

La Convenzione di Mérida non contempla un obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio: questioni risolte e questioni ancora aperte. Osservazioni a prima lettura su C. Cost. 3 luglio 2025, n. 95.

di **Luca Carraro**

CORTE COSTITUZIONALE, 3 LUGLIO 2025 (UD. 7 MAGGIO 2025), SENTENZA N. 95
PRESIDENTE BARBERA, RELATORE VIGANÒ

Sommario. **1.** Considerazioni introduttive. - **2.** I parametri di riferimento delle questioni di legittimità costituzionale proposte. - **3.** I casi e i limiti del sindacato "ripristinatorio" della Corte Costituzionale con effetti in *malam partem*. - **4.** L'inesistenza di un vero e proprio vincolo di incriminazione nella Convenzione di Mérida. - **5.** Brevi conclusioni interlocutorie. - **5.1.** Esistono altri parametri che impongano un obbligo di incriminazione delle condotte prima rientranti nell'art. 323 c.p.? - **5.2.** Obblighi di incriminazione e principio di legalità: la tensione tra art. 25 Cost. e artt. 11 e 117 Cost.

1. Considerazioni introduttive

In occasione del deposito della sentenza con la quale la Corte Costituzionale¹ si è pronuncia sulle ben quattordici ordinanze con le quali erano state proposte molteplici questioni di legittimità costituzionale – di cui tredici da parte di giudici di merito e una da parte della Suprema Corte di Cassazione – in relazione alla legge 9 agosto 2024, n. 114, nella parte in cui ha abrogato la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., numerosi sono gli orizzonti di riflessione che si offrono al penalista.

L'enunciazione delle ragioni della decisione – di cui era noto il dispositivo dall'8 maggio 2025² – era attesa con grande interesse. Il vivace dibattito in ordine ai possibili profili di incostituzionalità dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, infatti,

¹ Corte costituzionale, 3 luglio 2025 (ud. 7 maggio 2025), sentenza n. 95, Presidente Barbera, Relatore Viganò, il cui testo è reperibile in *Giur. pen. (web)*, 3 luglio 2025, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio: depositata la sentenza della Corte costituzionale* (n. 90/2025), e in *Sist. pen.* 3 luglio 2025, *Abuso d'ufficio: depositate le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale*.

² Si veda il comunicato dal titolo *Non è incostituzionale l'abrogazione dell'abuso d'ufficio: il comunicato della Corte costituzionale*, in *Giur. pen. (web)*, 8 maggio 2025.

si era alimentato sin dall'albeggiare della proposta legislativa ed era poi divampato con la repentina accelerazione dell'*iter* parlamentare che ha portato, meno di un anno addietro, all'abrogazione della fattispecie di cui all'art. 323 c.p.³ Tale dibattito ha spesso scontato una certa sovrapposizione concettuale⁴ tra il piano dell'opportunità politico-criminale di una determinata scelta abrogativa e il piano afferente alla rilevanza costituzionale di essa: molti argomenti spesi – sotto plurimi profili – per sostenere l'illegittimità costituzionale dell'abrogazione anzidetta, infatti, appaiono in realtà solo la veste formale con la quale si è veicolato un – peraltro condivisibile, almeno per chi scrive – giudizio negativo sulla scelta politico-criminale di abrogare *in toto* una fattispecie dal peso specifico importantissimo nel complesso sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione.

Ripercorrendo le quattordici articolate questioni di legittimità portate all'attenzione della Consulta, due sono le osservazioni che, cercando di assumere una prospettiva più ampia, si possono formulare: (i) da un lato, la preoccupazione dinanzi ai vuoti di tutela che l'abrogazione dell'abuso d'ufficio ha lasciato dietro di sé⁵; vuoti di tutela avvertiti come ingiusti e, in quanto tali,

³ Al solo fine di non ripetere considerazioni già svolte altrove, sia consentito rinviare, anche per i richiami bibliografici ivi contenuti, a L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio. La tutela penale dall'arbitrio pubblico dopo la c.d. Riforma Nordio*, Pisa, 2025, nell'ambito del quale è stato ripercorso l'acceso dibattito che ha accompagnato l'evoluzione dell'abuso d'ufficio sino alla scelta abrogativa e sono state esposte alcune argomentazioni in ordine alle questioni di legittimità costituzionale che, al momento della stesura, erano state proposte.

⁴ Chiarisce bene la distinzione V. MONGILLO, *La legge Nordio tra vuoti di tutela, rischi di "panpenalismo internazionale" e occasioni di una nuova legalità amministrativa*, in *Sist. pen.*, 4, 2025, 101 ss. Pone in rilievo la distinzione dei piani anche R. D'ANDREA, *Più torti non fanno una ragione. Le vicissitudini giurisprudenziali relative all'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 30 dicembre 2024. Sia consentito rilevare come la necessità di tenere separati i due piani fosse stata affermata anche in L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., spec. 11, 17.

