



Rivista N°: 2/2025
DATA PUBBLICAZIONE: 31/03/2025

AUTORE: Martina Cazzaniga*

DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA IN MATERIA PENALE E OBBLIGHI DI CRIMINALIZZAZIONE: LE QUESTIONI DI COSTITUZIONALITÀ SOLLEVATE IN RELAZIONE ALL'ABROGAZIONE DELL'ABUSO D'UFFICIO

LEGISLATIVE DISCRETIONALITY IN CRIMINAL MATTERS AND CRIMINALIZATION OBLIGATIONS: CONSTITUTIONAL ISSUES RAISED IN RELATION TO THE ABROGATION OF ABUSE OF OFFICE

Sommario: 1. Riserva di legge e discrezionalità legislativa in materia penale: il recente caso dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio - 2. Obblighi di penalizzazione internazionali e abuso d'ufficio: la Convenzione di Merida come parametro interposto - 2.1. La peculiare interpretazione della Convenzione di Merida: l'Italia ha violato un obbligo di "stand still"? - 2.2. Competenze legislative in materia penale: quale spazio per le fonti di diritto internazionale? - 2.3. L'attuale orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia di inadempimento statale sopravvenuto - 3. Obblighi di penalizzazione costituzionali e abuso d'ufficio: l'art. 28 Costituzione e la responsabilità penale dei funzionari e dei dipendenti pubblici - 3.1. La giurisprudenza costituzionale sull'abuso d'ufficio: l'impossibilità di sindacare le scelte politiche del legislatore - 3.2. La vexata quaestio dell'esistenza di obblighi di penalizzazione in Costituzione: qualche breve riflessione - 4. Gli effetti di una eventuale sentenza di incostituzionalità: un problema di (ir)retroattività e reviviscenza - 5. Discrezionalità legislativa vs obblighi di criminalizzazione: chi sarà a prevalere?

1. Riserva di legge e discrezionalità legislativa in materia penale: il recente caso dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio

Il principio di legalità penale sembra versare in un perseverante "stato di crisi"¹ di cui la dottrina – forse più penalistica che costituzionalistica, nonostante la centralità del tema nella materia costituzionale – discute da decenni².

* Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza (School of Law) dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ Francesco Palazzo distingue tra crisi filosofica, giuridica e istituzionale della riserva di legge. Per un maggiore approfondimento si rimanda a F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini*, tomo II, XXXVI, 2007, p. 1286 ss.

² Giovanni Fiandaca colloca l'inizio della crisi della riserva di legge in materia penale già «a partire dalla fine degli anni '70 (del Novecento)». Si veda G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia – Annuario di scienze penali*, Pisa, Edizioni ETS, 2011, p. 84.

In particolare, considerando il profilo formale di tale principio, si deve ammettere che la riserva di legge assoluta³ prevista all'art. 25, comma 2, Cost. viene tradotta nella prassi in modo non aderente rispetto alla lettera del testo costituzionale⁴: nel tempo, infatti, la stessa è stata interpretata in modo sempre più estensivo, allontanandosi dalla sua concezione illuministica⁵.

E ciò perché, anzitutto, la riserva di legge in materia penale viene considerata una «riserva di fonte e non di organo»⁶: è infatti noto come la Corte costituzionale abbia, con più pronunce nel tempo, ammesso la possibilità di intervenire in materia penale con atti aventi forza di legge⁷.

Tale scenario si è ulteriormente complicato a seguito (e a causa) dell'erompere di fonti internazionali ed europee in materia penale⁸: il fatto che organizzazioni sovranazionali intervengano in tale ambito con propri atti normativi si scontra con la *ratio* della riserva di legge, la quale individua il Parlamento nazionale⁹ quale unico soggetto titolare di discrezionalità concernente le scelte punitive.

Di frequente tali atti normativi contengono “obblighi di penalizzazione”, vale a dire obbligazioni di *facere* che consistono nell'introduzione di fattispecie di reato¹⁰: in tale ipotesi, se a livello nazionale il fatto non era già previsto come reato, lo Stato firmatario è tenuto ad introdurre una fattispecie criminosa; nel caso in cui, invece, l'ordinamento penale interno già la contempli, è sufficiente verificare che la stessa sia conforme, negli elementi costitutivi e nella sanzione prevista, a quella imposta a livello sovranazionale.

³ Un interessante ragionamento sul tema dell'integrazione delle leggi penali da parte di fonti di rango secondario si può rinvenire in I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, 2015, p. 35 ss; N. PIGNATELLI, *Art. 25*, in F. Clementi-L. Cuocolo-F. Rosa-G. E. Vigevari (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 190, spiega invece che è «escluso che su tale materia possano incidere fonti secondarie».

⁴ La Carta costituzionale prevede una generale riserva di legge in materia penale, individuando tale fonte – la legge, per l'appunto – come l'unica legittimata a introdurre norme penali nell'ordinamento, ponendo così un non trascurabile accento sulla «qualità della fonte». Si veda G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiched attuali*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 51.

⁵ I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 107.

⁶ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. problematiche attuali*, cit., p. 14.

⁷ Per un approfondimento di tale profilo si veda C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 121 ss.

⁸ Come riportato da Lorenzo Pellegrini, la dottrina suole distinguere le cause di crisi della legalità penale tra endogene ed esogene: tra queste ultime rientra altresì l'avvento di fonti sovranazionali in materia penale. Si rimanda a L. PELLEGRINI, *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011, p. 9 ss.

⁹ Come ricorda Nicolò Zanon, tale potere è sottratto ai consigli regionali. La Corte costituzionale, con sentenza n. 487 del 1989, aveva infatti sottolineato che «la criminalizzazione comporta, anzitutto, una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società: e tale scelta non può esser realizzata dai consigli regionali (ciascuno per proprio conto), a causa della mancanza d'una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società». Si veda N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 318.

¹⁰ Così L. GROSSI, *I “nuovi” obblighi costituzionali di tutela penale: dall'an al quomodo dell'incriminazione*, in *Legislazione penale*, 1, 2024, p. 251.

Ça va sans dire, in presenza di tali vere e proprie obbligazioni, per gli Stati non residua margine di scelta circa il tipo di sanzione da comminare, che deve essere necessariamente di carattere penale¹¹.

Nonostante più di recente gli scritti sul tema siano stati minori rispetto al periodo immediatamente successivo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – il quale ha riconosciuto all'Unione Europea competenze, seppur indirette, in materia penale –, tale tematica torna in auge in questo momento storico considerato che nel prossimo futuro la Corte costituzionale sarà chiamata ad interrogarsi proprio su tali questioni.

Come a tutti noto, con l'art. 1 della legge 9 agosto 2024, n. 114 è stato abrogato il reato di abuso d'ufficio, prima previsto dall'art. 323 c.p., e ciò «nonostante una buona parte della dottrina italiana avesse espresso la sua contrarietà all'iniziativa riformistica più radicale»¹².

Critiche riguardanti la scelta “drastica” di abrogare *tout court* il reato¹³ in luogo di riformulare la fattispecie sono state sollevate anche nelle sedi europee: alcune preoccupazioni, ad esempio, emergono nel capitolo dedicato all'Italia della Relazione sullo Stato di diritto 2024, dove si legge che «la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio e del traffico di influenze illecite è prevista dalle convenzioni internazionali sulla corruzione ed è quindi uno strumento essenziale per le autorità di contrasto e le procure ai fini della lotta contro la corruzione»¹⁴.

Tale posizione assume ancora più valore se si considera che la Commissione europea ha formulato una proposta di direttiva contro la corruzione, la quale prevede all'art. 11 un esplicito obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio¹⁵.

Al di là dell'opportunità della scelta politica di abrogare l'art. 323 c.p., dopo l'entrata in vigore della legge in questione è sorto un interrogativo di tutto rilievo: è costituzionalmente legittima la decisione del Parlamento nazionale di espungere dall'ambito del penalmente rilevante tale condotta, prima punita con la fattispecie dell'abuso d'ufficio?

E difatti, l'abrogazione dell'abuso d'ufficio è stata “messa in discussione” da alcuni giudici che hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto proprio l'art. 1 della legge n. 114 del 2024: nel giro di poche settimane dall'entrata in vigore della legge di abrogazione, si è assistito ad un fenomeno di rimessione “in massa” alla Corte costituzionale.

Al mese di marzo 2025 sono già (almeno) quattordici le ordinanze di rimessione sul medesimo oggetto: tre dubbi di legittimità costituzionale sono stati sollevati dai giudici del

¹¹ Aspetto richiamato anche in L. PELLEGRINI, *Riserva di legge e competenza penale europea*, cit., pp. 24-25.

¹² E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, in *La legislazione penale*, 3, 2024, p. 303.

¹³ Tale decisione è stata definita in dottrina «il “nodo gordiano” della riforma Nordio». Cfr. A. MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la p.a.: note critiche*, in *Sistema penale*, 6 agosto 2024.

¹⁴ Commissione Europea, Relazione sullo Stato di diritto 2024, Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia, 24 luglio 2024, p. 17.

¹⁵ Commissione Europea, Proposta di Bruxelles, 3.5.2023 com(2023) 234 final 2023/0135 (cod) direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Tribunale di Firenze – due dalla terza sezione penale¹⁶ e un altro dalla sezione GIP-GUP¹⁷ –, due dalla sezione GIP-GUP del Tribunale di Locri¹⁸ nonché da quest'ultimo in funzione di Giudice dell'esecuzione¹⁹ e altri due dalla sezione penale del Tribunale di Modena²⁰.

Hanno altresì rimesso la questione al Giudice delle Leggi le sezioni penali dei tribunali di Busto Arsizio²¹, Bolzano²² e Teramo²³, la seconda sezione penale del Tribunale di Catania²⁴ e la sezione GIP-GUP del Tribunale di Roma²⁵.

A queste si aggiunge la sesta sezione penale della Corte di cassazione con la recente ordinanza depositata il 7 marzo scorso²⁶.

Di tale situazione di certo non si stupisce quella parte di dottrina che, fin dall'entrata in vigore della legge n. 114, aveva messo in luce i profili critici di tale riforma, anche riguardo la sua legittimità costituzionale²⁷.

¹⁶ Tribunale di Firenze, sezione III penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale per questione di legittimità costituzionale*, 24 settembre 2024, ordinanza n. 222 del 2024, pubblicata in G. U. 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 49 del 4 dicembre 2024, anche disponibile su [Sistema penale](#); Tribunale di Firenze, sezione III penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale – questione di legittimità costituzionale*, 25 ottobre 2024, ordinanza n. 8 del 2025, pubblicata in G. U. 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 6 del 5 febbraio 2025, anche disponibile su [Sistema penale](#).

¹⁷ Tribunale di Firenze, sezione GIP-GUP, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale – questione di legittimità costituzionale*, 3 ottobre 2024, ordinanza n. 233 del 2024, pubblicata in G. U. 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 52 del 27 dicembre 2024, anche disponibile su [Sistema penale](#).

¹⁸ Tribunale di Locri, sezione penale, ufficio GIP-GUP, *Questione di legittimità costituzionale*, 30 settembre 2024, ordinanza n. 201 del 2024, pubblicata in G.U. 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 45 del 6 novembre 2024, anche disponibile su [Sistema penale](#); Tribunale di Locri, sezione penale, ufficio GIP-GUP, *Questione di legittimità costituzionale*, 13 gennaio 2025, ordinanza n. 10 del 2025, pubblicata in G.U. 1° Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 6 del 5 febbraio 2025.

¹⁹ Tribunale di Locri in funzione di Giudice dell'esecuzione, sezione penale, *Questione di legittimità costituzionale*, 30 novembre 2024, ordinanza n. 5 del 2025, pubblicata in G.U. 1° Serie speciale – Corte Costituzionale n. 5 del 29 gennaio 2025.

