

# *Studio Legale Morcella*

*avv. Manlio Morcella  
avv. Anna Piccolini  
avv. Valerio Provaroni  
avv. Lara Corri  
avv. Marco Gabriele  
avv. Fabiola S. Caroli  
avv. Vittoria Vacata  
dott. Marco Tullio Morcella*

*00186 Roma  
Via di Ripetta 14-2  
tel 06/5798907  
studiomorcella@libero.it  
avv. morcella@yahoo.it*

## TRIBUNALE DI FIRENZE

### III SEZIONE COLLEGALE

Proc. Pen. n.

RGNR

n.

RG GIP

n. .

RG Dib.

UDIENZA: 09.09.24

### ISTANZA VOLTA AD ECCEPIRE LA ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELLA NORMA ABROGATRICE DEL REATO DI ABUSO IN ATTI D'UFFICIO

Interposta dall'Avv. Manlio Morcella, difensore di fiducia della p.c.  
nel procedimento penale meglio indicato in epigrafe

#### A. LA PREMESSA

Il sindacato di costituzionalità si impone ogni qual volta, nel corso di un comune giudizio, ordinario o speciale, venga prospettata da una delle parti o rilevata d'ufficio la possibile esistenza di un contrasto tra una norma legislativa di cui il giudice dovrebbe fare applicazione e una norma di rango costituzionale. Spetta al giudice che su sollecitazione o *motu proprio* ha avvertito il dubbio di costituzionalità su di una norma deliberare sia sulla sua rilevanza per risolvere il caso sul quale deve pronunciarsi, sia sulla sua non manifesta infondatezza circa la denunciata incompatibilità di tale prescrizione con regole di valenza costituzionale.

Scontato ricordare che anche qualora una sola delle due valutazioni si concluda con esito negativo, il giudice deve emanare una ordinanza adeguatamente motivata con la quale respingere la questione. Con conseguente arresto di ogni ulteriore trattazione della sollevata questione.

*pec: manlio.morcella@ordineavvocatiterni.it*

Allorché, di converso, il giudice ritenga che il dubbio di costituzionalità non sia superabile in modo convincente e che esso influisca sulla definizione del giudizio in corso, dovrà adottare una ordinanza motivata con la quale dare atto della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, indicandone i termini e i motivi, per così disporre la trasmissione degli atti di causa alla Corte Costituzionale, in una con la sospensione del giudizio in corso. L'ordinanza di rimessione apre in tale guisa un procedimento incidentale – il giudizio costituzionale – che diventa indisponibile tanto per il giudice rimettente, quanto per le parti.

## **B. LA RILEVANZA**

La questione di costituzionalità deve essere “rilevante” ossia concernere una norma, sostanziale o processuale -nel caso di specie sostanziale -, applicabile nel giudizio a quo ed influente per la sua definizione.

Il requisito della rilevanza costituisce il perno su cui si fonda la incidentalità: consente di ritenere la sussistenza del nesso di pregiudizialità tra il giudizio davanti alla Corte e quello dinanzi al giudice comune, accrescendo così il tasso di concretezza del controllo di costituzionalità, che – ripetendoci - viene proposto in funzione della soluzione di una controversia pendente.

La rilevanza deve risultare concreta e non meramente eventuale, altrimenti il potere di iniziativa del processo costituzionale risulterebbe caratterizzato da margini di discrezionalità troppo indefiniti.

Quanto alla specificità del caso in esame, non possono aversi dubbi di sorta circa la effettiva rilevanza della questione di legittimità costituzionale, di cui si intende investire la norma abrogatrice del reato di abuso d'ufficio: norma contenuta nell'art 1 della L. 9 agosto 2024 n. 114, che è stata promulgata in chiaro spregio degli art 11 e 117 Cost, perché violativa degli artt. 19 del Trattato delle Nazioni Unite contro la Corruzione (Convenzione di Merida) e 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

La lettura dell'imputazione sub capo 5, che viene appresso trascritto, vale a corroborare l'assunto, senza tema di smentita.

*5) di cui agli artt. 81, 323 110 cp perché, in concorso tra loro,*

*In Perugia, dall'ottobre 2016 al 28.12.16"*

### **C. LA NON MANIFESTA INFONDATEZZA**

Secondo costanti insegnamenti giurisprudenziali della Corte Costituzionale, la retroattività della legge penale di favore non esclude il suo assoggettamento allo scrutinio di legittimità costituzionale (cfr., ex plurimis, Corte Cost., n. 148/1983; Corte Cost., 12.02.2014, n. 32)

Né il possibile effetto in malam partem della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma abrogativa di un reato inibisce la verifica della conformità di quest'ultima previsione rispetto alle disposizioni di diritto internazionale pattizio: disposizioni che, in ragione degli artt. 11 e 117 Cost, sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie (in proposito, Corte Cost., 25.01.2010, n. 28).

