istituire un articolato ed efficace sistema di «politiche e pratiche di prevenzione della corruzione» (capitolo II, artt. 5-14).

L'ampia disciplina dedicata a «*criminalization and law enforcement*» (capitolo III, artt. 15-53), inoltre, non si limita alle «*basic forms of corruption*» ma contempla anche la penalizzazione di illeciti prodromici, connessi o, comunque, strumentali alla corruzione, quali l'appropriazione indebita da parte dei pubblici ufficiali (art. 17), il millantato credito (art. 18), l'abuso di ufficio (art. 19), l'arricchimento illecito (art. 20), la corruzione nel settore privato (art. 21), la sottrazione di beni nel settore privato (art. 22), il riciclaggio dei proventi del crimine (art. 23), la ricettazione (art. 24) e l'ostacolo al buon funzionamento della giustizia (art. 25).

La Convenzione contiene, inoltre, disposizioni dedicate alla cooperazione internazionale (capitolo IV, artt. 43-50), al recupero dei beni oggetto della corruzione (capitolo V, artt. 51-59), all'assistenza tecnica e allo scambio di informazioni (capitolo VI, artt. 60-62) e ai «meccanismi di attuazione» (capitolo VII, artt. 63-64).

L'art. 63, primo paragrafo, in particolare, istituisce la Conferenza degli Stati parte della convenzione al fine di realizzare una verifica periodica di monitoraggio dell'attuazione della Convenzione, basata sul criterio della *peer review*; l'organo che sovrintende a tale processo è l'*Intergovernmental Working Group* presso l'*United Nations Office on Drugs and Crime*.

L'art. 65, dedicato alla «Attuazione della Convenzione», rende giuridicamente vincolante per lo stato contraente l'obbligo di adeguarsi alle previsioni della convenzione.

Questa disposizione sancisce al comma primo che «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».

8. L'art. 19 della Convenzione, rubricato «abuso d'ufficio», prevede che: «Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un'altra persona o entità».

Questa disposizione delinea una nozione di abuso di ufficio omologa a quella prevista dall'abrogato art. 323 cod. pen. e sancisce che, se la penalizzazione delle condotte di «*abuse of functions*» realizza la «*close conformity*» con gli obiettivi di tutela della stessa convenzione, l'obbligo di considerare l'introduzione del reato di abuso di ufficio costituisce il livello minimale vincolante per ogni stato contraente.

Lo specifico contenuto dell'obbligo posto dall'art. 19 è chiarito dalla *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, redatta dall'*United Nations Office on Drugs and Crime*, che assume il valore di interpretazione autentica della Convenzione.

La Guida per l'implementazione della convenzione, nella seconda edizione del 2012, ai paragrafi 11 e 12, precisa che le disposizioni di quest'ultima «*do not have all the same level of obligation*» e che possono essere divise in tre categorie:

(a) un primo gruppo include le disposizioni che impongono «*mandatory requirement*», ossia quelle che sanciscono una «*obligation to take legislative or other measures*»;

(b) un secondo gruppo, nel quale rientra l'art. 19, in materia di abuso d'ufficio, indica degli «*optional requirement*», che sanciscono delle «*obligation to consider*»;

(c) un terzo gruppo sancisce meramente delle «*optional measures*», ossia delle misure che «*States parties may wish to consider*».

La Convenzione utilizza, infatti, tre espressioni progressivamente graduate, che vanno dalla vincolatività alla facoltatività: «*shall adopt*», «*shall consider adopting*», «*may adopt*».

Per il primo gruppo di disposizioni la Convenzione prevede che «*Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences...*»; per il secondo, invece, prescrive che «*Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence*»; per il terzo, costituito da previsioni integralmente facoltative, la Convenzione ricorre al termine «*may adopt*».

Con riferimento alle disposizioni del secondo tipo, il paragrafo 12 della Guida precisa che gli Stati parte «*are urged to consider adopting a certain measure and to make a genuine effort to see whether it would be compatible with their legal systems*».