²⁰ Tribunale di Modena, sezione penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, 12 novembre 2024, ordinanza n. 20 del 2025, pubblicata in G.U. 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 8 del 19 febbraio 2025 nonché Tribunale di Modena, sezione penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, 12 novembre 2024, ordinanza n. 25 del 2025, pubblicata in G.U. 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 8 del 19 febbraio 2025.

²¹ Tribunale di Busto Arsizio, sezione penale, *Ordinanza di sospensione del processo e trasmissione degli atti alla Corte costituzionale*, 21 ottobre 2024, ordinanza n. 232 del 2024, pubblicata in G.U. n. 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 52 del 27 dicembre 2024, anche disponibile su [Sistema penale](#).

²² Tribunale di Bolzano, sezione penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale – questione di legittimità costituzionale*, 11 novembre 2024, ordinanza n. 17 del 2025, pubblicata in G.U. n. 1° Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 7 del 12 febbraio 2025, reperibile su [Sistema penale](#).

²³ Tribunale di Teramo, sezione penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale – questione di legittimità costituzionale*, 22 novembre 2024, ordinanza n. 4 del 2025, pubblicata in G.U. 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 5 del 29 gennaio 2025, anche disponibile su [Sistema penale](#).

²⁴ Tribunale di Catania, sezione II penale, *Ordinanza di sospensione del processo e di rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità*, 26 novembre 2024, ordinanza n. 18 del 2025, G.U. 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 7 del 12 febbraio 2025, reperibile su [Sistema penale](#).

²⁵ Tribunale di Roma, sezione XXXVIII penale, ufficio GIP-GUP, *Questione di legittimità costituzionale*, 5 febbraio 2025, ordinanza n. 33 del 2025, pubblicata in G.U. 1° Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 9 del 26 febbraio 2025.

²⁶ Corte di cassazione, sezione VI penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, 7 marzo 2025, ordinanza n. 50 del 2025, pubblicata in G.U. 1° Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 11 del 12 marzo 2025, anche reperibile in [Sistema penale](#).

²⁷ G.L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, 7-8, 2024, p. 187 ss.

Di fronte a tale scenario, emergono una serie di questioni che meritano un approfondimento: quali sono i parametri costituzionali invocati dai giudici *a quibus* e, dunque, i profili dell'asserita illegittimità della legge di abrogazione? La Corte costituzionale può sindacare (ed eventualmente in quali termini) la scelta parlamentare di abrogare tale fattispecie di reato? Esiste un obbligo di penalizzazione dell'abuso d'ufficio che il legislatore ha infranto? Quali sarebbero le conseguenze di una pronuncia di accoglimento rispetto all'istituto della riserva di legge?

2. Obblighi di penalizzazione internazionali e abuso d'ufficio: la Convenzione di Merida come parametro interposto

Tutte le ordinanze di rimessione individuano come parametri costituzionali gli artt. 11²⁸ e 117, comma 1, Cost.²⁹ in relazione agli obblighi internazionali previsti dagli artt. 7, comma 4, 19 e 65, comma 1, della Convenzione di Merida contro la corruzione³⁰, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, sottoscritta dallo Stato italiano il 9 dicembre dello stesso anno e da ultimo ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116.

Il trattato in questione prevede una serie di misure preventive, punitive e di cooperazione internazionale per il contrasto transfrontaliero della corruzione.

Ancora prima di valutare la sussistenza di asseriti obblighi di penalizzazione derivanti dalla Convenzione di Merida, le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 117, comma 1, Cost. investono un profilo che merita di essere affrontato in via preliminare: la Convenzione di Merida può validamente costituire un parametro interposto?

Tale aspetto viene del tutto taciuto dai rimettenti, dando "per scontato" che il trattato possa superare positivamente il vaglio pregiudiziale in questione.

Si tratta, tuttavia, di un interrogativo degno di attenzione se si considera lo stato dell'arte attuale: a seguito delle più che note "sentenze gemelle", solo la Convenzione Europea

²⁸ Solo i giudici di Teramo, di Modena e di Bolzano hanno individuato come parametro di legittimità solo l'art. 117, comma 1, e non anche l'11 Cost. In relazione a tale aspetto, Gianpaolo Maria Ruotolo sottolinea giustamente la peculiarità di indicare come parametro l'art. 11 Cost. poiché ritiene abbia «poco [...] a che vedere con il diritto internazionale pattizio, dal momento che costituisce lo strumento di aggancio costituzionale del diritto dell'Unione europea». Si veda G. M. RUOTOLO, *L'abrogazione del reato di abuso d'ufficio alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione. Alcune brevi considerazioni internazionalistiche*, in *Sistema penale*, 19 dicembre 2024.

²⁹ Alcune delle ordinanze individuano anche altri parametri costituzionali oltre a quelli appena menzionati. Infatti, tutte le ordinanze di rimessione sollevate a Firenze nonché quella del Tribunale di Teramo individuano altresì l'art. 97 Cost. poiché i giudici del rinvio ritengono che l'abrogazione dell'abuso d'ufficio sia suscettibile di comportare un vuoto di tutela rispetto ai valori di buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione. Inoltre, l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze del 3 ottobre 2024 individua come parametro anche l'art. 3 Cost. in quanto «tale scelta è stata fatta dal legislatore mantenendo, però, la rilevanza penale di condotte che, oggettivamente, hanno una gravità equivalente o anche minore rispetto a quelle rientranti nell'art. 323 c.p.».

³⁰ Nel caso di specie, il parametro interposto non è individuato in una disposizione eurounitaria e per tale ragione i giudici non hanno potuto disapplicare direttamente la norma interna abrogatrice ma hanno dovuto rimettere la questione al Giudice costituzionale.

per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali³¹ (d'ora in avanti, CEDU) e pochi altri trattati internazionali – comunque in materia di diritti umani – sono stati ritenuti “degni” di costituire un parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale.

In realtà, i casi di violazione di un trattato internazionale da parte di disposizioni interne spesso non giungono nemmeno al Giudice delle Leggi, perché gli interpreti – la cui inerzia a sollevare il dubbio di costituzionalità viene ricollegata anche a una scarsa conoscenza delle norme di diritto internazionale diverse dalla CEDU³² – utilizzano altri criteri per superare l'*impasse*, tra cui l'esperimento di un tentativo di interpretazione conforme, l'applicazione del criterio di specialità nonché l'accertamento dell'avvenuta abrogazione³³.

Tuttavia, qualora queste strade non fossero percorribili, come nel caso di specie (almeno secondo i giudici *a quibus*), «l'interposizione rima[rrebbe] la via maestra»³⁴.

In tale caso, la giurisprudenza costituzionale³⁵ ha restituito un dato di non poco rilievo: mentre la CEDU e alcune convenzioni in materia di diritti umani (tra le quali, ad esempio, la Carta Sociale Europea³⁶) godono di un «trattamento giurisdizionale privilegiato»³⁷, gli altri trattati, che riguardano le materie più diverse e disparate, «rimangono confinat[i] in un limbo parametrico imperscrutabile»³⁸.

Invero, nei casi rari in cui sono state sollevate questioni aventi come parametro interposto un trattato internazionale non concernente i diritti umani, le stesse sono sempre state dichiarate infondate o inammissibili³⁹ oppure il Giudice delle Leggi ha evitato di “entrare” nel

³¹ Paola Ivaldi spiega che «nella riflessione giuridica si è andata tuttavia affermando l'opinione secondo cui il ragionamento sviluppato dalla Corte costituzionale nelle sentenze gemelle risulterebbe – in certa misura almeno – specificamente ritagliato sulla CEDU (o, per lo più, sulle altre convenzioni a tutela dei diritti della persona)». Si rimanda a P. IVALDI, *Le norme pattizie come parametro interposto nella giurisprudenza costituzionale: profili internazionalistici*, in G. Palmisano (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni. XXIV Convegno Roma 5-6 giugno 2019*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 401-402.

³² Tra questi anche G. PALMISANO, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze “gemelle”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018, p. 10.

³³ G. SERGES, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, RomaTre-Press, 2014, p. 199.

³⁴ A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, p. 267.

³⁵ Sul più ampio tema “Corte costituzionale e trattati internazionali” si rimanda a D. BIFULCO, *Il vincolo del diritto internazionale, la decisione sulla politica estera e la Corte costituzionale italiana*, in *Diritto e Società*, 4, 2019, p. 671 ss.

³⁶ In relazione alla pronuncia n. 120 del 2018, con la quale la Carta Sociale Europea è stata elevata a parametro interposto, si veda B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in *Federalismi.it*, 17, 2017 e G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

³⁷ N. CANZIAN-E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli “altri” obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, p. 375.

³⁸ A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 251.

³⁹ Nicola Canzian in N. CANZIAN-E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli “altri” obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, cit., p. 395, richiama tali pronunce: «Si tratta di Corte cost., sent. n. 118 del 2011, che ha dichiarato non fondata una questione sulla supposta violazione dell'Accordo europeo relativo al trasporto internazionale su strada di merci pericolose del 1957; sent. n. 22 del 2016, che ha dichiarato inammissibile una questione relativa alla Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale del 1972; infine sent. n. 33 del 2019, con cui la Corte ha ritenuto rispettivamente l'inammissibilità e l'infondatezza di due questioni sollevate in relazione alla Carta europea dell'autonomia locale del 1985».

merito dell'asserito contrasto tra la norma interna e quella internazionale, scegliendo di ripararsi sotto lo "scudo" dell'assorbimento del vizio⁴⁰: è questo il caso della sentenza n. 106 del 2020, nella quale il Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici era stato indicato nell'ordinanza di rimessione come parametro interposto.

La questione, è chiaro, ruota attorno a un fulcro fondamentale: si può ritenere che l'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui prevede che la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, si riferisca a qualsiasi trattato sottoscritto dall'Italia?

Alla luce dell'attuale orientamento della giurisprudenza costituzionale, «sembrerebbe [...] che i trattati internazionali non siano vincolanti *tutti e in toto*»⁴¹.

Sul punto, la dottrina reclama una risposta, sostenendo che «la Consulta *deve* [...] decidersi: o i trattati internazionali regolarmente ratificati [...] sono – tutti (non solo la Cedu in senso stretto), in ogni loro parte ed anche nell'interpretazione concreta e consolidata datane dagli organi giurisdizionali internazionali a ciò preposti – “vincolanti” per il nostro ordinamento, in quanto “norme interposte”, o non lo sono»⁴², anche considerato che «il testo dell'art. 117, primo comma, Cost., [...] si riferisce a “vincoli” derivanti dagli “obblighi internazionali” senza alcuna specificazione o limitazione di contenuto o materia»⁴³.

Nonostante le suggestioni provenienti dalla dottrina, questo punto controverso ancora non trova risposta: è possibile che la Corte costituzionale sia in attesa di una «occasione propizia»⁴⁴ per fugare i dubbi sorti dopo le sentenze gemelle?

Le questioni sollevate in relazione all'abrogazione dell'abuso d'ufficio potrebbero costituire un caso “ottimale” per prendere una posizione in materia: invero, il parametro interposto invocato è costituito da una Convenzione multilaterale delle Nazioni Unite, ratificata a seguito dell'autorizzazione delle Camere⁴⁵, che contiene obblighi in grado di incidere significativamente sugli ordinamenti penali nazionali dei contraenti.

Una convenzione, dunque, che sembra avere “tutte le carte in regola” per poter essere impiegata come parametro interposto. Qualora, invece, non superasse tale vaglio, si auspica che la Corte possa comunque motivare tale decisione e specificare i criteri in presenza dei

⁴⁰ A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 271.