⁵ Tra i vari Autori che hanno posto in luce i vuoti di tutela venutisi a creare con la soppressione dell'abuso d'ufficio, si vedano M. DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2023; G.L. GATTA, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona Cesarini del 'peculato per distrazione' (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della Direttiva UE 2017/1371*, in *Sist. pen.*, 10 luglio 2024, § 6; A. MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la P.A.*, in *Sist. pen.*, 6 agosto 2024, § 4; M. GAMBARDELLA, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto "indebita destinazione di denaro o cose mobili" (art. 314-bis c.p.). I riflessi intertemporali del decreto legge n. 92/2024*, in *Sist. pen.*, 17 luglio 2024, cit., § 2; C. PAGELLA, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 decisioni*, in *Sist. pen.*, 17 giugno 2023, § 9. Anche G. MANCA, *Il raffreddamento dei diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, Milano, 2024, 190, pone bene in luce i vuoti ingeneratisi, ove afferma:

inadeguati sul piano politico-criminale; (ii) dall'altro, il ricorso ad "acrobazie" interpretative⁶ per ricavare un obbligo di incriminazione funzionale ad attivare un intervento ripristinatorio da parte della Corte Costituzionale. Sembra, infatti, abbastanza evidente che la suddetta sovrapposizione concettuale abbia finito per sospingere i giudici remittenti a "setacciare" gli strumenti normativi sovranazionali alla ricerca di un appiglio funzionale a rintracciare un obbligo di incriminazione. L'individuazione di un siffatto obbligo, infatti, si sarebbe rivelata necessaria ad "armare" la penna della Corte Costituzionale, dischiudendo uno dei (correttamente) limitati spazi di deroga al divieto di pronunce *in malam partem*: la violazione di un obbligo internazionale di criminalizzazione⁷.

«perché uno stato democratico sia davvero tale, il cittadino deve disporre di forti strumenti sia per non soggiacere agli atti abusivi di chi incarna il potere pubblico, sia per reagire a quelli arbitrari. In sintesi, una riforma nata come liberalissima potrebbe svelare «aspetti autoritari», rischiando di far retrocedere gli strumenti legali a difesa dei diritti dei singoli, che l'eliminazione dell'art. 323 c.p. riduce al "silenzio" delle tutele penali di fronte a forme comunque rilevanti di prevaricazione da parte delle persone investite di poteri», citando sul punto le efficaci parole di A. DE MARSICO, *Nino Levi*, in *Arch. Pen.*, 1946, 164: «la tirannia sarebbe invincibile se riuscisse ad annientare l'idea e il nome del diritto [...] basta difendere il diritto, per tenere in ceppi la tirannia». Sia permesso inoltre, sul punto, il rinvio a L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., spec. 172 ss. Da ultimo, si vedano la ricognizione effettuata da C. PAGELLA, *Sui vuoti di tutela lasciati dal (fu) abuso d'ufficio: uno sguardo alla costellazione dei casi oggetto delle ordinanze di remissione alla Consulta*, in *Sist. pen.*, 16 giugno 2025 e, con specifico riferimento alla sentenza qui in commento, il recentissimo commento di G.L. GATTA, *Abuso d'ufficio: con le mani legate dalla riserva di legge, la Consulta certifica "indubbi vuoti di tutela" e al contempo difende in via di principio l'art. 117, co. 1 Cost. e gli obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sist. pen.*, 9 luglio 2025, nel quale si pone in evidenza come la Corte Costituzionale abbia confermato l'esistenza, a seguito dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., di evidenti vuoti di tutela.

⁶ Cfr. L. STORTONI, G.S. CALIFANO, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 8 giugno 2023, 2, i quali parlano di «febbrile ricerca» di fonti sovranazionali ostative all'abrogazione.

⁷ In specie, si vedano C. Cost. 18 gennaio 2022, n. 8 e, più diffusamente, Corte Cost. 14 dicembre 2018, n. 236; C. Cost. 5 luglio 2018, n. 143 e C. Cost. 6 marzo 2019, n. 37, ove si chiarisce che le eccezioni alla generale preclusione di pronunce della Corte costituzionale con effetti *in malam partem* non si esauriscono nelle ipotesi di (i) violazione delle norme sulla produzione o (ii) sulla competenza legislativa o, ancora, (iii) sulle c.d. "norme penali di favore", ma coinvolgono anche (iv) le norme che si pongano in violazione di obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, co. 1 Cost. Sul punto, per un richiamo alla giurisprudenza costituzionale che ammette le suddette deroghe alle pronunce della Consulta con effetti *in malam partem*, si veda a G.L. GATTA, *Sull'esistenza di un obbligo internazionale di mantenere il reato di abuso d'ufficio: dal Tribunale di Busto Arsizio una nuova ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale*, in *Sist. pen.*, 25 ottobre 2024.

Ecco allora la ragione per la quale, ancor prima di considerare il merito della decisione della Consulta, la stessa appare condivisibile per ragioni di metodo, per aver cioè posto in luce la segnalata diversificazione di piani concettuali, conducendo un percorso giuridico-argomentativo non contaminato da considerazioni strettamente politico-criminali⁸.