Le disposizioni che appartengono al secondo gruppo, dunque, non sono meramente facoltative e non esprimono mere raccomandazioni, ma fondano un vero e proprio obbligo per gli Stati membri di fare un ragionevole sforzo per verificare se l'introduzione di una determinata ipotesi di reato sia compatibile con il proprio ordinamento.

L'art. 19 della convenzione non pone, pertanto, un obbligo di penalizzazione dell'abuso di ufficio, in quanto richiede agli Stati contraenti di «considerare» l'adozione della fattispecie di «*abuse of functions*» («*shall consider adopting*») e non già di introdurla obbligatoriamente, come è previsto per i reati di corruzione («*shall adopt*»).

9. I «vincoli derivanti dagli obblighi internazionali» in materia penale per il legislatore, ai sensi dell'art. 117, comma primo Cost., tuttavia, non sono costituiti solo dagli obblighi di criminalizzazione, come è stato chiarito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 28 del 2010.

Questa pronuncia ha, infatti, dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con la nozione comunitaria di rifiuto, di una norma extrapenale, che, sottraendo temporaneamente le ceneri di pirite dalla categoria dei rifiuti, ha escluso, durante il periodo della sua vigenza, precedente all'abrogazione ad opera del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la gestione illegale dei rifiuti.

La Convenzione di Merida pone, del resto, non solo obblighi di criminalizzazione, ma anche di efficace persecuzione, di perseguimento e di mantenimento degli *standard* di efficacia stabiliti nella prevenzione della corruzione.

10. Nella trama sistematica della Convenzione di Merida, la penalizzazione delle condotte di abuso di ufficio non rileva solo in relazione alla previsione dell'art. 19, ma anche quale strumento normativo specificamente destinato a rendere efficace ed effettivo il sistema di prevenzione della corruzione, favorendo la trasparenza e prevenendo i conflitti di interesse.

La nozione di abuso di ufficio posta dalla Convenzione di Merida è, infatti, incentrata sugli abusi della funzione posti in essere intenzionalmente dai pubblici agenti e sulle violazioni intenzionali del dovere di astensione che sugli stessi grava, al fine di procurarsi indebiti vantaggi.

Nel disegno sistematico della Convenzione, le misure preventive sono distinte, sul piano sistematico, dalle misure relative all'incriminazione degli illeciti, ma il perseguimento dell'obiettivo dell'efficace attuazione dei sistemi di prevenzione della corruzione può rendere necessario il ricorso anche alla sanzione penale.

La sinergia istituita dalla Convenzione tra fattispecie penali e misure preventive è resa evidente dall'art. 12, dedicato alla prevenzione efficace della corruzione nel settore privato, che dispone che le misure adottate in questo ambito siano presidiate, se necessario, da sanzioni civili, amministrative o penali, in caso di loro inosservanza.

L'art. 5 della Convenzione, intitolato «Politiche e pratiche di prevenzione della corruzione», al primo comma afferma, inoltre, che «[C]iascuno Stato Parte elabora e applica o persegue, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, delle *politiche di prevenzione della corruzione efficaci e coordinate* che favoriscano la partecipazione della società e *rispecchino i principi di stato di diritto, di buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, d'integrità, di trasparenza e di responsabilità*»; al secondo comma, l'art. 5 aggiunge che « Ciascuno Stato Parte si adopera al fine di *attuare e promuovere pratiche efficaci volte a prevenire la corruzione*».

L'art. 5, terzo comma, dispone che ciascuno Stato Parte si adopera al fine di valutare periodicamente l'adeguatezza degli strumenti giuridici e delle misure amministrative adottate al fine di «*prevenire e combattere la corruzione*» e ulteriormente dimostra la stretta connessione, nel disegno della Convenzione, tra misure preventive e il ricorso alle sanzioni penali.

L'art. 7, espressamente dedicato al «Settore pubblico», al quarto comma, sancisce, inoltre, che: «[C]iascuno 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*».

Questa disposizione pone uno specifico obbligo («ciascuno Stato si adopera») di perseguimento degli *standard* di efficace prevenzione della corruzione sanciti dalla Convenzione, mediante l'adozione di «sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse».