⁴¹ A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in *Consulta Online*, 2, 2015, p. 508.

⁴² *Ivi*, p. 511.

⁴³ N. CANZIAN-E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli “altri” obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, cit., p. 377.

⁴⁴ A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 269.

⁴⁵ Tale aspetto rileva perché secondo parte della dottrina potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione del 117, comma 1, Cost. soltanto i trattati internazionali ratificati secondo la procedura di cui all'art. 80: «È nettamente prevalsa, pertanto, una interpretazione di tipo sistematico che, facendo leva anche sulla norma contenuta nell'art. 80 Cost. (la quale, come è noto, richiede l'autorizzazione delle Camere per la ratifica dei trattati internazionali che comportano modificazioni delle leggi in vigore), mira così ad escludere la possibilità che anche accordi in forma semplificata o ratificati in assenza di legge di autorizzazione, possano configurare obblighi di conformazione in capo al legislatore ordinario». Si veda G. SERGES, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, cit., p. 197.

quali un trattato rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e, dunque, costituisce un parametro interposto di costituzionalità.

2.1. La peculiare interpretazione della Convenzione di Merida: l'Italia ha violato un obbligo di "stand still"?

Qualora il Giudice delle Leggi dovesse ritenere la Convenzione di Merida un parametro interposto di costituzionalità, si potrebbe entrare nel "vivo" della questione che concerne il tema degli obblighi di criminalizzazione internazionali.

Invero, i giudici del rinvio ritengono che l'abrogazione dell'abuso d'ufficio contrasti con l'obbligo di penalizzazione di tale condotta che discenderebbe dalle richiamate disposizioni della Convenzione sottoscritta a Merida.

Secondo quanto riportato nella traduzione allegata alla legge di autorizzazione alla ratifica, 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».

Volendo essere rigorosi, il testo in lingua originale utilizza nell'art. 19 l'espressione «*shall consider adopting*» (tradotta in italiano con "dovrebbe valutare di adottare"⁴⁶): secondo un'interpretazione letterale, infatti, la disposizione pare lasciare spazi di discrezionalità al legislatore nazionale circa l'effettiva introduzione di una fattispecie *ad hoc* per il reato di abuso d'ufficio⁴⁷.

Ciononostante, motivando circa il profilo della non manifesta infondatezza, i rimettenti interpretano⁴⁸ l'art. 19 ritenendo sussistenti diversi obblighi in capo agli Stati firmatari: da un lato, quelli che non prevedevano il reato di abuso d'ufficio al momento della sottoscrizione

⁴⁶ A. MANNA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la reazione della giurisprudenza*, cit.

⁴⁷ Questo aspetto emerge sia dalla scheda a prima lettura dell'ordinanza di rimessione di G.L. GATTA, *Abolizione dell'abuso d'ufficio: a Firenze una prima ordinanza di rimessione alla Consulta. Esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione (o di stand still)?*, in *Sistema penale*, 25 settembre 2024 che anche in E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, cit., p. 321 ss.

⁴⁸ I giudici *a quibus* hanno interpretato la Convenzione anche alla luce dei principi contenuti nell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il quale prevede che: «1. 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.

2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) b) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione; ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato.

3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) c) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti.

4. Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti».

devono considerare la possibilità di introdurlo; d'altro lato, invece, gli Stati che già lo contemplavano come illecito penale – tra questi, l'Italia – sono obbligati «a mantenerlo in vita»⁴⁹.

E questo perché l'art. 7, comma 4, della Convenzione di Merida, prevede che «ciascuno stato si adopera, conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, al fine di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse» nonché, secondo l'art. 65, comma 1, «ciascuno Stato Parte adotta le misure necessarie, comprese misure legislative ed amministrative [...] per assicurare l'esecuzione dei suoi obblighi ai sensi della presente Convenzione»⁵⁰.

Secondo l'interpretazione dei giudici *a quibus*, esisterebbe un vero e proprio obbligo internazionale di c.d. “*stand still*”: mutuando le parole dei giudici penali fiorentini, «nell'ipotesi in cui l'ordinamento preveda già, al momento dell'assunzione dell'obbligo internazionale, una norma pienamente conforme a quella internazionale, sullo Stato contraente grava un vero e proprio obbligo di mantenimento della norma che prevede la fattispecie»⁵¹.

La «tesi centrale»⁵² che, come un *fil rouge*, lega tutte le questioni sollevate al Giudice delle Leggi riguarda dunque l'esistenza di un asserito obbligo a mantenere vigente la fattispecie di reato, dato che la stessa era già presente nell'ordinamento penale nazionale al momento della sottoscrizione della Convenzione.

In realtà, alcuni giudici del rinvio ammettono che l'art. 19 non prevede un vero e proprio obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio e che ai firmatari è solo richiesto di «considerare di adottare una disciplina che incrimini l'abuso d'ufficio (“*shall consider adopting*”)»⁵³; tuttavia, gli stessi ritengono che, a prescindere dall'esistenza di un obbligo di criminalizzazione

⁴⁹ Tribunale di Firenze, sezione III penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale per questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 11.

⁵⁰ Gianpaolo Maria Ruotolo ha analizzato la Convenzione di Merida per cercare di comprendere se dalla stessa sia desumibile un obbligo di *stand-still*. Ritiene anzitutto che quest'ultimo possa dirsi sussistente solo qualora vi sia nel testo del trattato una clausola esplicita o implicita in tal senso; inoltre, non pare che dall'art. 19 possa discendere un obbligo di penalizzazione. Tuttavia, ritiene che dall'interpretazione dell'art. 7, par. 4, e dell'art. 65 possa discendere un obbligo di *stand-still* «o quanto meno una sorta di standard *de minimis* di criminalizzazione al fine di tutelare una certa stabilità del regime di lotta alla corruzione». E questo perché «quando l'Italia ha proceduto all'adattamento secondario [...] il nostro ordinamento era comprensivo del reato di abuso d'ufficio, la cui abrogazione è ragionevole presumere abbassi il livello di compatibilità del diritto italiano con gli obiettivi che la Convenzione si pone. Non stiamo sostenendo che ogni modifica in peggio dell'ordinamento interno costituisca una violazione della Convenzione ma che, probabilmente, una norma come quella dell'abuso d'ufficio, di portata piuttosto generale, era particolarmente adatta a rappresentare comunque una norma di “chiusura” (“salvo che il fatto non costituisca un più grave reato”) dell'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dalla Convenzione, in quanto volta in linea generale “*to promote transparency and prevent conflicts of interest*”, per usare le parole dell'art. 7, par. 4 della Convenzione. Pertanto la sua abrogazione potrebbe comportare una violazione sia dell'art. 65 sia dell'art. 7, par. 4 della Convenzione, rilevanti ai sensi del vincolo di rispetto degli obblighi internazionali che l'art. 117 Cost. impone al legislatore». Per un approfondimento si veda G. M. RUOTOLO, *L'abrogazione del reato di abuso d'ufficio alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione. Alcune brevi considerazioni internazionalistiche*, cit.

⁵¹ Tribunale di Firenze, sezione GIP-GUP, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale – questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 8.

⁵² G.L. GATTA, *Abolizione dell'abuso d'ufficio: dal Tribunale di Locri una terza ordinanza che solleva questione di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, 14 ottobre 2024.

⁵³ Tribunale di Bolzano, sezione penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale – questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 7.

dell'abuso d'ufficio⁵⁴, gli Stati che già lo prevedevano come reato sarebbero tenuti a non fare "passi indietro" rispetto a questa posizione.

Un profilo di tale ricostruzione appare contraddittorio: se quella prospettata dai giudici rimettenti fosse l'interpretazione corretta, si porrebbe un serio problema di disegualianza tra gli stati che, al momento della sottoscrizione della Convenzione, non prevedevano il reato e ben possono decidere di non introdurlo e quelli che invece già lo contemplavano e, dunque, non possono più abrogarlo.

A mio avviso, le alternative sono due: da un lato, ritenere sussistente un obbligo di penalizzazione, con la conseguente possibilità di considerarne esistente anche uno di *stand still*, oppure, d'altro lato, in assenza di un obbligo che possa ritenersi tale, bisognerebbe sostenere che anche gli stati che già prevedevano il reato sono liberi di abrogarlo.

Le medesime perplessità sono sorte ad alcuni giudici del Tribunale di Reggio Emilia, vera "voce fuori dal coro" rispetto ai magistrati che stanno sollevando la questione di legittimità costituzionale: con ordinanza del 7 ottobre 2024⁵⁵, sono state respinte le eccezioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Procura della Repubblica in una precedente memoria del 9 settembre 2024⁵⁶, la quale aveva chiesto di rimettere la questione alla Corte con riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 117 della Costituzione.

In relazione a tale ultimo parametro, il Tribunale afferma che «è [...] astrattamente ammissibile la questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost., trattandosi di uno dei casi espressamente eccettuati dal divieto di sindacato in *malam partem* in materia penale. Nel merito, tuttavia, si ritiene che le questioni siano in parte manifestamente infondate e in parte irrilevanti»⁵⁷.

Invero, secondo l'interpretazione del giudice di Reggio Emilia, l'art. 19 della Convenzione di Merida non prevede un obbligo di incriminazione con riferimento all'abuso d'ufficio, ma richiede solamente allo Stato firmatario di prendere in considerazione l'idea di punire tale comportamento con una fattispecie di reato. Di conseguenza, dato che non sussiste alcun obbligo di incriminazione, «nemmeno può ritenersi che la Convenzione imponga un "divieto di regresso"»⁵⁸.

Dunque, qualora giungesse a un'analisi nel merito (e una volta statuito che la Convenzione di Merida costituisce un trattato internazionale a cui l'Italia è vincolata ex art. 117, comma 1, Cost.), la Corte costituzionale dovrebbe tenere in considerazione numerosi aspetti prima di decidere.

⁵⁴ Secondo quanto esposto in alcune ordinanze di rimessione, i punti 11 e 12 del "*Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*", atto di interpretazione autentica della Convenzione, chiarirebbero quanto previsto dall'art. 19, collocando le previsioni in materia di abuso d'ufficio tra le disposizioni obbligatorie e non tra quelle che contengono semplici raccomandazioni.

⁵⁵ Tribunale di Reggio Emilia, sezione penale, ordinanza del 7 ottobre 2024, anche disponibile su [Sistema penale](#).

⁵⁶ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Reggio Emilia, memoria del Pubblico Ministero, *Istanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 1, comma 1, lett. b), l. 9 agosto 2024, n. 114 con il quale è stato abrogato tout court l'art. 323 c.p. "abuso d'ufficio" ed eliminato il suo riferimento nell'art. 322 bis cp (art., comma 1, lett. a, nr. 1 medesima legge)*, 9 settembre 2024, anche disponibile su [Sistema penale](#).

⁵⁷ Tribunale di Reggio Emilia, sezione penale, ordinanza del 7 ottobre 2024, cit., p. 7.

⁵⁸ *Ivi*, p. 10.

Anzitutto, dovrà ragionare sul combinato disposto degli artt. 7, 19 e 65 della Convenzione di Merida in modo da comprendere se sussiste un vero e proprio obbligo di penalizzazione internazionale.

Inoltre, e indipendentemente dalla questione appena richiamata, dovrà interrogarsi circa la sussistenza di un obbligo di *stand still* in capo agli Stati che già incriminavano l'abuso d'ufficio al momento della firma della Convenzione ed è proprio su tale profilo che «potranno maturare eventuali riflessioni, nell'un senso o nell'altro»⁵⁹.