Senza pretendere di affrontare con completezza, a brevissima distanza dalla pubblicazione delle motivazioni, le moltissime questioni che le stesse offrono, può risultare nondimeno utile mettere a fuoco sin da subito due snodi nevralgici del percorso argomentativo della sentenza: i) la ricostruzione degli spazi di intervento con effetti *in malam partem* della Corte Costituzionale: si tratta di una coerente delimitazione degli ambiti di sindacato della Consulta che, in tal modo, riafferma con decisione l'esistenza di questi spazi e la relativa compatibilità con il principio di legalità e con le architetture costituzionali; ii) la ritenuta insussistenza di obblighi di incriminazione concernenti l'abuso d'ufficio nella Convenzione di Mérida; ciò, tuttavia, non comporta automaticamente l'inesistenza di differenti parametri sovranazionali che siffatti obblighi impongano.

2. I parametri di riferimento delle questioni di legittimità costituzionale proposte

Onde affrontare i due profili proposti, appare opportuno richiamare brevemente la struttura della sentenza, analizzando il suo incedere logico.

In primo luogo, la Consulta si perita di richiamare e riassumere le questioni di legittimità costituzionale proposte, avendo cura di porne in risalto – per quanto qui rilevante – i differenti parametri di riferimento individuati dai giudici remittenti. Le questioni proposte in ordine all'art. 1, comma 1, lettera b), della legge 9 agosto 2024, n. 114 – con la quale è stata abrogata la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. – sono state infatti prospettate con riferimento a differenti parametri costituzionali e, in particolare:

⁸ Questa impostazione metodologica ci sembra infatti il primo pregio da porre in luce nell'analisi condotta dalla Consulta sui parametri della Convenzione di Mérida richiamati dai giudici remittenti come elementi asseritamente idonei a fondare un obbligo di incriminazione.

- in riferimento agli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., nelle ordinanze iscritte ai numeri 201⁹, 222¹⁰, 232¹¹ e 233¹² reg. ord. del 2024 e ai numeri 5¹³, 8¹⁴, 10¹⁵, 18¹⁶, 33¹⁷ reg. ord. del 2025 e 50¹⁸ reg. ord. del 2025);

⁹ Ordinanza del 30 settembre 2024 del Tribunale di Locri. Nella prospettazione d'accusa, la condotta si sarebbe risolta nell'intenzionale attribuzione di un ingiusto vantaggio ad una società conduttrice di un immobile, con ingiusto danno alla parte civile; in altri termini un abuso di vantaggio.

¹⁰ Ordinanza del 24 settembre 2024 del Tribunale ordinario di Firenze. Le imputazioni rilevanti, in tal caso, erano più d'una: (i) la prima era relativa a un abuso d'ufficio continuato asseritamente commesso da una magistrata ordinaria in servizio presso una Procura della Repubblica, da due appartenenti all'Arma dei Carabinieri e da un privato. Gli imputati, in concorso tra loro, avrebbero concordato contenuti e tempistica di un decreto di sequestro preventivo d'urgenza – materialmente predisposto e adottato dalla magistrata – di una quota di una società a responsabilità limitata, in violazione di specifiche disposizioni di legge. Il sequestro avrebbe provocato un ingiusto danno alla società, procurando un correlativo e ingiusto vantaggio patrimoniale a un privato interessato all'acquisto delle relative quote societarie; (ii) la seconda imputazione, nata alla stregua di corruzione della medesima magistrata, in concorso con un avvocato, un agente di polizia giudiziaria e un imprenditore, veniva presentata come potenzialmente riqualficabile in abuso d'ufficio in quanto difettavano elementi probatori sufficienti a dimostrare il conseguimento di qualsiasi utilità da parte della magistrata e di un suo accordo con l'ufficiale di polizia giudiziaria.

¹¹ Ordinanza del 21 ottobre 2024 del Tribunale ordinario di Busto Arsizio. La vicenda concreta interessava cinque persone in relazione alla partecipazione alle procedure selettive comunali per il conferimento di consulenze e incarichi dirigenziali, in violazione dell'obbligo di astensione in presenza di conflitto di interessi.

¹² Ordinanza del 3 ottobre 2024 del GUP di Firenze. In tal caso, il rettore e il pro-rettore di una università, nonché professori universitari e direttori generali di una azienda ospedaliera universitaria e di una clinica ospedaliera, erano stati accusati di avere commesso vari illeciti nell'ambito di concorsi universitari.

¹³ Ordinanza del 5 dicembre 2024 del Tribunale ordinario di Locri.

¹⁴ Ordinanza del 25 ottobre 2024 del Tribunale di Firenze. Il caso riguardava un concorso per l'assegnazione di un incarico di insegnamento universitario; concorso il cui bando sarebbe stato predisposto e gestito sulle specifiche caratteristiche di un candidato che si era già preordinato dovesse risultare vincitore.