La Convenzione, inoltre, utilizzando il verbo «*mantain*», obbliga gli Stati contraenti, nel processo di progressiva attuazione degli obiettivi di tutela perseguiti, a impegnarsi a preservare gli *standard* di tutela raggiunti e, dunque, dall'astenersi dall'adottare misure, legislative o amministrative, che comportino il regresso rispetto al livello di attuazione raggiunto nel perseguimento degli scopi della Convenzione.

L'obbligo di adoperarsi per «mantenere» gli *standard* di tutela raggiunti nell'efficace prevenzione della corruzione, del resto, opera non soltanto per le misure, legislative o amministrative, adottate dagli stati membri in attuazione della Convenzione, ma anche per le misure che ciascuno Stato aderente aveva già adottato all'atto della sottoscrizione e risultavano pienamente conformi agli scopi di tutela della stessa.

Questo obbligo non comporta che le norme penali interne necessarie a garantire l'obiettivo debbano rimanere cristallizzate al livello più rigoroso che hanno attinto (e non esclude in radice la riduzione delle aree di illiceità penale o, persino, l'esclusione del ricorso alla sanzione penale), ma attribuisce alle norme attuative una particolare "forza di resistenza" all'abrogazione, che le sottrae a novazioni legislative non conformi al vincolo posto dalla Convenzione.

L'abrogazione del reato di abuso di ufficio ha, dunque, violato questo specifico obbligo, in quanto non è stata "compensata" dall'adozione di meccanismi, preventivi o repressivi, penali o amministrativi volti a mantenere il medesimo *standard* di efficacia ed effettività nella prevenzione degli abusi funzionali intenzionalmente posti in essere dagli agenti pubblici ai danni dei cittadini.

La fattispecie di cui all'art. 323 cod. pen., infatti, richiamando espressamente le norme extrapenali che stabiliscono obblighi di astensione dei pubblici agenti e quelle destinate a prevenire i conflitti di interesse nel settore pubblico, garantiva effettività alle stesse e poneva una regola di condotta efficace, impedendo ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio di agire intenzionalmente ai danni dei privati al fine di procurarsi un indebito vantaggio.

Il legislatore, tuttavia, abrogando l'art. 323 cod. pen., ha fatto cessare la «*close conformity*» con l'obiettivo posto dall'art. 7, quarto comma, della Convenzione e ha violato l'obbligo di mantenere fermo, nella propria legislazione, il livello di efficacia nella prevenzione della legalità dell'azione amministrativa contro gli abusi di ufficio stabilito in sede convenzionale.

11. La relazione introduttiva del disegno di legge n. S. 808, in seguito divenuto la legge 9 agosto 2024, n. 114, ha rilevato che l'abrogazione del reato di abuso di ufficio si inserisce nel solco di «plurimi interventi normativi volti a dare maggiore determinatezza alla disposizione (effettuati del 1990, nel 1997, nel 2012 e nel 2020)», interventi che tuttavia non sono riusciti a mettere fine alla persistenza di un consistente squilibrio tra iscrizioni della notizia di reato e decisioni di merito, «anche dopo le modifiche volte a ricondurre la fattispecie entro più rigorosi criteri descrittivi».

Tale situazione, secondo la relazione introduttiva, ha fatto emergere «una anomalia che ha portato alla scelta proposta con il presente disegno di legge».

In ogni caso, osserva la relazione, anche a seguito della decriminalizzazione dell'abuso d'ufficio, il sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione resta «un apparato di repressione estremamente articolato», fermo restando in ogni caso che l'abuso di poteri o funzioni o la violazione di doveri imposti dalla legge permane una circostanza aggravante rispetto alla commissione di altre fattispecie criminose commesse dal pubblico ufficiale.

La relazione, inoltre, lascia aperta la «possibilità di valutare in prospettiva futura specifici interventi additivi volti a sanzionare, con formulazioni circoscritte e precise, condotte meritevoli di pena in forza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria».

Nessuna disposizione penale, tuttavia, incrimina più gli abusi della funzione intenzionalmente commessi dai pubblici agenti in violazione di specifiche norme di legge o del dovere di astensione, a danno dei privati e al fine di procurarsi un indebito vantaggio.