E che tali aspetti costituiscano il “fulcro” della questione è stato ammesso anche dai giudici che hanno ritenuto di sollevare la questione di costituzionalità: «Sull'interpretazione di tale criterio ruota in significativa parte la verifica di compatibilità della scelta abrogatrice italiana con gli obblighi internazionali derivanti dall'adesione alla Convenzione di Merida, essendo stato affermato, dalla tesi che ritiene la predetta compatibilità, che la dizione contenuta nell'art. 19, non essendo significativa di [un] obbligo assoluto di adozione della misura ivi prevista, non attribuisce alla mancata adozione di essa la natura di inadempimento all'impegno internazionale»⁶⁰.

2.2. Competenze legislative in materia penale: quale spazio per le fonti di diritto internazionale?

Il caso di specie si inquadra nell'ambito di una questione ben più ampia che concerne l'intervento in materia penale da parte delle fonti di diritto internazionale.

Come già accennato, se storicamente la potestà punitiva è sempre stata una prerogativa incardinata in capo a organi statali⁶¹, oggi è inevitabile prendere atto del «carattere sempre più sovranazionale del diritto penale»⁶².

In tale contesto, «la pretesa che il legislatore azioni lo strumento penale a tutela di determinati interessi, e contro determinate condotte che si ritengono lesive di tali interessi, proviene [...] da fonti normative e istituzioni esterne rispetto all'ordinamento, che vengono così a limitare la discrezionalità del legislatore nazionale nella selezione delle condotte punibili e nella determinazione delle relative sanzioni»⁶³.

E la Convenzione di Merida poc'anzi citata costituisce un esempio tangibile di quelle che Francesco Viganò ha definito “*suppression conventions*”, ovvero «strumenti pattizi [...]

⁵⁹ G.L. GATTA, *Abuso d'ufficio e nuovo peculato per distrazione: il Tribunale di Reggio Emilia respinge le eccezioni di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, 7 ottobre 2024.

⁶⁰ Tribunale di Catania, sezione II penale, *Ordinanza di sospensione del processo e di rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità*, cit., p. 8.

⁶¹ Tali novità hanno di certo contribuito a sradicare la concezione del diritto penale secondo una logica domestica, legata dunque allo Stato-nazione. Si veda F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, Edizioni ETS, 2019, p. 285 ss.

⁶² F. VIGANÒ, *Dal 'diritto penale dello Stato' al 'diritto penale sovranazionale'*, in M. Donini-L. Garlati-M. N. Miletto-R. Orlandi (a cura di), *I cardini della modernità penale dai codici rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, Roma, RomaTrePress, 2024, p. 102. Peraltro, tale tendenza ha riguardato ancor di più l'area europea dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale ha riconosciuto alle istituzioni eurounitarie una competenza normativa (seppur indiretta) in alcuni settori del diritto penale sostanziale.

⁶³ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2650.

rivolti a coinvolgere l'intera comunità internazionale nell'obiettivo di "sopprimere" determinati fenomeni criminosi»⁶⁴.

Considerato lo stato dell'arte attuale, è più che legittimo chiedersi come l'esistenza di fonti internazionali pattizie contenenti obblighi di criminalizzazione si concilia con la previsione costituzionale di una riserva di legge in materia penale: e difatti, soprattutto nel periodo successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la dottrina⁶⁵ si è diffusamente interrogata sull'impatto di tali cambiamenti rispetto al principio di legalità poiché è chiaro che l'intervento in materia penale da parte di fonti non nazionali ha reso necessario rinnovare l'interpretazione di tale principio costituzionale⁶⁶.

Per provare a sciogliere tale "nodo", pare utile considerare l'attuale procedimento di ratifica delle convenzioni internazionali, per comprendere il grado di "coinvolgimento" dell'organo rappresentativo per eccellenza.

È dato di fatto che la partecipazione del Parlamento non costituisce una regola: da un lato, l'autorizzazione alla ratifica è prevista solo nelle ipotesi di cui all'art. 80 Cost. e, d'altro lato, sono sempre più diffusi i c.d. "trattati in forma semplificata"⁶⁷ che ontologicamente «sfuggono al controllo parlamentare»⁶⁸.

Ad ogni modo, nei casi di convenzioni internazionali concernenti la materia penale, il Parlamento è sempre intervenuto ad autorizzare la ratifica dell'atto stipulato in sede internazionale e, di conseguenza, non è stato escluso dal procedimento che permette a tali fonti internazionali di avere forza cogente anche nell'ordinamento interno.

Da una prima ricognizione sembrerebbe che la riserva di legge in materia penale sia rispettata, almeno da un punto di vista strettamente formale.

Tuttavia, il principio costituzionale di legalità sembra "sconfessato" nella sua *ratio* più profonda, nella misura in cui le più rilevanti valutazioni circa la meritevolezza⁶⁹ e la necessità di una sanzione penale vengono dislocate in una sede (quella di formazione del testo della convenzione) alla quale partecipa solamente il potere esecutivo, mentre il Parlamento rimane relegato all'approvazione di leggi di autorizzazione alla ratifica, considerate "leggi meramente

⁶⁴ F. VIGANÒ, *Dal 'diritto penale dello Stato' al 'diritto penale sovranazionale'*, cit., p. 107.

⁶⁵ Si veda, *ex multis*, G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, Milano, Giuffrè, 2011; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 279 ss; F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, cit., p. 285 ss.

⁶⁶ La centralità del principio di legalità penale tra gli argomenti relativi al processo di c.d. "europeizzazione" del diritto penale è ricordata in A. BERNARDI, "Riserva di legge" e fonti europee in materia penale, parte I, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, Bologna, 2006, p. 2.

⁶⁷ Tali trattati rientrano dunque nell'esclusiva sfera di azione dell'esecutivo, che partecipa alle trattative e sottoscrive il trattato per mezzo del Ministro degli esteri, senza in coinvolgimento di altri organi costituzionali.

⁶⁸ R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XXV ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 174.

⁶⁹ Il rapporto tra meritevolezza di pena nel contesto comunitario e in quello nazionale è stato indagato da Carlo Sotis, il quale, ancora prima della nascita dell'Unione Europea, già spiegava che «nelle materie di competenza ripartita tra lo Stato membro e la Ce, in caso di divergenza tra l'ideale giudizio di meritevolezza nazionale e quello comunitario, a risultare dominante è sempre quello comunitario, tanto nel caso che esso decida non meritevole di pena un'aggressione, che era stata invece ritenuta tale dal legislatore nazionale quanto, - al contrario - qualora esso ritenga meritevole di pena un fatto giudicato penalmente irrilevante per il legislatore interno». Si veda C. SOTIS, *Diritto comunitario e meritevolezza di pena*, in G. De Francesco-E. Venafrò (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 43.

formali”⁷⁰, dato che si tratta di atti legislativi sul cui contenuto le Camere non possono di certo normare in via autonoma e discrezionale⁷¹.

Queste ultime, infatti, non possono intervenire sul testo della Convenzione, ad esempio riscrivendo una fattispecie di reato, poiché l’autorizzazione costituisce nient’altro che l’occasione per adeguare l’ordinamento penale interno rispetto alle novità introdotte sul piano internazionale.

Prendendo come esempio proprio la Convenzione di Merida, la legge n. 116 del 2009 è composta da otto articoli che, oltre all’autorizzazione alla ratifica, prevedono una serie di modifiche al codice penale e a quello di rito.

Il Parlamento, dunque, svolge in questi casi una funzione ben diversa rispetto a quella che gli viene riconosciuta dall’art. 25 Cost. e i suoi poteri di incidere in materia penale vengono drasticamente ridimensionati: il suo compito diviene quello di autorizzare il Presidente della Repubblica a ratificare un testo predisposto da un consesso di rappresentanti dei governi nazionali.

2.3. L’attuale orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia di inadempimento statale sopravvenuto

Quando una fonte internazionale obbliga a introdurre una fattispecie di reato, lo Stato firmatario è tenuto (*rectius*, costretto) a rispettare l’obbligo di penalizzazione impostogli “dall’alto”. E questa, secondo l’interpretazione dei giudici rimettenti, pare essere la situazione che deriverebbe dalla Convenzione di Merida.

Come nel caso di specie, qualora in una prima fase il legislatore nazionale recepisce l’obbligo di penalizzazione internazionale, mentre in un secondo momento decidesse di tornare sui propri passi «escludendo o limitando la rilevanza penale della condotta per la quale [...] si reclama una risposta penale»⁷², si verificherebbe un’ipotesi di c.d. inadempimento statale “sopravvenuto”⁷³.

All’interno di tale “fattispecie” vengono ricondotti tutti i casi in cui il legislatore intervenga nella materia oggetto della normativa internazionale con una legge di abrogazione o di depenalizzazione del reato imposto da un obbligo di penalizzazione; tuttavia, in tale ipotesi è

⁷⁰ Angela Cossiri spiega che si tratta di «atti normativi che pur avendo veste formale di legge, recano un contenuto materiale non definibile autonomamente dalle Camere, come invece accade nell’esercizio della funzione legislativa tipica». A. COSSIRI, *Art. 80*, in S. Bartole-R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, Cedam, 2008, p. 730

⁷¹ *Ibidem*. In questa sede l’autrice ricorda anche che «la prassi applicativa dell’art. 80 è stata nel senso di minimizzare l’intervento parlamentare, in accordo alla più generale tendenza ad interpretare restrittivamente il ruolo dell’Assemblea rappresentativa in politica estera».

⁷² S. BISSARO, *Corte costituzionale e materia penale. I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, Milano, FrancoAngeli, 2022, p. 80.

⁷³ Dall’inadempimento sopravvenuto si distingue invece quello originario, il quale si verifica ogni qualvolta lo Stato violi l’obbligo internazionale non introducendo una pena a fronte di un comportamento ritenuto meritevole di repressione penale. Per quanto concerne il piano internazionale, la violazione o anche il ritardo nell’inadempimento di un obbligo contenuto all’interno di un trattato sono idonei a configurare un illecito internazionale di cui è responsabile lo Stato autore dell’infrazione. Si rimanda a T. SCOVAZZI, *I trattati*, in T. Scovazzi (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, parte II, Milano, Giuffrè, 2015, p. 38.

sussumibile altresì il caso in cui il precetto penale venga solo modificato, ad esempio, comminando una pena che non rispetta la cornice edittale stabilita dalla normativa internazionale oppure prevedendo un elemento costitutivo del reato non contemplato dalla stessa⁷⁴.

In questi casi la Corte costituzionale è legittimata ad intervenire con una pronuncia *in malam partem* in materia penale oppure tale intervento contrasterebbe con il dettato dell'art. 25, comma 2, Cost.?

Con la sentenza n. 37 del 13 marzo 2019, il Giudice delle Leggi ha dichiarato inammissibile – in realtà per assenza di motivazione sulla non manifesta infondatezza nell'ordinanza di rimessione – una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la normativa⁷⁵ con la quale è stato abrogato il delitto di ingiuria.

Nonostante non giunga ad una pronuncia nel merito, la Corte elabora un interessante ragionamento sull'ammissibilità di una sentenza con effetti in *malam partem*⁷⁶ in caso di violazione degli obblighi di penalizzazione sovranazionali.

Il Giudice costituzionale ritiene «in linea di principio [...] inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che concern[ono] disposizioni abrogative di una previgente incriminazione, e che mir[a]no al ripristino nell'ordinamento della norma incriminatrice abrogata [...] dal momento che a tale ripristino osta, di regola, il principio consacrato nell'art. 25, secondo comma, Cost., che riserva solo al legislatore la definizione dell'area di ciò che è penalmente rilevante»⁷⁷.

Tuttavia, spiega che tale regola generale non rimane senza eccezioni e che una di queste è individuabile nel caso in cui «si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost.»⁷⁸.

⁷⁴ C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, Edizioni ETS, 2009, p. 20.