¹⁵ Ordinanza del 13 gennaio 2025 del GUP di Locri. All'imputato veniva contestata una pluralità di condotte illecite mediante le quali egli, nello svolgimento delle funzioni di direttore dell'Area dei servizi veterinari di un'azienda sanitaria provinciale, avrebbe favorito l'ambulatorio veterinario di cui era titolare il figlio, omettendo di astenersi in presenza di un interesse confliggente (proprio e del congiunto) e danneggiando appositamente i potenziali concorrenti che sarebbero stati presenti sui territori limitrofi, impedendo od ostacolando le procedure di autorizzazione per nuove aperture di ambulatori o per la prosecuzione dell'attività di quelli già esistenti.

¹⁶ Ordinanza del 26 novembre 2024 del Tribunale ordinario di Catania. Si trattava di un caso che coinvolgeva ben cinquantuno imputati – rettori, docenti universitari, ricercatori

- solo in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., nelle ordinanze iscritte ai numeri 4¹⁹, 17²⁰, 20²¹, 25²² del reg. ord. 2025.

e personale amministrativo – accusati di avere perpetrato, nella gestione di concorsi universitari, condotte integranti diversi reati, tra i quali quello di abuso di ufficio e di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente. Tuttavia, non essendo applicabile alle alterazioni del procedimento volto all'assegnazione di incarichi universitari, per giurisprudenza consolidata, l'art. 353-*bis* c.p., la questione sarebbe stata rilevante quanto alle imputazioni per abuso d'ufficio.

¹⁷ Ordinanza del 5 febbraio 2025 del GIP di Roma. Si trattava in tal caso di un'ipotesi tentata nella quale un candidato e un componente della commissione esaminatrice di un concorso per cinquecento posti di magistrato ordinario risultavano imputati per aver tentato di alterare l'andamento e l'esito del concorso medesimo, mediante plurime violazioni di legge, non riuscendo nell'intento in quanto scoperti e prontamente denunciati da un membro della commissione.

¹⁸ Ordinanza del 21 febbraio 2025 della Corte di Cassazione, Sezione sesta penale, in relazione ad un ricorso avente ad oggetto la sentenza con la quale la Corte d'Appello aveva confermato la condanna di un imputato per abuso d'ufficio in quanto, quale segretario comunale, in concorso con il presidente del consiglio comunale stesso, avrebbe perpetrato alcune condotte in violazione dell'ordinamento degli enti locali, cagionando un danno a terzi; in particolare omettendo di astenersi in una situazione di conflitto di interessi e facendo illegittimamente decadere dalla carica di consigliere comunale il capogruppo del partito di opposizione, procuravano a quest'ultimo un danno ingiusto.

¹⁹ Ordinanza del 22 novembre 2024 del Tribunale ordinario di Teramo. L'imputazione si incentrava sull'asserito compimento, da parte del direttore generale dell'Agenzia regionale per la tutela ambientale e dal dirigente del Servizio gestione rifiuti regionale, di atti idonei e finalizzati a procurare intenzionalmente un ingiusto vantaggio patrimoniale ad un'azienda regionale, e in particolare ad evitarle gli esborsi conseguenti alla procedura prevista dalla legge in caso di potenziale contaminazione del sito industriale, così consentendole di portare a definizione la vendita di due lotti di sua proprietà.

²⁰ Ordinanza dell'11 novembre 2024 del Tribunale ordinario di Bolzano. Si trattava di un caso di illecito rilascio di una concessione edilizia relativa alla realizzazione di un parcheggio a favore di una società in assenza dei presupposti di legge, con contestuale danno ingiusto alla persona che aveva presentato un progetto alternativo di parcheggio sul proprio terreno.

²¹ Ordinanza del 12 novembre 2024 del Tribunale ordinario di Modena. Si trattava di illiceità commesse nel procedimento di rinnovo dell'autorizzazione integrata ambientale in favore di una società, finalizzata ad agevolare quest'ultima nel conseguire un ingiusto vantaggio patrimoniale di rilevante entità.

²² Ordinanza del 12 novembre 2024 del Tribunale di Modena. Un architetto avrebbe procurato un ingiusto vantaggio (consistente nel poter realizzare e condurre un'attività commerciale che non avrebbe potuto essere autorizzata), mediante una presentazione non veritiera di un intervento edilizio in Comune.

In entrambi i casi, le violazioni dei vincoli internazionali (art. 117 Cost.) o unionali (art. 11 Cost.) sarebbero state considerate in relazione agli obblighi discendenti dagli artt. 1, 5, 7, par. 4, 19 e 65 della *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, ratificata e resa esecutiva con la legge 3 agosto 2009, n. 116 (c.d. "*Convenzione di Mérida*" o "*UNCAC*").

Alcune ordinanze, poi, si sono spinte sino a proporre questioni di legittimità per contrasto con l'art. 3 Cost. (ordinanze iscritte ai numeri 233 reg. ord. del 2024 e 33 reg. ord. del 2025) e con l'art. 97 Cost. (ordinanze iscritte ai numeri 222 e 233 reg. ord. del 2024 e ai numeri 4, 8 e 33 reg. ord. del 2025).