Nell'ordinamento penale non vi è, infatti, alcuna norma che consente di sanzionare l'esercizio arbitrario di una funzione pubblica, con prevaricazione a danno "degli altrui diritti", se il fatto non è commesso con violenza o minaccia (concussione) o a fronte della promessa o della dazione di un corrispettivo illecito (corruzione).

12. Il delitto di abuso di ufficio, nel contesto sistematico del codice penale, ha avuto un percorso travagliato.

Nel disegno del legislatore del 1930, il delitto di reato di abuso di ufficio, per effetto della clausola di sussidiarietà che lo connotava, assumeva un ruolo marginale all'interno del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione.

L'ambito applicativo dell'art. 323 cod. pen. è, tuttavia, risultato ampliato per effetto dell'intervento di riforma operato dalla legge 26 aprile 1990; nella fattispecie sussidiaria sono, infatti, confluite, almeno in parte, le fattispecie di peculato per distrazione (art. 314), di interesse privato in atti d'ufficio (art. 324) e di omissione di atti d'ufficio (art. 328), sulle quali era intervenuto il legislatore della riforma.

Per correggere i problemi sorti dall'eccessiva ampiezza della disposizione e dalla sua poco stringente formulazione, la legge 16 luglio 1997 n. 234 ha modificato l'art. 323 cod. pen., con il dichiarato intento di escludere la rilevanza penale dei provvedimenti amministrativi viziati da eccesso di potere, ritenendo che un sindacato del giudice penale sugli stessi comportasse un'inaccettabile intromissione del potere giudiziario nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

Il legislatore è, peraltro, nuovamente intervenuto sull'art. 323 cod. pen., con l'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120.

Questo intervento legislativo ha conferito alla fattispecie di reato una formulazione ancor più vincolante e restrittiva, sostituendo le parole «in violazione di norme di legge o di regolamento» con quelle «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», al fine di escludere ancor più radicalmente il sindacato del giudice penale sugli atti discrezionali della pubblica amministrazione.

La Corte nella sentenza n. 8 del 2022 ha, inoltre, dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del d.l. n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, sollevate dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catanzaro in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.

Questa sentenza ha rilevato la legittimità costituzionale della riduzione dell'ambito di rilevanza penale delle condotte di abuso di ufficio, in quanto il legislatore ha inteso non irragionevolmente scongiurare la sempre maggiore diffusione del fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva"), che comporta «significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati».

Sin dall'archetipo costituito dalla previsione dell'«abuso di autorità» di cui all'art. 175 del codice Zanardelli, tuttavia, questa fattispecie di reato, pur nelle sue successive versioni, ha costituito la forma di tutela minimale del cittadino contro i soprusi e le prevaricazioni dell'autorità pubblica in tutte le fasi della storia dello Stato italiano.

La Corte costituzionale, già nella sentenza n. 7 del 1965, ha rilevato la tensione che sin da allora connotava la fattispecie di reato dell'abuso di ufficio, tra l'esigenza di incriminare «la trasgressione, da parte del pubblico ufficiale, di un dovere inerente all'ufficio, quando essa si concreti in un atto o, comunque, in un comportamento illegittimo, posto in essere con dolo», e, al contempo, la necessità di stabilire una «sufficiente garanzia che il pubblico ufficiale sia al coperto dalla possibilità di arbitrarie applicazioni della legge penale, il timore delle quali nuocerebbe anch'esso al buon andamento della pubblica Amministrazione e al sollecito perseguimento dei suoi fini».

L'abrogazione del reato di abuso di ufficio, tuttavia, lungi dal bilanciare tra le esigenze costituzionali dell'imparzialità e dell'efficacia dell'azione

amministrativa, anche mediante l'ulteriore riduzione dell'ambito dell'incriminazione, ha dato prevalenza incondizionata all'autonomia di amministratori e funzionari nell'esercizio della funzione pubbliche, sacrificando integralmente la tutela dei cittadini contro gli abusi posti in essere dai pubblici agenti intenzionalmente ai loro danni.