⁷⁵ In particolare, l'oggetto era costituito dall'art. 2, comma 3, lett. a), n. 2), legge 28 aprile 2014, n. 67 e art. 1, comma 1, lett. c), decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7, abrogativo dell'art. 594 c.p.

⁷⁶ Sul tema si segnala A.G. RISPOLI, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio: dubbi di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, 2, 2025, p. 46 ss.

⁷⁷ Corte cost., sentenza 13 marzo 2019, n. 37, par. 7.1. del *Considerato in diritto*.

⁷⁸ *Ibidem*.

Dunque, tra le ipotesi in cui la Corte ritiene ammissibile un sindacato in materia penale con effetti sfavorevoli⁷⁹, vi è il caso in cui il legislatore nazionale, con una «inattuazione sopravvenuta»⁸⁰, abbia abrogato un reato previsto da una normativa sovranazionale.

Ammissa la possibilità di un intervento del Giudice costituzionale, è interessante passare in rassegna le poche ma rilevanti pronunce che hanno affrontato casi concreti (o anche solo potenziali) di inadempimento statale sopravvenuto in materia penale.

Il caso più significativo è rappresentato dalla sentenza n. 28 del 25 gennaio 2010.

Il giudice del rinvio aveva sollevato, con riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., una questione di legittimità costituzionale individuando come oggetto l'art. 183, comma 1, lettera n), quarto periodo, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ovvero il testo unico dell'ambiente: si trattava di una disciplina intermedia⁸¹ che, modificando la precedente, aveva ricompreso le ceneri di pirite nella nozione di "sottoprodotto", con la conseguenza di sottrarle dal novero delle sostanze rientranti in quella di "rifiuto" e, dunque, dalla repressione penale delle attività di gestione di rifiuti pericolosi con autorizzazione assente o scaduta⁸².

Il dubbio di costituzionalità viene giudicato fondato poiché tale modifica «si pone in contrasto con la disciplina comunitaria»⁸³.

Con tale pronuncia, per la prima – e, allo stato, unica – volta, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una norma nazionale in una questione in cui il parametro costituzionale era individuato negli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.⁸⁴ in relazione ad un obbligo di penalizzazione europeo (e, dunque, non derivante da una fonte di diritto internazionale, a differenza del caso di specie).

⁷⁹ Nella pronuncia n. 37 del 2019, la Corte elenca gli altri casi in cui ritiene di poter pronunciare una sentenza di accoglimento in materia penale dichiarativa dell'incostituzionalità di una norma che ha prodotto una *abolitio criminis* con effetti in *malam partem* (con la conseguente reviviscenza di una fattispecie espunta dall'ordinamento per espressa scelta del legislatore): (i) quando, in violazione del principio di eguaglianza, il legislatore introduce una norma penale di favore che, in modo irragionevole, sottragga un insieme di condotte alla regola generale, prevedendo solo per un determinato gruppo di individui un trattamento sanzionatorio più favorevole (cfr. Corte cost., sentenza 23 novembre 2006, n. 394); (ii) quando viene censurato lo scorretto esercizio del potere legislativo, ad esempio qualora un Consiglio regionale intervenisse sulle scelte di incriminazione del legislatore nazionale (cfr. Corte cost., sentenza 13 marzo 2014, n. 46); (iii) qualora il Governo abrogasse tramite decreto legislativo una fattispecie di reato senza che nella legge delega sia inserita una autorizzazione in tal senso (cfr. Corte cost., sentenza 23 gennaio 2014, n. 5) oppure nel caso in cui sia lo stesso Parlamento a non aver rispettato i principi costituzionali in materia di conversione del decreto-legge (cfr. Corte cost., sentenza 25 febbraio 2014, n. 32); inoltre (iv) quando l'effetto peggiorativo si configura 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» (cfr. Corte cost., sentenza 14 dicembre 2018, n. 236).

⁸⁰ M. GAMBARDELLA, *Abrogazione del delitto di oltraggio e obblighi di incriminazione verso un diritto riconosciuto come "fondamentale"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2019, p. 667.

⁸¹ Si trattava di una disciplina intermedia in quanto il testo della disposizione oggetto della questione di costituzionalità era stato modificato con l'art. 2, comma 20, del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4.

⁸² Tale reato è previsto dall'art. 256 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, rubricato "Attività di gestione di rifiuti non autorizzata".

⁸³ Corte cost., sentenza 25 gennaio 2010, n. 28, par. 4 del *Considerato in diritto*.

⁸⁴ La Corte, anche in chiusura, ricorda che i parametri invocati nelle ordinanze di rimessione erano proprio stati gli artt. 11 e il 117, comma 1, Cost. Cfr. par. 7 del *Considerato il diritto*: «Occorre precisare inoltre che, nel caso di specie, il giudice rimettente ha posto un problema di conformità di una norma legislativa italiana ad una direttiva comunitaria, evocando i parametri di cui agli artt. 11 e 117 Cost., senza denunciare, né nel dispositivo né nella motivazione dell'atto introduttivo del presente giudizio, la violazione dell'art. 3 Cost. e del principio di ragionevolezza intrinseca delle leggi».

Il caso oggetto del giudizio *a quo* è emblematico poiché il legislatore nazionale, che in un primo momento aveva correttamente recepito le direttive europee in materia ambientale, aveva successivamente escluso – seppur per un circoscritto arco temporale e attraverso una norma extra-penale – le ceneri di pirite dalla categoria dei rifiuti e, così facendo, l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la gestione illegale degli stessi, con il conseguente “tradimento” di un obbligo di penalizzazione espressamente sancito a livello europeo.

Quali conseguenze nell'ordinamento penale a seguito di una siffatta pronuncia? Nonostante la norma censurata fosse di natura extra-penale, la sentenza di accoglimento ha necessariamente prodotto effetti che coinvolgono la disposizione incriminatrice, (ri)espandendo l'area del penalmente rilevante con la conseguente applicazione del reato di cui all'art. 256 d.lgs. n. 152/2006 anche alle ceneri di pirite.

Secondo parte della dottrina⁸⁵, tale censura non si porrebbe in contrasto con il dettato dell'art. 25, comma 2, Cost., in quanto il Giudice costituzionale non introdurrebbe una disciplina peggiorativa ma si limiterebbe a rimuovere dall'ordinamento la disposizione abrogatrice incostituzionale, con l'automatico e necessario “ripristino” della disciplina precedente, l'unica rispettosa della normativa europea o internazionale.

Tale decisione costituisce un esempio concreto nel quale la Corte ha operato un non scontato bilanciamento tra un obbligo di penalizzazione contenuto in una normativa eurounitaria e il principio di riserva di legge penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

E, nel caso di specie, a prevalere sono stati gli obblighi sovranazionali⁸⁶, sancendo così un definitivo superamento della visione «statocentrica della riserva di legge in materia penale»⁸⁷.

Dalla pronuncia sulle ceneri di pirite si prende contezza del fatto che se il legislatore nazionale dovesse disattendere un obbligo di penalizzazione sovranazionale, la Corte costituzionale avrebbe il potere di censurare tale scelta, fatta eccezione per il caso in cui venga introdotta una successiva disposizione «a sua volta comunitariamente compatibile»⁸⁸.

Vi sono poi alcune pronunce che richiamano i medesimi argomenti come mero *obiter dictum*.

È il caso della sentenza n. 32 del 25 febbraio 2014, nella quale i giudici delle leggi, accogliendo una questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento ad alcune disposizioni del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 (convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2006, n. 49) in materia di stupefacenti e avente come parametro l'art. 77, comma 2, Cost., hanno dichiarato che la mancata reviviscenza delle norme sanzionatorie

⁸⁵ Si veda V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, DIKE, 2012, p. 112.

⁸⁶ Per un commento alla pronuncia si veda A.M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2011, p. 1146, che considera tale bilanciamento «discutibile» perché la limitazione della potestà legislativa in materia penale deriverebbe da fonti sovranazionali non emanate con le necessarie garanzie democratiche.

⁸⁷ *Ivi*, p. 1154.

⁸⁸ S. BISSARO, *Corte costituzionale e materia penale. I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, cit., p. 83.

previste nel d.P.R. n. 309 del 1990 avrebbe violato un obbligo sovranazionale di penalizzazione⁸⁹.

Dunque, la Corte giustifica il ripristino (con effetti in *malam partem*) delle disposizioni penali illegittimamente sostituite in sede di conversione del decreto-legge anche al fine di non lasciare impunte alcune condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione.

Dello stesso avviso è la sentenza n. 51 del 2022, con la quale la Corte costituzionale, in un giudizio sull'ammissibilità del referendum, ha ritenuto il «quesito [...] contrario ai vincoli sovranazionali»⁹⁰. Tale referendum, dichiarato inammissibile, proponeva di «alleggerire» il trattamento sanzionatorio per condotte tenute in relazione alle c.d. «droghe leggere».

In motivazione, i giudici delle leggi spiegano che una modifica circa il profilo sanzionatorio del reato che incrimina la coltivazione della cannabis, ovvero il risultato sperato dai soggetti promotori del referendum, avrebbe violato gli obblighi concernenti la repressione delle condotte di coltivazione, commercio, detenzione e uso delle sostanze stupefacenti sanciti dalle fonti sovranazionali ed internazionali⁹¹.

Come si può notare, nel caso di specie, il referendum non mirava a depenalizzare o abrogare la fattispecie di reato, ma semplicemente a rimodulare il trattamento sanzionatorio, prevedendo la sola pena pecuniaria. Data l'esistenza di tali obbligazioni, la tanto auspicata – almeno dai comitati promotori di tali referendum – modifica della disciplina penale sulle sostanze stupefacenti (soprattutto con riferimento alle «droghe leggere») non potrà avvenire senza sfociare in una aperta violazione del diritto sovranazionale⁹².

L'orientamento attuale della giurisprudenza costituzionale restituisce una posizione ben precisa: a fronte di una violazione di un obbligo di penalizzazione sovranazionale consegue la dichiarazione di incostituzionalità della normativa interna abrogatrice poiché tale situazione rientra tra le ipotesi tassative in cui il Giudice delle leggi può intervenire con una pronuncia in *malam partem* in materia penale.

Tale approdo potrebbe essere confermato o, al contrario, rimodulato quando la Corte costituzionale si interrogherà – sempre che giunga ad una pronuncia nel merito – sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'abrogazione del reato di abuso di ufficio.

Considerato che le decisioni richiamate concernono soprattutto casi in cui sono fonti europee a prevedere obblighi di penalizzazione, sarà interessante capire se la Corte riterrà applicabili i medesimi principi anche nel caso di accertata violazione di una convenzione internazionale.

⁸⁹ Nello specifico, l'obbligo è previsto dalla decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004, che impone di perseguire penalmente alcune condotte legate al traffico degli stupefacenti.

⁹⁰ G. FAILLACI, *Referendum droghe: quesito contraddittorio e contrario ai vincoli sovranazionali*, in *Rivista penale*, 3, 2022, p. 198.

⁹¹ Corte cost., sentenza 2 marzo 2022, n. 51, par. 6 del *Considerato in diritto*.

⁹² Francesco Viganò constata che dagli anni '80 tali referendum vengono dichiarati inammissibili proprio a causa della vigenza di obblighi internazionali in materia. Si veda F. VIGANÒ, *Dal 'diritto penale dello Stato' al 'diritto penale sovranazionale'*, cit., p. 113.

3. Obblighi di penalizzazione costituzionali e abuso d'ufficio: l'art. 28 Costituzione e la responsabilità penale dei funzionari e dei dipendenti pubblici

Tutte le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale indicano come argomento principale (se non unico) a sostegno della fondatezza della questione quello relativo alla violazione della Convenzione di Merida.