Razionalizzati dunque i profili di rilevanza costituzionale da analizzare, la Consulta, prima di scendere nelle singole questioni, affronta i nodi della rilevanza (par. 4) e dell'ammissibilità (par. 5), dando conto delle argomentazioni spese da tutti i remittenti; ed è proprio in questo ambito che emerge un primo e importante piano argomentativo, sviluppato poi in vari passaggi della motivazione: l'individuazione dei casi e dei limiti di un sindacato della Corte Costituzionale in materia penale, idoneo a produrre effetti *in malam partem*.

Posto che l'accoglimento delle questioni proposte avrebbe comportato la reviviscenza di una fattispecie delittuosa legislativamente abrogata, la sentenza, nel rispondere alle eccezioni di inammissibilità variamente formulate, ha ritenuto necessario ribadire il fondamento e i limiti del proprio sindacato con effetti *in malam partem*.

3. I casi e i limiti del sindacato "ripristinatorio" della Corte Costituzionale con effetti *in malam partem*

La Corte Costituzionale prende le mosse del proprio percorso argomentativo affrontando in prima battuta (par. 5.1.) il problema dell'ammissibilità di pronunce con effetti *in malam partem*, enunciando in maniera chiara e inequivocabile il rapporto tra regola ed eccezione: viene chiarito, cioè, come sia in linea generale preclusa alla Corte costituzionale «l'adozione di pronunce con effetti *in malam partem* in materia penale» in virtù del principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, co. 2, Cost. Richiamandosi a vari precedenti propri, la Consulta afferma infatti che le scelte politico-criminali sottese all'introduzione, all'abrogazione e alla tipizzazione di una o più fattispecie incriminatrici è e rimane appannaggio esclusivo del legislatore parlamentare²³, giacché esso esprime la cifra democratica²⁴ dello Stato, con la conseguenza che alla Corte costituzionale è precluso (i) introdurre nuove fattispecie incriminatrici, (ii)

²³ Cfr. C. Cost. 23 gennaio 2014, n. 5.

²⁴ Cfr. C. Cost. 23 novembre 2006, n. 394.

estendere quelle esistenti nell'ordinamento, (iii) incidere *in peius* su ogni aspetto inerente alla risposta sanzionatorio-punitiva²⁵.

Questa, dunque, è la regola, in piena conformità alla più lineare lettura dell'assetto ordinario dei poteri dello Stato.

La regola, tuttavia, ammette delle eccezioni che la sentenza – sempre ponendo in luce la continuità e la coerenza della propria elaborazione ermeneutica²⁶ – rievoca con chiarezza:

- (i) sindacato sulle c.d. norme penali di favore: nel linguaggio della Corte, ci si riferisce a disposizioni che «sottraggano irragionevolmente un determinato sottoinsieme di condotte alla regola della generale rilevanza penale di una più ampia classe di condotte, stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, ovvero prevedano per detto sottoinsieme – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole (sentenza n. 394 del 2006)»²⁷. In tal caso, è prospettabile il sindacato della disposizione di favore ad opera della Consulta, anche se – come è chiaro – l'eventuale rilievo di illegittimità comporti la caducazione del regime di favore con conseguente ri-espansione dell'area di rilevanza penale; ciò in quanto non sarebbe tollerabile una eventuale creazione di "zone franche" a beneficio di alcuni, del tutto sottratte ad ogni vaglio di conformità costituzionale;
- (ii) sindacato sulle disposizioni che siano il frutto di una violazione delle regole sul corretto esercizio del potere legislativo: si tratta di vizi che non inficiano direttamente la disposizione penale sostanziale ma

²⁵ Cfr. C. Cost. 18 gennaio 2022, n. 8, punto 4 del Considerato in diritto; nello stesso senso, più di recente, C. Cost. 10 maggio 2024, n. 84 (punto 2.2.1. del Considerato in diritto) e ordinanza 1 febbraio 2022, n. 29, nonché in precedenza, *ex multis*, C. Cost. 11 febbraio 2021, n. 17 (punto 5 del Considerato in diritto); C. Cost. 6 marzo 2019, n. 37 (punto 7.1. del Considerato in diritto); C. Cost. 13 marzo 2014, n. 46 (punto 3 del Considerato in diritto); C. Cost. 1 agosto 2008, n. 324 (punto 5 del Considerato in diritto); C. Cost. 23 novembre 2006, n. 394 (punto 6.1. del Considerato in diritto); C. Cost. 1 giugno 2004, n. 161 (punto 7.1. del Considerato in diritto).

²⁶ Viene espressamente richiamata C. Cost. 6 marzo 2019, n. 37 (punto 7.1. del Considerato in diritto) in quanto essa "riassume" proprio le ipotesi di possibile intervento della Consulta con effetti *in malam partem*.