La trascrizione dei brani motivazionali dell'arresto della Corte Costituzionale del 23.01.2019, n. 37, appresso riportati, appare illuminante al riguardo:

*“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 sent. 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, sent. 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 (...);

*“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”;*

Funzione statale, che deve essere azionata nel rispetto degli obblighi internazionali, posto che *“Un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti in malam partem può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117 primo comma Cost. (sentenza n. 28 del 2010, nonché sentenza n. 32 del 2014, ove l'effetto di ripristino della vigenza delle disposizioni penali illegittimamente sostituite in sede di conversione di un decreto-legge, con effetti in parte peggiorativi rispetto alla disciplina dichiarata illegittima, fu motivato anche con riferimento alla necessità di non lasciare impunte “alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma Cost”)”*

La ratio sottesa a simili eccezioni, rispetto al principio per il quale sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che concernano disposizioni abrogative di una previgente incriminazione, è ben evidente e mira ad evitare che il potere giudiziario e, meglio, la Corte Costituzionale sia posta nella impossibilità di sindacare le scelte del legislatore, specie e massimamente quando queste scelte importino effetti che esaltano il favor rei.

D'altro canto, il principio di retroattività non può ostacolare la verifica di costituzionalità, poiché **l'incostituzionalità è un limite al principio della retroattività.**

Se questo dato è pacifico, ed è del pari solare che la incostituzionalità della norma abrogativa di un reato ben possa discendere dalla inosservanza di norme di diritto internazionale pattizio -norme contenute in accordi internazionali oggetto di una legge nazionale di adattamento che, secondo costanti insegnamenti giurisprudenziali della Corte Costituzionale, assurgono a parametro costituzionale in base al meccanismo delineato dall'art. 117 Cost.-, certo non stupisce che gli Uffici tecnici del Ministero di Grazia e di Giustizia, ampiamente consapevoli dei rischi di incostituzionalità cui sarebbe andata incontro la “Riforma Nordio”, si siano battuti per affermare che l'espunzione dell'abuso d'ufficio dall'ordinamento interno non avrebbe decretato la lesione di Trattati internazionali di sorta, e segnatamente del Trattato della Nazioni Unite contro la Corruzione del 2003.

Secondo il loro argomentare, più esattamente, la Convenzione di Merida, impiegando la formula **“Each State party shall adopt”**, prevederebbe un vero e

proprio obbligo di criminalizzazione, solo rispetto ad una specifica classe di reati (in proposito, a mo' di exemplum, v. l'art 15 rubricato "Corruzione di pubblici ufficiali nazionali").

Mentre, in relazione ad un diverso gruppo di illeciti penali -tra i quali rientra anche l'abuso d'ufficio-, **si limiterebbe a raccomandarne l'adozione**, utilizzando la diversa espressione "***Each State Party shall consider adopting***" (al riguardo, a titolo esemplificativo, cfr. l'art 19 intitolato "Abuso d'ufficio").

**In mancanza di un obbligo espresso di criminalizzazione** dell'abuso d'ufficio, **e a fronte di una mera raccomandazione**, protesa alla sua introduzione, il legislatore nazionale sarebbe stato dunque **libero** di procedere alla espunzione di tale figura di reato dall'ordinamento penale interno.

Né dubbi possono aversi circa il fatto che sia stata questa la logica sottesa all'intervento riformatore, che ha propiziato l'abrogazione dell'abuso d'ufficio.

Il pensiero posto alla base di simile iniziativa legislativa è infatti ben desumibile dal parere motivato (DOC XVIII-bis n. 10), con cui la XIV Commissione della Camera dei Deputati ha manifestato le proprie perplessità in ordine alla bontà della proposta di Direttiva UE contro la corruzione.

Parere motivato, nel quale, tra l'altro, si legge (soprattutto) che:

*" a) la Convenzione UNCAC -United Nations Convention against the Corruption- impone la penalizzazione di un insieme determinato di fattispecie penali, segnatamente la corruzione di pubblici ufficiali nazionali (...); b) la Convenzione tuttavia prevede un'incriminazione meramente facoltativa per quanto riguarda l'abuso d'ufficio, la corruzione nel settore privato (...): appare quindi difficilmente giustificabile la sovrapposizione tra fenomenologiche criminali radicalmente dissimili che potrebbe alimentare il rischio di realizzare squilibri non trascurabili in termini di proporzionalità del sistema (...); c) ne discende che l'intervento normativo a livello unionale -id est, la proposta di direttiva UE contro la corruzione- obbligando alla criminalizzazione di una serie eterogenea di fattispecie di reato, valutate in maniera diversa a livello internazionale, corre il rischio di porre su uno stesso piano **veri e propri obblighi convenzionali insieme a semplici raccomandazioni**".*

Un simile ragionamento, a ben vedere, appare però viziato.