Tuttavia, quella redatta dal Tribunale di Teramo aggiunge un *quid pluris* di non poco rilievo: invero, secondo il giudice *a quo*, l'art. 28 Cost., nella parte in cui prevede che «[i] funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti», deve ritenersi «espressione della necessità di una soglia di tutela penale minima di fatti realizzati da dipendenti pubblici che ledono o espongono a pericolo i diritti dei cittadini»⁹³. Più in generale, sostiene che «l'espressa previsione in Costituzione di alcuni obblighi di tutela penale porta a ritenere sussistenti anche obblighi impliciti di tutela di interessi costituzionali attraverso lo strumento penale»⁹⁴.

Dunque, pur individuando come parametro di legittimità costituzionale l'art. 97 Cost., il giudice del rinvio asserisce la possibilità di ricavare dall'art. 28 un obbligo implicito di criminalizzazione che sarebbe violato da una siffatta abrogazione.

E spiega anche che le precedenti sentenze in tema di abuso d'ufficio (di cui si parlerà *infra* par. 3.1.) non si sono “spinte” fino alla dichiarazione di incostituzionalità perché si trattava di interventi limitativi della portata applicativa della fattispecie, mentre in questo caso la disposizione «non ha semplicemente limitato la sfera di applicazione oggettiva del reato, ma l'ha del tutto abolito, in ciò pregiudicando [...] la tutela costituzionale dei concorrenti interessi di pari rango in rilievo. Né può ritenersi che, a seguito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, la tutela degli interessi dei privati che vengano a subire condotte intenzionalmente dannose da parte dei pubblici ufficiali possa essere presidiata attraverso altri strumenti sanzionatori diversi da quello penale»⁹⁵.

Effettivamente non si può negare che l'intervento sia stato piuttosto radicale: il legislatore ha optato per l'abrogazione in luogo di una rimodulazione della fattispecie oppure di una depenalizzazione e non è stata contestualmente introdotta alcuna fattispecie sanzionatoria amministrativa o civile.

Tuttavia, l'interpretazione del giudice penale di Teramo si spinge oltre: ritenere che dall'art. 28 sia ricavabile un vero e proprio obbligo di penalizzazione dell'abuso d'ufficio costituisce un passo ulteriore, anche considerato che tale disposizione prevede una responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici non solo penale⁹⁶, bensì anche amministrativa e civile.

⁹³ Tribunale di Teramo, sezione penale, *Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale – questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 8.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ivi*, p. 12.

⁹⁶ Secondo l'interpretazione di Fabio Merusi e Marcello Clarich, «se invece si interpreta la norma nella sua totalità ci si avvede che essa ha un significato precettivo soprattutto penale: impone la revisione delle leggi penali per sanzionare i reati di violazione dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione commessi dai pubblici

Nonostante la questione “principale” rimanga quella relativa alla violazione della Convenzione di Merida, anche tale argomento interessa l’istituto della riserva di legge e il potere del legislatore di intervenire discrezionalmente in materia penale.

Come constatato in dottrina, «si apre così un ulteriore ed innovativo fronte di riflessione»⁹⁷, poiché tale ordinanza di rimessione aggiunge un ulteriore interrogativo rispetto al quale la Corte costituzionale sarà chiamata a rispondere: può dirsi esistente un obbligo costituzionale (ancorché implicito) di penalizzazione che risulta violato dall’abrogazione dell’abuso d’ufficio?

3.1. La giurisprudenza costituzionale sull’abuso d’ufficio: l’impossibilità di sindacare le scelte politiche del legislatore

Nel corso dei decenni, l’art. 323 c.p. è stato interessato da numerosi interventi di modifica, che hanno variamente modulato l’area del penalmente rilevante: in prima battuta con l’art. 13, legge 26 aprile 1990, n. 86, poi con l’art. 1, legge 16 luglio 1997, n. 234 e da ultimo – prima della legge Nordio –, con l’art. 23, comma 1, decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella legge 11 settembre 2020, n. 120⁹⁸.

Dubbi sulla formulazione della fattispecie erano stati sollevati anche dalla Corte costituzionale che l’aveva definita «caratterizzata da congeniti margini di elasticità, generatori di persistenti problemi di compatibilità con il principio di determinatezza»⁹⁹.

Tuttavia, finora ha sempre escluso la possibilità di sindacare gli interventi legislativi di modifica dell’art. 323 c.p., dapprima con sentenza n. 447 del 28 dicembre 1998¹⁰⁰.

Nel caso di specie, il giudice del rinvio aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale proprio con riferimento ad una modifica del reato di abuso d’ufficio¹⁰¹ in relazione agli artt. 3 e 97 Cost. poiché riteneva che il reato così configurato «[avrebbe lasciato] impunita l’omessa astensione in presenza di un interesse di persone con le quali l’agente abbia un rapporto diverso da quello del prossimo congiunto, e si [sarebbe escluso] il reato in assenza di un vantaggio patrimoniale o di un danno effettivamente procurati e non solo perseguiti»¹⁰².

dipendenti. Se e quando la Repubblica riuscirà a darsi un codice penale suo proprio, il problema della tutela penale dei diritti “inviolabili dell’uomo” non potrà essere eluso e l’art. 28 potrebbe essere riscoperto e trovare finalmente attuazione». Per un approfondimento si rimanda a F. MARUSI-M. CLARICH, *Art. 28*, in AA.VV., *Rapporti Civili*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1991, p. 393.

⁹⁷ S. PRANDI, *Abuso d’ufficio: dal Tribunale di Teramo l’ennesima questione di legittimità costituzionale. Prospettata la tesi dell’obbligo (anche implicito) di incriminazione in Costituzione (art. 28 Cost.)*, in *Sistema penale*, 11 dicembre 2024.

⁹⁸ Per un *excursus* sulle principali riforme si veda A. MERLO, *La felicità di Sisifo: a proposito dell’abrogazione dell’abuso d’ufficio*, in *Diritto penale e processo*, 9, 2024, p. 1113, mentre sul rapporto tra formulazione del reato e la sua interpretazione giurisprudenziale si rimanda a M. PELISSERO, *L’instabilità dell’abuso d’ufficio e la lotta di Sumo*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2023, p. 613 ss.

⁹⁹ Corte cost., sentenza 19 gennaio 2022, n. 8, par. 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁰ Si veda il commento di S. PREZIOSI, *Norma di favore e controllo di costituzionalità del nuovo abuso d’ufficio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1999, p. 351 ss.

¹⁰¹ La modifica apportata dall’art. 1 della legge 16 luglio 1997 n. 234 ne aveva limitato la punibilità al solo caso in cui il reato fosse commesso in violazione di norme di legge o di regolamento o in violazione di obblighi di astensione, lasciando così prive di pena altre condotte.

¹⁰² Corte cost., sentenza n. 447 del 28 dicembre 1998, par. 1 del *Ritenuto in fatto*.

In quell'occasione la Corte costituzionale dichiarò la questione inammissibile con una serie di argomentazioni che vale la pena richiamare.

Anzitutto, i «rimettenti non [avevano indicato] l'esistenza di una norma costituzionale suscettibile di costituire essa stessa la base legale dell'incriminazione di tali condotte, e che possa dunque ritenersi direttamente violata dalla scelta del legislatore»¹⁰³; sulla base di tale presupposto, la Corte ritenne che gli argomenti richiamati dal giudice *a quo* non «[valevano] a fondare una questione di legittimità costituzionale relativamente ad una norma incriminatrice, che si assuma troppo restrittiva nella individuazione delle condotte punite, in vista di una pronuncia di questa Corte che ne estenda la portata»¹⁰⁴. E questo perché «è principio essenziale in campo penale, e garanzia fondamentale per la persona, che non si possa addebitare a titolo di reato alcuna condotta diversa ed ulteriore rispetto a quelle in tal senso esplicitamente qualificate da una legge in vigore al momento della commissione del fatto (art. 25, secondo comma, della Costituzione). Solo il legislatore, dunque, può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali. [...] Discende da ciò [...] che l'eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge, e tanto meno in una richiesta di "addizione" alla medesima mediante una pronuncia di questa Corte»¹⁰⁵.

Fu anche l'occasione per ribadire che «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono infatti nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni [...]; ché anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio* [...], cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela. Per gli stessi motivi, non può, in linea di principio, tradursi in una questione di legittimità costituzionale della norma incriminatrice il rilievo che altre condotte, diverse da quelle individuate come fatti di reato dal legislatore, avrebbero dovuto essere a loro volta incriminate per ragioni di parità di trattamento di situazioni omogenee, o in nome di esigenze di ragionevolezza o di armonia dell'ordinamento. La mancanza della base legale - costituzionalmente necessaria - dell'incriminazione, cioè della scelta legislativa di considerare certe condotte come penalmente perseguibili, preclude radicalmente la possibilità di prospettare una estensione a esse delle fattispecie incriminatrici attraverso una pronuncia di illegittimità costituzionale»¹⁰⁶.

Sulla stessa "scia" si colloca la sentenza n. 8 del 19 gennaio 2022¹⁰⁷: il giudice del rinvio dubitava della legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 97 Cost., dell'art. 23,

¹⁰³ *Ivi*, par. 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Per un commento alla pronuncia si veda E. APRILE, *Questioni di legittimità costituzionale in tema di abuso d'ufficio*, in *Cassazione penale*, 3, 2022, p. 1012 ss nonché F. BALLESI, *La sentenza della Corte*

comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni in legge 11 settembre 2020, n. 120, il quale aveva modificato l'art. 323 c.p. restringendo l'area del penalmente rilevante, con conseguenti effetti di una *abolitio criminis* parziale.

Il Giudice delle leggi ritenne non fondata la questione, anche sotto il profilo sostanziale della modifica, poiché «una censura di illegittimità costituzionale non [può] basarsi sul pregiudizio che la formulazione, in assunto troppo restrittiva, di una norma incriminatrice, recherebbe a valori di rilievo costituzionale, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione»¹⁰⁸.

Dunque, in entrambi i casi, la scelta legislativa di ridefinire l'ambito del penalmente rilevante, collocandone al di fuori alcune condotte prima incriminate dalla fattispecie, non è stata censurata dalla Corte costituzionale, poiché ha ritenuto che rientri nel potere discrezionale del legislatore individuare i beni giuridici a presidio dei quali prevedere illeciti penali.

In tali occasioni, inoltre, sembra aver altresì smentito la possibilità di rinvenire nel testo costituzionale una imposizione circa la repressione penale dell'abuso d'ufficio.

3.2. La vexata quaestio dell'esistenza di obblighi di penalizzazione in Costituzione: qualche breve riflessione

Il dibattito in materia di obblighi di criminalizzazione non è sorto quando gli stessi hanno iniziato a essere introdotti da fonti internazionali o sovranazionali; al contrario, tale tematica è stata oggetto di risalenti studi e ampie riflessioni che hanno interessato la dottrina per decenni¹⁰⁹.

Il *quid disputandum* è il seguente: si può ritenere che la Costituzione obblighi – attraverso previsioni espresse o tacite – il legislatore a reprimere determinate condotte ricorrendo allo strumento penale? È censurabile il c.d. «arbitrio del non punire»¹¹⁰, ovvero la scelta del legislatore di non introdurre una fattispecie di reato a presidio di un determinato bene giuridico? Tale tematica si presta ad articolate considerazioni.

La dottrina maggioritaria sostiene che il «solo obbligo esplicito di tutela penale»¹¹¹ contenuto in Costituzione sia da rinvenire nell'art. 13, comma 4, Cost., il quale prevede che «[è] punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Per tale ragione, una eventuale abrogazione del reato previsto dall'art. 608 c.p. (che incrimina l'abuso di autorità contro arrestati o detenuti) sarebbe probabilmente censurata dal Giudice costituzionale. In realtà, secondo autorevole dottrina, anche in questo caso in cui può ritenersi sussistente un vero e proprio obbligo di criminalizzazione, il legislatore mantiene

Costituzionale n. 8/2022 sul reato di abuso d'ufficio, come modificato dall'art. 23 DL 76/2020: verso il tramonto del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"?, in *Giurisprudenza penale Web*, 3, 2022.