13. Il *deficit* rispetto agli obiettivi di tutela fissati dagli artt. 19 e 7, quarto comma, della Convenzione di Merida, conseguente all'abolizione del reato di abuso di ufficio, del resto, non è stato colmato dall'art. 9, comma 1 del decreto legge 4 luglio 2024, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2024, n. 112, che, a decorrere dal 5 luglio 2024, ha introdotto nel codice penale il reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili all'art. 314-*bis*.

Questa disposizione espressamente sancisce che «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».

Nel preambolo al decreto legge il Governo ha precisato di aver fatto ricorso al decreto legge, «ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di definire, anche in relazione agli obblighi euro-unitari, il reato di indebita destinazione di beni ad opera del pubblico agente».

Il riferimento agli obblighi di incriminazione derivanti, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., dal diritto dall'Unione europea è al disposto dell'art. 4, paragrafo 3, della Direttiva UE 2017/1371 del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (c.d. Direttiva PIF), che prescrive la penalizzazione delle condotte del funzionario pubblico che miri all'«appropriazione indebita di fondi o beni, per uno scopo contrario a quello previsto».

La giurisprudenza di legittimità, nelle prime sentenze pronunciate sull'art. 314-*bis* cod. pen., ha precisato che il reato di indebita destinazione di danaro o di cose mobili sanziona le condotte distrattive di danaro di cose mobili che la giurisprudenza di legittimità, nella disciplina previgente, riferiva alla fattispecie abrogata dell'abuso di ufficio (Sez. 6, n. 4520 del 23/10/2024, dep. 2025, Felicita, Rv. 287453-02; conf. Sez. 1, n. 5041 del 10/01/2025, Alemanno, Rv. 287431-01).

Questa fattispecie di reato, dunque, riferendosi ai c.d. abusi di ufficio distrattivi, si colloca fuori dal perimetro applicativo dell'art. 19 e ricade nell'ambito applicativo dell'art. 17 della Convenzione, dedicato alla «sottrazione, appropriazione indebita, od altro uso illecito di beni da parte di un pubblico ufficiale» («Ciascuno Stato Parte adotta le misure legislative e le altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando gli atti sono stati commessi intenzionalmente, alla sottrazione, all'appropriazione indebita o ad un altro uso illecito, da parte di un pubblico ufficiale, a suo vantaggio o a vantaggio di un'altra persona o entità, di qualsiasi bene, fondo o valore pubblico o privato o di ogni altra cosa di valore che sia stata a lui affidata in virtù delle sue funzioni»).

14. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 8 del 2022, ha rilevato che le esigenze costituzionali di tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione non si esauriscono, nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: l'incriminazione costituisce anzi un'*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela.

Il legislatore, tuttavia, nell'abrogare il reato di abuso di ufficio, non ha correlativamente rafforzato il livello di prevenzione, a livello amministrativo, contro le condotte abusive e la violazione dell'imparzialità da parte dei pubblici agenti in danno dei privati, come imposto dagli artt. 1, 7, quarto comma, 19 e 65, primo comma, della Convenzione di Merida.

La relazione introduttiva del disegno di legge n. S. 808 ha affermato la sufficienza «dell'ampia disciplina ormai da diversi anni introdotta in funzione di prevenzione della *malpractice* nel settore pubblico.

Tale normativa impone alle amministrazioni, tra l'altro, di adottare piani anti-corrruzione e prevede l'alta vigilanza di una Agenzia indipendente; inoltre, con il decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24, è stata data attuazione alla direttiva europea 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'UE o di disposizioni nazionali; vale a dire - secondo l'amplissima definizione fornita dal decreto legislativo - «comportamenti, atti od omissioni che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato.

L'insieme organico dei rimedi preventivi, approntati anche in sede di controllo amministrativo, e repressivi, di natura penale, disciplinare, contabile ed erariale, consente di recuperare una completa tutela degli interessi pubblici, senza arretramenti».

Il legislatore, tuttavia, nell'abrogare il reato di abuso di ufficio, ha considerato l'idoneità della disciplina amministrativa vigente a tutelare l'interesse pubblico e non già quello dei cittadini a non essere danneggiati dagli abusi funzionali o dalla mancata astensione dei pubblici agenti che agiscono in conflitto di interesse.