Rilevato che la "Guida Legislativa per la Implementazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione" costituisce uno strumento ermeneutico essenziale, ai fini di una corretta esegesi del Trattato del 2003, è bene prendere le mosse dalla lettura dei punti 11 e 12 di cui al presente documento, chiarificatore rispetto ai contenuti della Convenzione.

La loro attenta disamina consente infatti di apprezzare che le previsioni convenzionali, costruite intorno alla formula "***Each State Party shall consider adopting***", lungi dal delineare una mera raccomandazione internazionale, per la verità, **gravano il singolo Stato aderente di un vero e proprio obbligo internazionale**, imponendogli di valutare concretamente la possibilità di implementare una determinata figura di reato nel proprio sistema penale.

Se è in altre parole corretto sostenere che le previsioni in commento hanno un grado di vincolatività minore rispetto alle prescrizioni, compendiate intorno alla diversa formula "***Each State Party shall adopt***" -le sole suscettive di dar luogo ad un vero e proprio obbligo di criminalizzazione-, è però sbagliato sostenere che queste stesse disposizioni non siano impegnative per i Paesi contraenti.

Le sole previsioni convenzionali, **inidonee ad originare alcun tipo di obbligo per le Parti aderenti**, sono infatti quelle che si fondano sul diverso sintagma "***Each***

State Party may adopt” (v., a titolo esemplificativo, l’art 27 par. 2 e 3 della Convenzione di Merida).

Ciò rilevato, il cuore del problema, che non sembra essere stato minimamente sfiorato dagli uffici tecnici del Ministero, si sostanzia nella **pre-esistenza del modello penale di riferimento, alla ratifica della Convenzione di Merida**. Aspetto quest’ultimo gravido di rilevanti, anzi dirimenti, conseguenze giuridiche.

L’art 31 par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati è chiaro, nello stabilire che “*Un trattato deve essere interpretato in buona fede, in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo -rectius, del suo spirito-*”.

L’obiettivo dichiarato della Convenzione di Merida, per quanto emerge dal suo stesso tenore letterale, è quello di combattere la corruzione in tutte le sue possibili declinazioni (in proposito, v. il punto 6 delle Guida legislativa per l’implementazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione), e quindi pure nella forma dell’abuso d’ufficio (a fini meramente interpretativi, valga segnalare che, anche la proposta di Direttiva UE contro la corruzione qualifica esplicitamente l’abuso in atti d’ufficio come una declinazione dell’unitario fenomeno corruttivo -al riguardo v. il punto 2 della Proposta di Direttiva in oggetto, rubricato “Base giuridica, sussidiarietà e proporzionalità”, fg. 6; oltretutto l’art 11 di cui alla Proposta di Direttiva in commento, fg. 36-)

All’esito di un opportuno processo ermeneutico, teleologicamente orientato alla stregua dell’art 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, l’art 19 della Convenzione di Merida deve allora essere interpretato nel senso che:

- gli Stati aderenti, che non conoscevano il reato d’abuso d’ufficio alla data di ratifica del Trattato, **sono tenuti a considerare concretamente la possibilità di adottarlo;**
- gli altri Stati aderenti, che a quella data già lo annoveravano nel proprio sistema penale, **sono invece obbligati a mantenerlo in vita.**

In altri termini, l’art 19, per la prima tipologia di attori statuali, **fonda una posizione di obbligo**, ricostruibile in questi termini “se il tuo sistema legale non conosce il reato d’abuso d’ufficio, **sei tenuto a considerare di introdurlo, o meglio sei tenuto, nei limiti del possibile, ad attivarti per adottarlo, pur non essendo obbligato ad implementarlo**”; per il secondo gruppo di Paesi, come l’Italia, a ben vedere, origina un vero e proprio **obbligo internazionale di stand still** -cioè l’obbligo internazionale di mantenere le cose, così come sono- la cui struttura va riassunta in questi termini: “se il tuo sistema legale già conosce il reato d’abuso d’ufficio, **devi mantenere in vigore tale figura delittuosa**”.

**D’altra parte, diversamente opinando, si giungerebbe all’assurdo per il quale il dovere internazionale di considerare di introdurre una figura di reato, per combattere ogni forma di corruzione, verrebbe a essere interpretato come una mera raccomandazione a tenere un comportamento assolutamente discrezionale, a fronte della quale il legislatore nazionale sarebbe libero di prendersi la licenza - come accaduto- di poter smantellare il proprio arsenale contro il multiforme fenomeno corruttivo, che proprio la Convenzione di Merida è preordinata a fronteggiare.**

La violazione del principio di buona fede e di tutti i criteri ermeneutici fissati dall’art 31 della Convenzione di Vienna, ai fini della corretta esegesi dell’art 19 della Convenzione di Vienna, appare allora lampante.