¹⁰⁸ Corte cost., sentenza 19 gennaio 2022, n. 8, par. 7 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁹ Basti pensare a D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 484 ss.

¹¹⁰ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, cit., p. 2645 ss.

¹¹¹ L. GROSSI, *I "nuovi" obblighi costituzionali di tutela penale: dall'an al quomodo dell'incriminazione*, cit., p. 238.

comunque un margine di «libertà/responsabilità politica»¹¹² nella concreta definizione della fattispecie.

Tralasciando tale previsione espressa, parte della dottrina distingue tra il concetto di “meritevolezza della pena” e il “bisogno di pena”¹¹³: un bene giuridico è “meritevole di pena” se il fatto idoneo a lederlo è connotato da disvalore e disapprovazione sociale, mentre il “bisogno di pena” sorge solo in quei casi in cui «non esista alcun altro mezzo di tutela disponibile che sia parimenti efficace, ma meno afflittivo»¹¹⁴.

Infatti, il solo giudizio di disvalore che rende un comportamento meritevole di pena non è sufficiente per prevederlo come reato poiché risulta imprescindibile un effettivo bisogno di pena, cioè la necessità di perseguire il fatto con uno strumento ingerente come quello penale¹¹⁵ perché nessun'altra sanzione sarebbe ugualmente efficace.

Il fatto che un bene giuridico sia costituzionalmente tutelato non basta per giustificare la sanzione penale¹¹⁶: si tratta, infatti, di un «requisito *sempre necessario* ma *mai sufficiente*»¹¹⁷. E questo anche perché la repressione penale deve sempre essere concepita come una *extrema ratio*¹¹⁸.

Gli argomenti richiamati risultano in linea con l'orientamento della Corte in materia di obblighi costituzionali di incriminazione¹¹⁹: invero, come già si è cercato di spiegare, secondo il Giudice delle leggi, le scelte discrezionali del legislatore non possono essere censurate per il solo fatto che lo stesso, nel rispetto del principio di sussidiarietà, abbia optato per uno strumento di tutela meno afflittivo di quello penale¹²⁰. E questa regola varrebbe anche nel caso di beni di certa tutela costituzionale.

In quest'ottica, si può ritenere che la Costituzione contenga numerosi “obblighi di tutela” dei beni giuridici, i quali possono tuttavia essere presidiati ricorrendo a strumenti diversi da quello penale e pur considerando illecito – civile o amministrativo – il comportamento che causa una loro lesione.

Al contrario, ritengo invece che la Carta costituzionale contenga limitatissimi “obblighi di penalizzazione”¹²¹ solamente rispetto a beni che non potrebbero adeguatamente essere

¹¹² D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., p. 522.

¹¹³ M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1992, p. 39 ss.

¹¹⁴ C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, cit., p. 28.

¹¹⁵ *Ivi*, pp. 28-29.

¹¹⁶ Franco Bricola nel contributo *Teoria generale del reato*, pubblicato in *Scritto di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, p. 572, spiega che «il margine di vincolo è soltanto negativo: il legislatore, cioè, non può adottare la sanzione penale se non per fatti lesivi di valori costituzionali; tuttavia, anche in presenza di un fatto dotato di tale forza lesiva, potrebbe egualmente far ricorso a modelli sanzionatori extrapenali».

¹¹⁷ Con queste parole Vittorio Manes in *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 97, descrive il pensiero di Franco Bricola.

¹¹⁸ M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, cit., p. 42.

¹¹⁹ Così, *ex multis*, Corte cost., sentenza n. 447 del 28 dicembre 1998.

¹²⁰ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 96.

¹²¹ Del resto, questa è la posizione a cui è giunta la dottrina penalistica italiana che, come ricorda Francesco Viganò, «conforta, del resto, gli esiti a cui la Corte è pervenuta, negando in radice l'esistenza di obblighi costituzionali di criminalizzazione». Si veda F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, cit., p. 2648.

tutelati con sanzioni diverse da quella penale, tra i quali si possono annoverare la vita, l'integrità fisica e la sessualità, solo per fare alcuni esempi.

E questo anche perché gli obblighi di tutela necessariamente penale «erod[ono] una componente discrezionale [...] necessaria per tenere aperto un circuito in cui le incriminazioni non siano irrigidite per sempre al livello più rigoroso che abbiano attinto, ma possano *entrare e uscire*, venire modificate, o venire assoggettate a sanzioni diverse»¹²².

4. Gli effetti di una eventuale sentenza di incostituzionalità: un problema di (ir)retroattività e reviviscenza

Prima di concludere, pare utile approfondire il tema degli effetti di una eventuale pronuncia di accoglimento.

Anzitutto bisogna ragionare sugli effetti prodotti nell'ordinamento dalla disposizione che ha abrogato l'abuso d'ufficio.

Durante la vigenza della stessa e prima di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità, dato l'effetto retroattivo delle norme penali *in bonam partem* (quale è quella che abroga una fattispecie di reato), i procedimenti pendenti nei quali risulta una imputazione per abuso d'ufficio dovrebbero definirsi, a seconda della "fase" processuale, con decreti di archiviazione o sentenze di assoluzione perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato¹²³.

Nel caso, invece, in cui sia già intervenuta una condanna definitiva, potrebbero essere avviati incidenti di esecuzione per la revoca della sentenza passata in giudicato, secondo quanto previsto dall'art. 673 c.p.p.¹²⁴.

Cosa accadrebbe, invece, a seguito di una eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale? Qualora la Corte dichiarasse l'incostituzionalità della norma penale che ha abrogato l'abuso d'ufficio, la sentenza di accoglimento produrrebbe effetti *in malam partem*, ponendo il problema della reviviscenza della disposizione che prevedeva la fattispecie di reato¹²⁵.

Nulla quaestio per il futuro, in quanto tutte le condotte riconducibili alla fattispecie di abuso d'ufficio, ripristinato per effetto della pronuncia della Corte costituzionale e tenute dopo quest'ultima, costituirebbero reato proprio a causa della reviviscenza dell'art. 323 c.p., la quale è ammessa «nell'ipotesi di annullamento di una norma espressamente abrogatrice da parte

¹²² D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penale*, in *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, Edizioni ETS, 2011, pp. 29-30.

¹²³ Aspetto richiamato anche nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale del Tribunale di Bolzano.

¹²⁴ Una delle questioni è stata sollevata proprio dal Tribunale di Locri in funzione di Giudice dell'esecuzione a fronte di una istanza di revoca del capo di sentenza con cui un soggetto era stato condannato proprio per il reato previsto ex art. 323 c.p.

¹²⁵ A. GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 febbraio 2016, p. 20.

dello stesso Giudice costituzionale. Secondo la Corte, infatti, l'invalidità crea un vuoto normativo che consente la "reviviscenza" della precedente disciplina»¹²⁶.

Nessuna criticità nemmeno per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge abrogatrice e prima di una eventuale pronuncia di accoglimento: il fatto, *medio tempore*, non era previsto dalla legge come reato, dunque non potrebbe essere incriminato, pena la violazione del secondo comma dell'art. 25 Cost. che sancisce il principio di irretroattività *in malam partem* delle norme penali.

Un problema non trascurabile sorge invece per gli indagati, gli imputati e i condannati per fatti commessi prima dell'abrogazione, i quali hanno visto archiviato il procedimento nei propri confronti, sono stati assolti o, se detenuti, scarcerati durante il periodo di vigenza della norma abrogatrice del reato.

Ragionando sull'istituto della reviviscenza delle norme giuridiche, per i fatti posti in essere prima dell'agosto 2024 rivive l'art. 323 c.p. che incrimina l'abuso d'ufficio¹²⁷.

Considerato che le sentenze di accoglimento producono effetti retroattivi con il solo limite dei rapporti esauriti, se il procedimento risultasse oramai definito con decreto di archiviazione oppure se la sentenza di assoluzione fosse passata in giudicato o già intervenuto il provvedimento di revoca della condanna (in questi casi, il rapporto può dirsi esaurito), il procedimento non verrebbe riaperto e non sarebbe nuovamente disposta l'esecuzione della pena detentiva del condannato (che nel frattempo era stato scarcerato).

Tale scenario spinge ad una riflessione, che potrebbe coinvolgere i giudici *a quibus*¹²⁸ qualora la Corte non dovesse statuire sul tema degli effetti della pronuncia: tale situazione non creerebbe una potenziale disegualianza tra chi ha già ottenuto un provvedimento a sé favorevole – nel periodo di vigenza della norma abrogatrice e prima della sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità – divenuto irrevocabile (magari per semplici ragioni di celerità dell'ufficio giudiziario competente) e chi invece non può vantare un rapporto esaurito perché il provvedimento favorevole non è intervenuto o divenuto definitivo prima della pronuncia di incostituzionalità?

¹²⁶ E. C. RAFFIOTTA, *Quale spazio per la reviviscenza delle norme abrogate dopo la sentenza 13 del 2012?*, in R. Bin- G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Nel "limbo" delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 303.

¹²⁷ Nicola Canzian, in *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 139, spiega che «tale circostanza è stata sottolineata con particolare attenzione nei casi in cui la reviviscenza riguardi norme penali, in forza dei delicati problemi di diritto intertemporale che il ripristino di norme abrogate può comportare in relazione a norme di questo tipo. Come noto, la successione di leggi penali nel tempo non può comportare uno svantaggio per l'imputato; al contrario, la reviviscenza di norme incriminatrici o di norme sfavorevoli per illegittimità della norma abrogatrice la dichiarazione di incostituzionalità può comportare un effetto pregiudizievole. In questi casi, infatti, i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma illegittima tornano a essere punibili secondo l'originaria e più severa disciplina, mentre gli effetti delle norme incostituzionali più favorevoli sono fatti salvi soltanto per i reati commessi durante il periodo di vigenza delle stesse; ciò non in base al principio della retroattività della *lex mitior*, bensì in conseguenza del principio dell'irretroattività della legge penale di cui all'art. 25 comma 2 Cost. ».

¹²⁸ In più occasioni, invero, il Giudice delle leggi ha ribadito che «il problema degli effetti deve essere risolto dal giudice *a quo*». Si veda M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 153.

5. Discrezionalità legislativa vs obblighi di criminalizzazione: chi sarà a prevalere?

Il ragionamento condotto nelle pagine precedenti tocca tematiche afferenti non solo al diritto e alla giurisprudenza costituzionale, ma anche all'ordinamento giuridico internazionale oltretutto alla scienza penalistica. Nonostante la complessità, è necessario provare a elaborare alcune considerazioni in attesa che la Corte costituzionale si pronunci sulle questioni di legittimità sollevate.

Le più rilevanti argomentazioni sviluppate dai giudici *a quibus* a sostegno dell'incostituzionalità dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio ritengo siano due: da un lato, l'esistenza di asserito obbligo internazionale di criminalizzazione discendente dalla Convenzione di Merida e, d'altro lato, secondo la prospettazione del giudice rimettente di Teramo, la previsione in Costituzione di un vincolo a sanzionare penalmente tale condotta. Ed entrambe interessano l'istituto della riserva di legge in materia penale.

Iniziamo dalle questioni di diritto internazionale.

Come già esposto, sono numerosi i nodi che la Corte costituzionale sarà chiamata a sciogliere, primo tra tutti se la Convenzione di Merida può validamente costituire un parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale.