La previsione del reato di abuso di ufficio, con riferimento alla violazione dell'obbligo di astensione e al divieto di violazioni della legge poste in essere intenzionalmente in danno del privato, aveva, infatti, una portata generale ed estremamente efficace, anche sul piano preventivo, in ragione della previsione della minaccia della sanzione penale.

I rimedi preventivi anticorruzione (quali quelli introdotti dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97), per loro natura, riguardano molto marginalmente i comportamenti dei singoli funzionari e si concentrano sull'organizzazione dell'azione complessiva dell'amministrazione, senza assumere alcun effetto specifico nei confronti della singola azione illecita.

I rimedi giurisdizionali, peraltro onerosi, non sempre non attivabili, in quanto, non di rado, le prevaricazioni dei pubblici agenti si traducono non in atti amministrativi, ma in meri comportamenti, come tali non impugnabili.

Parimenti frammentaria e non sempre coerente è la disciplina amministrativa dei conflitti di interesse; le sanzioni disciplinari per la violazione dell'obbligo di astensione previsto nei vari codici deontologici richiesti dall'art. 54 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sono, infatti, difficilmente applicabili ai dirigenti di più alto livello per i quali più che la responsabilità disciplinare vale quella di risultato, in forza dell'art. 21 dello stesso decreto, e non operano per gli amministratori eletti.

I sistemi disciplinari previsti dal diritto amministrativo sono, inoltre, estremamente frastagliati, in quanto sono calibrati dal legislatore sulle specifiche funzioni e sullo statuto che disciplina la singola figura di pubblico agente.

L'attivazione dei sistemi disciplinari è, inoltre, rimessa all'esclusiva denuncia del privato, che deve rivolgersi all'amministrazione cui appartiene il pubblico ufficiale autore di condotte di abuso di ufficio (rispetto al quale il privato potrebbe trovarsi in condizioni di timore riverenziale); i procedimenti disciplinari sono, inoltre, dotati di poteri di istruttoria meno incisivi di quelli ammessi nel processo penale e non consentono l'intervento della persona offesa.

Parimenti la responsabilità contabile ed erariale non assicura una prevenzione efficace e adeguata degli abusi funzionali commessi in danno dei privati, in quanto questo sistema di responsabilità è incentrato sul danno arrecato allo Stato e non è attivabile a fronte di danni subiti meramente dal privato.

Il legislatore, dunque, nell'abrogare il reato di abuso di ufficio, non ha introdotto discipline amministrative che mantengano il pregresso *standard* di

efficacia nella prevenzione dei conflitti di interesse e degli abusi di potere dei pubblici agenti prescritto dalla Convenzione di Merida.

15. Alla stregua dei rilievi che precedono, il Collegio, ai sensi dell'art. 23, comma 3, della legge 11 marzo 1953, n. 87, dichiara, d'ufficio, rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. b), della legge 9 agosto 2024, n. 114, che abroga l'art. 323 cod. pen., in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli artt. 1, 7, quarto comma, 19 e 65, primo comma, 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 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116.

In conformità all'art. 23, comma 4, della legge 11 marzo 1953, n. 87, deve essere disposta l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e la sospensione del giudizio in corso.

La Cancelleria provvederà, inoltre, a notificare la presente ordinanza al ricorrente, al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, al Presidente del Consiglio dei ministri e alla sua comunicazione ai Presidenti delle due camere del Parlamento.

P.Q.M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. b), della legge 9 agosto 2024, n. 114, che abroga l'art. 323 cod. pen., in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli artt. 1, 7, quarto comma, 19 e 65, primo comma, 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 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116.

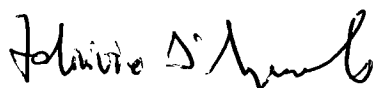
Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso.

Ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza sia notificata al ricorrente, al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, al Presidente del Consiglio dei ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due camere del Parlamento.

Così deciso il 21/02/2025.

Il Consigliere estensore

Fabrizio D'Arcangelo



Il Presidente

Giorgio Fidelbo