²⁷ Cfr. C. Cost. 6 marzo 2019, n. 37, punto 7.1. del Considerato in diritto, ove viene a sua volta richiamata C. Cost. 23 novembre 2006, n. 394, punto 6.1 del Considerato in diritto: «l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria».

che, afferendo all'*iter* legislativo o ai limiti (di competenza²⁸, di delega²⁹, di applicabilità di determinati strumenti³⁰, etc.) di esso, travolgono anche la disposizione che, in ipotesi, sia abrogativa della fattispecie penale, giacché, a rigore, quella fattispecie non sarebbe mai stata legittimamente (cioè secondo il corretto dispiegarsi del potere legislativo) abrogata³¹. In queste ipotesi si tratterebbe, in fondo, di un'altra forma di contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost., giacché a nulla varrebbe la riserva di legge laddove le regole che disciplinano l'esercizio del potere legislativo venissero violate: se è infatti il rispetto di tali norme a segnare la legittimazione democratico-politica delle scelte penalistiche, appare allora evidente che la loro violazione travolga anche siffatta legittimazione e si scontri, in definitiva, proprio con le ragioni profonde e strutturali della riserva di legge³²;

- (iii) sindacato sulle norme processuali che comporti, quale «mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem*» di esse, effetti *in peius* sul piano sostanziale-sanzionatorio. Si tratta delle ipotesi nelle quali l'intervento della Consulta, funzionale ad eliminare una previsione (incostituzionalmente) derogatoria rispetto ad una disciplina generale, determini un effetto peggiorativo sul piano sostanziale³³;
- (iv) sindacato su disposizioni che si pongano in contrasto con obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, co. 1, Cost.³⁴ (sentenza n. 37 del 2019, punto 7.1. del Considerato in diritto). Il punto, alla luce dei contenuti delle ordinanze di rimessione sopra viste, appare cruciale. Del resto, in tal caso, la Consulta si affretta a richiamare i propri precedenti e, segnatamente, (a) la sentenza n. 28

²⁸ C. Cost. 13 marzo 2014, n. 46, e ulteriori precedenti ivi citati.

²⁹ C. Cost. 23 gennaio 2014, n. 5.

³⁰ C. Cost. 25 febbraio 2014, n. 32.

³¹ Cfr. C. Cost. 6 marzo 2019, n. 37 (punto 7.1 del Considerato in diritto); C. Cost. 18 gennaio 2022, n. 8 (punto 5 del Considerato in diritto); C. Cost. 13 marzo 2014, n. 46 (punto 3 del Considerato in diritto).

³² Per una chiara esposizione delle fondamenta profonde della riserva di legge, cfr. G. COCCO, *La legge penale*, in G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Trattato di diritto penale*, Padova, 2023, 66 ss.

³³ Cfr. C. Cost. 14 dicembre 2018, n. 236 (punto 8 del Considerato in diritto): la Corte Cost. ha in tal caso dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lettera a), del d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, come modificato dall'art. 2, comma 4-*bis*, del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. in l. 15 ottobre 2013, n. 119, che attribuiva la competenza al giudice di pace per lesioni lievissime, quando commesse contro ascendenti, discendenti o altri soggetti indicati dall'articolo 577, comma 1, c.p.

³⁴ C. Cost. 6 marzo 2019, n. 37 (punto 7.1. del Considerato in diritto).

del 2010 (punto 7 del Considerato in diritto), la quale si era specificamente dedicata al tema in relazione alla qualificazione di rifiuto delle ceneri di pirite (e alla conseguente estensione della disciplina penalistica sui rifiuti), e (ii) la sentenza n. 32 del 2014 che, sia pur incidentalmente, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle modifiche alla disciplina penalistica in materia di stupefacenti attuate mediante una conversione di decreto legge in violazione dell'art. 77 Cost., ha ritenuto di potersi pronunciare anche con effetti *in malam partem*, sul presupposto che «la reviviscenza della norma illegittimamente abrogata fosse imposta, tra l'altro, dalla necessità di "non lasciare impunte alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost." (punto 5 del Considerato in diritto)»³⁵.

Se così non fosse – argomenta la Corte indirettamente (cioè, riportando le motivazioni espresse dalla sentenza n. 28 del 2010) – si escluderebbe ogni efficacia vincolante delle disposizioni europee per il legislatore italiano, con la conseguenza paradossale che le disposizioni penalistiche interne, introdotte per rafforzare l'osservanza delle direttive comunitarie, diverrebbero «una barriera insuperabile» per l'accertamento della violazione di quelle stesse direttive³⁶.

La Corte, infine, per confortare le proprie conclusioni argomentative sul punto, richiama ancora una volta la sentenza n. 37 del 2019, la quale, nel rigettare la questione afferente alla pretesa violazione di vincoli internazionali alla tutela dell'onore e della reputazione asseritamente concretizzatasi nell'abrogazione del delitto di ingiuria, ha motivato la propria decisione (solamente) con l'assenza di argomentazione, nell'ordinanza di rimessione, in ordine alla reale sussistenza di un siffatto vincolo internazionale: ciò, *a contrario*, conferma in termini generali che, ove sussista un vincolo internazionale di incriminazione, la Corte costituzionale si reputa legittimata a conoscere delle questioni che lamentino la violazione di tale vincolo da parte del legislatore nazionale.