In caso di giudizio negativo, infatti, la responsabilità internazionale dello Stato e la legittimità costituzionale si collocherebbero su due piani del tutto distinti, con la conseguenza che una normativa interna contrastante con un obbligo convenzionale potrebbe fondare la responsabilità dello Stato sul piano internazionale rimanendo, tuttavia, legittima dal punto di vista costituzionale.

Al contrario, qualora la Convenzione di Merida dovesse indossare le "vesti" del parametro interposto, la Corte dovrebbe interpretarne le disposizioni in materia di abuso d'ufficio, al fine di comprendere se è ivi contenuto un obbligo di penalizzazione (come sostengono i giudici del rinvio) oppure una mera raccomandazione (come ritengono invece il Tribunale di Reggio Emilia e parte della dottrina¹²⁹).

Inoltre, sarà interessante capire se sussiste un obbligo di *stand still* per i soli stati che già prevedevano il reato al momento della sottoscrizione della Convenzione e indipendentemente dall'esistenza di un obbligo di penalizzazione vero e proprio.

Come si è già cercato di evidenziare, questo "doppio binario" stenta a convincere: sarebbe, infatti, quanto meno peculiare ritenere sussistente l'imposizione di non abrogare il reato solo per gli stati che già lo prevedevano, mentre gli altri potrebbero decidere di non introdurlo senza conseguenze.

Ad ogni modo, qualora dovesse ritenere previsto un obbligo di penalizzazione, bisognerà inoltre comprendere se la Corte confermerà l'orientamento formatosi finora (che

¹²⁹ Per un'opinione critica dell'interpretazione della Convenzione di Merida da parte dei giudici *a quibus* si rimanda a R. D'ANDREA, *Più torti non fanno una ragione. Le vicissitudini giurisprudenziali relative all'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, 30 dicembre 2024 nonché a M. RAVENNA, *Riflessioni sull'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale della norma che ha abrogato il delitto di abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale*, 12, 2024, p. 12.

riguarda, in realtà, principalmente la violazione di obblighi di penalizzazione derivanti da fonti eurounitarie) e, dunque, se dichiarerà incostituzionale la normativa interna.

E questa conclusione non causerebbe eccessivo stupore: in contesto nel quale il diritto sovranazionale prevale rispetto alle fonti di diritto interno, il Giudice costituzionale non può che rispettare l'esistente gerarchia tra le fonti nonché i rapporti tra gli ordinamenti, e questo anche quando una siffatta decisione in materia penale produce effetti *in malam partem*, con la conseguente reviviscenza di una fattispecie di reato abrogata dal legislatore domestico nell'esercizio del suo potere discrezionale.

Inoltre, è stata la stessa giurisprudenza costituzionale a far rientrare la violazione di un obbligo di incriminazione imposto "dall'alto" tra i casi in cui è possibile una pronuncia avente effetti peggiorativi in deroga alle previsioni di cui all'art. 25, comma 2, Cost., nonostante tutte le criticità che discendono dal ripristino di norme penali abrogate.

Come è evidente, in un siffatto contesto, la Corte viene spogliata del potere di valutare la legittimità dell'atto normativo approvato dal legislatore nazionale, in quanto si limita a verificare la compatibilità con il diritto europeo o, come nel caso di specie, internazionale¹³⁰.

Un aspetto deve essere precisato: il Giudice costituzionale può pronunciare sentenza di accoglimento solo nel caso in cui gli obblighi di penalizzazione, vuoi europei vuoi internazionali, siano precisi nonché espressione di scelte di politica criminale che rientrano nella competenza del legislatore sovranazionale; al contrario, quando invece l'obbligo di tutela penale presenta confini meno definiti e residua uno spazio di discrezionalità per il legislatore interno nel darvi attuazione¹³¹, il Giudice delle Leggi non potrebbe dichiarare la questione fondata, proprio perché non sussiste un "vero e proprio" obbligo di criminalizzazione.

Proprio perché le deroghe al principio di legalità e alla riserva di legge costituiscono delle eccezioni e non una regola, la Corte non potrebbe accogliere la questione, con la conseguente dichiarazione di illegittimità della normativa interna di abrogazione, nel caso in cui quella internazionale si limiti a fissare determinati *standard* di tutela ovvero indichi come possibili sanzioni sia quella penale che quella di natura amministrativa: in tali casi, infatti, il margine di scelta concesso al legislatore interno sarebbe tale da non poter permettere alla Corte costituzionale di sindacare decisioni che rientrano nell'ambito della discrezionalità politica.

Tale vaglio deve essere rigoroso perché se, da un lato, è vero che le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali sono approvate dal Parlamento nazionale e assicurano il rispetto, almeno da un punto di vista formale, della riserva di legge, d'altro lato è altrettanto vero che il legislatore non ha poteri di modifica rispetto alla Convenzione, il cui testo è predisposto dallo stesso Governo in sede internazionale: gli interventi in materia penale (introduzione di nuovi reati o aggravanti e inasprimenti sanzionatori), dunque, vengono decisi in una sede in cui l'unico *dominus* è l'esecutivo, rilegando il Parlamento a rivestire un ruolo meramente formale.

¹³⁰ Secondo Caterina Paonessa, tale contesto conduce altresì ad una "paralisi" del «funzionamento degli strumenti di democrazia diretta, soprattutto la possibilità di ricorrere al referendum abrogativo». C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, cit., p. 295.

¹³¹ A.M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive*, cit., p. 1154.

E bisogna altresì considerare che qualora lo Stato firmatario decidesse di recedere da un trattato, il procedimento di denuncia è tutt'altro che agevole, sia giuridicamente che sul piano politico.

Per le ragioni esposte, la decisione su tale questione è passibile di segnare le “sorti” dell'istituto della riserva di legge in materia penale, poiché potrebbe individuare con precisione i confini del potere del legislatore domestico di intervenire in una materia già disciplinata da parte di una fonte di diritto internazionale.

Procediamo con le questioni di diritto interno.

La seconda argomentazione, rimasta allo stato un caso isolato, riguarda invece l'esistenza di obblighi di criminalizzazione costituzionali in relazione all'abuso d'ufficio che il giudice *a quo* del Tribunale di Teramo ritiene derivanti dall'art. 28 Cost.

In passato, a fronte delle numerose modifiche che hanno interessato l'art. 323 c.p., la Corte costituzionale non ha mai accolto questioni di legittimità sollevate in relazione alla scelta del legislatore di restringere l'area del penalmente rilevante, ribadendo più volte l'impossibilità di sindacare le scelte politiche del Parlamento, unico soggetto avente il potere di selezionare i beni giuridici che necessitano di essere presidiati da una sanzione penale.

In quest'ottica, la teoria che distingue la “meritevolezza di pena” dal “bisogno di pena” sembra essere la più coerente con il modello costituzionale.

Al contrario, qualora si accogliesse la ricostruzione secondo cui la Carta costituzionale prevede obblighi di criminalizzazione in senso stretto, ne conseguirebbe una eccessiva limitazione del potere discrezionale delle Camere di intervenire in materia penale e si potrebbe giungere al paradosso di concepire il legislatore come il mero attuario di una volontà costituzionale predeterminata, rendendo superflua la previsione dell'art. 25, comma 2, Cost.

Alla luce di tali presupposti, dunque, fatico ad immaginare che, in assenza di una imposizione derivante dalla Convenzione di Merida, la Corte possa ritenere il dubbio fondato statuendo che la Carta costituzionale contiene, anche solo implicitamente, un obbligo di punire penalmente tale condotta.

Tuttavia, tutte le possibilità rimangono aperte e non resta che attendere che sia la Corte a decidere sul punto.

Le questioni di legittimità sollevate costituiscono l'occasione per riflettere sul concetto di “obbligo di penalizzazione”: considerato che la riserva di legge costituisce «un asse portante nella concezione stessa del sistema penale»¹³² nonché risulta «intimamente connessa alla sovranità popolare e al principio democratico»¹³³, ritengo che la previsione veri e propri obblighi aventi ad oggetto l'introduzione di fattispecie di reato (che siano essi ricavabili dalla Costituzione o da una fonte di diritto internazionale) risulti eccessivamente limitante, poiché non lascia margini di discrezionalità al legislatore nazionale circa lo strumento da impiegare per

¹³² O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, Palermo University Press, 2022, p. 33.

¹³³ C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2015, p. 204.

tutelare un determinato bene giuridico oltretutto non consente agevolmente di mettere in discussione nel tempo le scelte precedentemente assunte.

Soprattutto sul piano internazionale, dunque, sarebbe più compatibile con lo spirito costituzionale privilegiare discipline che evitano obblighi stringenti ma, al contrario, che prevedono (anche dettagliate) raccomandazioni, come peraltro sembra fare la Convenzione di Merida in relazione al reato di abuso d'ufficio o, comunque, lasciare un margine di discrezionalità agli Stati nel definire la fattispecie o nell'individuare la cornice edittale e la sanzione più adatta (dunque, amministrativa o penale).

Sarebbe dunque preferibile fissare degli *standard* di tutela per evitare di alterare la concezione del sistema penale come un «circuitto in cui le incriminazioni entrano ma possono anche uscire»¹³⁴.

Un aspetto merita un'ultima riflessione.

La decisione dell'attuale Governo di abrogare il reato prima previsto dall'art. 323 c.p. è stata contestata e da molti non condivisa. Tuttavia, è necessario tenere distinti i piani dell'opportunità politico-criminale della scelta di abrogare l'abuso d'ufficio e quello della legittimità costituzionale della stessa¹³⁵.

Invero, qualora il Giudice delle Leggi non dovesse ritenere sussistenti obblighi di incriminazione in relazione all'abuso d'ufficio, ci si accorgerà che quella della legittimità costituzionale non era probabilmente la sede adatta per mettere in discussione la scelta legislativa di abrogare il reato. E sarà quella l'occasione per riportare il dibattito nel circuito degli organi politici e valutare l'opportunità di tale intervento legislativo.

Perché è questa la distinzione dei ruoli prevista in Costituzione: il Giudice delle Leggi censura disposizioni illegittime, il Parlamento rivaluta le scelte politiche discutibili che sono state assunte nel tempo.

¹³⁴ C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cassazione penale*, 3, 2010, p. 337.

¹³⁵ In un recente contributo, Roberto D'Andrea spiega che «si può essere, naturalmente, fortemente persuasi della inopportunità politico-criminale dell'intervento abrogativo in esame, che ha relegato il nostro Paese al ristretto (e non certo encomiabile) novero di ordinamenti privi di una disciplina penale generale di contrasto agli abusi da parte dei pubblici funzionari, tanto più a fronte della totale assenza di contro-misure di carattere amministrativo orientate ad arginare questo odioso fenomeno. [...] Nondimeno, si ritiene che non sia possibile rimediare ad una simile stortura attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale con effetto in *malam partem*: quest'ultima, come si è visto, è di regola – e così dovrebbe rimanere – preclusa al Giudice delle leggi, in quanto non pare esistere alcun obbligo sovranazionale di incriminare in via generale le condotte di abuso d'ufficio, a meno di operare una evidente torsione delle disposizioni sopra riferite, così riecheggiando la sinistra figura del 'giudice di scopo'. Né sembra fruttuoso cercare di attribuire alle norme sopra menzionate un contenuto che esse non hanno, facendo leva su tutta una serie di altre disposizioni inidonee a dimostrare il contrario, tanto singolarmente prese quanto nel loro insieme: se nessuna di esse giova in alcun modo alla causa dell'incostituzionalità, metterle in fila l'una dopo l'altra non produrrà un risultato più appagante. Più torti, infatti, non danno luogo ad una ragione, ma soltanto ad un cumulo di torti». Si veda R. D'ANDREA, *Più torti non fanno una ragione. Le vicissitudini giurisprudenziali relative all'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, cit.