In parole diverse, ed al fine di meglio rappresentare i concetti già espressi, la attenta analisi della Convenzione di Merida, recepita in Italia con la L. n. 116/2009, annovera tre tipi di previsioni pattizie, rivolte agli Stati aderenti.

Il primo gruppo di prescrizioni è compendiato intorno alla formula “*Each State Party shall adopt*”.

La seconda classe di previsioni si fonda sul diverso costrutto “*Each State Party may adopt*”.

Il terzo sotto-insieme di disposizioni poggia invece sul sintagma “*Each State Party shall consider adopting*”.

È certo che la formula “*Each State Party shall adopt*” ingeneri un obbligo di criminalizzazione.

È pure chiaro che il differente costrutto “*Each State Party may adopt*” sottenda una mera raccomandazione ad assumere discrezionalmente una misura.

Ed è altresì evidente che l'ultimo sintagma “*Each State Party shall consider adopting*” esprima a tutti gli effetti un obbligo internazionale.

La scelta legislativa di ritenere le disposizioni costruite intorno a quest'ultimo costrutto come fonti di semplici raccomandazioni (v. sopra) non può dunque essere minimamente condivisa, pena la loro indebita confusione con il diverso sotto-insieme di previsioni, sempre contenute nella Convenzione di Merida, che poggiano sulla diversa formula “*Each State Party may adopt*”.

Al riguardo, è emblematico prestare mente alla formulazione delle diverse disposizioni riunite sotto il cappello dell'art 27.

Il suo primo paragrafo, costruito intorno al costrutto “*Each State Party shall adopt*”, introduce l'obbligo di criminalizzare il concorso di persone nei reati previsti dalla Convenzione.

Il suo secondo e terzo paragrafo, che poggiano sul diverso sintagma “*Each State Party may adopt*”, si limitano invece a raccomandare la criminalizzazione del tentativo, come forma di consumazione degli stessi illeciti penali, senza però vincolare in alcun modo il singolo Paese aderente.

Quanto alla specificità dell'art 19 della Convenzione rubricato “Abuso d'ufficio”, non v'è dubbio che s'imbatta nella formula “*Each State Party shall consider adopting*”.

Con la conseguenza che il singolo Stato aderente è obbligato a considerare la necessità di inserire la figura di reato dell'abuso in atti d'ufficio.

Il punto è che simile indicazione cogente assume maggiore o minore pregnanza, a seconda che il singolo Paese contraente, alla data di ratifica della Convenzione, contemplava o meno nel proprio ordinamento il modello penale dell'abuso d'ufficio.

Va infatti da sé che, per gli Stati come l'Italia che già lo prevedevano, l'obbligo di cui all'art 19 della Convenzione di Merida si sia rivelato nella forma di in un vero e proprio obbligo internazionale di stand still: obbligo di non fare per il quale le cose devono essere mantenute così come sono.

Simile interpretazione dell'art 19 della Convenzione di Merida, d'altro canto, risulta essere la unica conforme al disposto dell'art 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, per il quale *Un trattato deve essere interpretato in buona fede, in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo -rectius, del suo spirito-*”.

Lede dunque il buon senso e la logica, ed insieme il diritto internazionale, l'aver asserto, come è stato sinora asserto da fonti governative e parlamentari, che l'obbligo di considerare la necessità di avvalersi del reato d'abuso d'ufficio per

combattere la corruzione sarebbe ottemperato, con la sua cancellazione dall'ordinamento.

La Convenzione di Merida, insomma, obbligando gli Stati aderenti che non lo prevedevano a valutare la necessità di implementare il reato d'abuso d'ufficio, ha pure obbligato gli Stati aderenti che già lo annoveravano a non riconsiderare la sua esistenza nei rispettivi ordinamenti nazionali.

In definitiva, alla luce dei plurimi rilievi critici sino ad ora mossi, la norma abrogativa dell'abuso d'ufficio, e cioè l'art 1 della L. 9 agosto 2024, n. 114, deve ritenersi incostituzionale, perché lesiva degli artt. 11 e 117 Cost., in relazione agli artt. 19 della Convenzione di Merida e 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

#### **D. LE RICHIESTE**

Voglia l'Ecc.mo Tribunale sollevare la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 1 della L. 9 agosto 2024, n. 114, nei termini appena sopra meglio rappresentati.

Roma, 08.09.24

Avv. Manlio Morcella