³⁵ È la sentenza qui in commento (C. Cost. 4 luglio 2025, n. 95) a richiamare, per l'appunto, C. Cost. 25 febbraio 2014, n. 32 (punto 5 del Considerato in diritto).

³⁶ C. Cost. 28 gennaio 2010, n. 28 (punto 7 del Considerato in diritto).

L'enunciazione di queste eccezioni al divieto di pronunce *in malam partem* conferma dunque l'esistenza di uno spazio legittimo, e costituzionalmente praticabile, per un tale sindacato.

Nondimeno, avvertendo immediatamente le possibili tensioni che tale spazio – sebbene ricondotto ad eccezione – viene a creare con l'art. 25 Cost., il giudice delle leggi si sofferma su talune precisazioni essenziali, le quali rappresentano un prudente equilibrio tra le esigenze di tutela della libertà del singolo, sottese alla legalità penalistica, le esigenze di corretta "distribuzione" di "*checks and balances*" tra gli organi costituzionali (in specie, in tal caso, tra legislatore e Consulta) e le esigenze di rispetto di vincoli internazionali che, pur rendendo l'Italia partecipe alla dimensione sovranazionale, non la privino della legittimazione democratica nella legislazione penale.

La sentenza afferma, infatti, che, nelle ipotesi in cui è ammesso un sindacato *in malam partem*, «la giurisprudenza di questa Corte è univoca nel ritenere che, in forza del divieto di applicazione retroattiva della norma penale più sfavorevole di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., chi abbia commesso il fatto mentre era in vigore la disposizione più favorevole dichiarata costituzionalmente illegittima debba continuare a beneficiare di quest'ultima, in deroga ai normali effetti *ex tunc* delle sentenze di accoglimento della Corte» (par. 5.1.5). Viene in tal modo rinvigorita a chiare lettere la prevalenza del principio di irretroattività della legge penale sull'efficacia *ex tunc* della sentenza costituzionale di accoglimento: ciò, provando a gettare lo sguardo oltre il problema di specie, significa attribuire una prevalenza non negoziabile a quella particolare declinazione del principio di legalità che si volge a tutelare la conoscibilità del precetto³⁷, la prevedibilità della decisione³⁸ e, in definitiva, la libertà di determinazione delle persone nella società.

³⁷ Con riferimento alle connessioni tra conoscibilità del precetto, legalità e rimproverabilità personale, si veda G. CARUSO, *Ignoranza ed errore sulla legge penale*, in M. Ronco (a cura di), *Commentario Sistematico al Codice Penale*, Bologna, 2011, 687 e ss.

³⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte Costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021; ID., *Discrezionalità interpretativa del giudice e valore dei precedenti*, in *Sist. pen.*, 1 luglio 2025; ID., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016 e in C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 213-265. Per un inquadramento della prevedibilità nell'ambito del principio di legalità, si vedano G. CARUSO, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2021; ID., *Per un lessico di questioni definitorie in tema di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di Catenacci-D'Ascola-Rampioni, Roma, 2021, 35 ss.; ID., voce «Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)», in *Dig. disc. pen.*, XI Agg., Torino-Milano, 2021, 534 e ss.; V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019.

Tale condivisibile statuizione di principio, tuttavia, non deve prestarsi a divenire un "salvacondotto" per quelle che potrebbero rivelarsi delle "amnistie occulte"³⁹: la Corte costituzionale, infatti, ben consapevole di un tale rischio, chiarisce immediatamente che «l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge penale che abroghi l'incriminazione preesistente o, comunque, preveda un trattamento penale più favorevole potrà invece dispiegare i propri effetti rispetto ai fatti posti in essere prima dell'entrata in vigore di quella legge, sotto l'impero di una legge penale più severa che, per effetto della pronuncia di questa Corte, dovesse essere ripristinata o in ogni caso veder riespandere il proprio ambito di applicazione».

Come chiarito nella sentenza annotata⁴⁰, infatti, in tale ultima ipotesi l'autore del fatto illecito sarebbe stato certamente nelle condizioni, *al momento della propria condotta*, di determinarsi sulla base del vigente quadro normativo (benché per questi meno favorevole), non risultando conseguentemente concretizzata alcuna lesione o compressione della *ratio* di cui all'art. 25, co. 2, Cost.

Il tema, filigrana ineludibile della questione sottesa alla sindacabilità con effetti *in malam partem* delle disposizioni penali nazionali contrastanti con eventuali vincoli internazionali, viene poi ripreso dalla Corte costituzionale per superare talune eccezioni di inammissibilità formulate dall'Avvocatura di Stato e dalle difese di varie parti costituite *ad opponendum*. Queste ultime, infatti, avevano sostenuto che tale sindacato potrebbe riferirsi solamente agli obblighi discendenti dal diritto dell'UE e non, invece, agli obblighi internazionali di natura pattizia, tra i quali figurano quelli assunti con la Convenzione di Mérida.

La Consulta, tuttavia, ritiene l'eccezione infondata per tre ordini di ragioni: (a) il dato testuale dell'art. 117, co. 1, Cost. (par. 5.3.2.); (b) l'insussistenza di contrasti tra l'ammissibilità del sindacato con effetti *in malam partem* di cui ci stiamo occupando e il principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 25, co. 2,

³⁹ Sul punto, sia consentito rinviare a L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 183.

⁴⁰ Si afferma infatti con chiarezza cristallina: «[i]n effetti, in tali ipotesi l'autore del fatto è stato posto in condizione di autodeterminarsi "sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo", sicché l'art. 25, secondo comma, Cost. non osterebbe a una sua condanna (sentenza n. 394 del 2006, punto 6.4. del Considerato in diritto). Né a tale condanna osterebbe il principio della generale retroattività della *lex mitior*, che la giurisprudenza di questa Corte ricava dall'art. 3 Cost. e, oggi, dall'art. 7 CEDU, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. (ampiamente sul punto, sentenze n. 63 del 2019, punto 6.1. del Considerato in diritto, e n. 236 del 2011, punto 11 del Considerato in diritto), trattandosi di principio che "deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale", e che comunque "in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima" (sentenza n. 394 del 2006, punto 6.4. del Considerato in diritto; nello stesso senso, sentenza n. 143 del 2018, punto 6 del Considerato in diritto)».

Cost. (5.3.3.); (c) il coinvolgimento del Parlamento nel procedimento di ratifica delle convenzioni internazionali, capace di garantire il rispetto della radice democratica del principio di legalità (5.3.4.).

Quanto al primo profilo, la Corte ricorda come, ai sensi dell'art. 117, co. 1., Cost., tanto i vincoli derivanti dall'ordinamento UE quanto gli impegni assunti sul piano internazionale determinino un identico obbligo in capo al legislatore, statale o regionale che sia. Viene tuttavia riaffermata (riprendendo le geometrie delle c.d. "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 del 2007⁴¹) una importante precisazione con riferimento ai limiti di estensione di siffatti obblighi: nell'ambito del diritto UE, i vincoli possono trovare un limite solamente nel «nucleo dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana»; allorquando si considerino invece i vincoli assunti sul piano internazionale, essi trovano il ben più ampio limite costituito dall'«intero *corpus* di norme di rango costituzionale» (punto 5.3.2. del Considerato in diritto).

Nel rispetto di tali limiti, pertanto, la violazione degli obblighi sovranazionali – europei o pattizi che siano – comporta i medesimi effetti, salva la possibilità per il giudice nazionale, rispetto al solo diritto dell'Unione europea dotato di effetto diretto, di disapplicare la legge nazionale o regionale con esso contrastante⁴².

Essendo tali principi pacificamente valevoli nelle ipotesi in cui la Corte sia intervenuta riducendo l'area di rilevanza penale (sentenze n. 150 del 2021⁴³ e n. 25 del 2019⁴⁴, dichiarative della parziale illegittimità costituzionale di leggi penali per il loro esclusivo contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione a norme della CEDU), allora – argomenta la Corte – non si vede per quale ragione si dovrebbe ritenere che «i medesimi principi non si applichino allorché questa Corte sia chiamata a censurare il contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione o dal diritto internazionale pattizio» (punto 5.3.3. del Considerato in diritto).

Si potrebbe ribattere che, proprio tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e nei diritti inalienabili della persona umana che rappresentano il controlimite al vincolo di natura unionale (o pattizia), si staglia il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., il quale, oltre a sancire una chiara riserva di legge, prevede anche un divieto di retroattività della norma sfavorevole. L'eccezione,

⁴¹ C. Cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349. Per tutti, si veda M. CARTABIA, *Le «sentenze gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 5/2007, 3564 ss.

⁴² Cfr. C. Cost. 20 marzo 2025, n. 31 (punto 4.1. del Considerato in diritto); ordinanza 20 febbraio 2025, n. 21 (punto 6 del Considerato in diritto); C. Cost. 4 febbraio 2025, n. 7 (punti 2.2.2. e 2.2.3. del Considerato in diritto); C. Cost. 3 gennaio 2025, n. 1 (punto 3 del Considerato in diritto); C. Cost. 19 novembre 2024, n. 181 (punto 6.5. del Considerato in diritto).

⁴³ C. Cost. 12 luglio 2021, n. 150.

⁴⁴ C. Cost. 27 febbraio 2019, n. 25.

tuttavia, per quanto fondata su principi corretti, sarebbe miope – sembra dire la Corte – giacché non si discorrerebbe in tal caso di dare applicazione, in ipotesi retroattiva, ad un’opzione ermeneutica della CGUE o della Corte EDU idonea ad estendere l’area di rilevanza penale nazionale o a costituire in capo al singolo una responsabilità penale discendente in via diretta da uno strumento normativo sovranazionale, bensì dell’esistenza di un impegno legittimamente assunto dallo Stato a rendere penalmente rilevante un certo comportamento. In tal caso, infatti, sotto il profilo della riserva di legge, va rilevato che il contegno penalmente rilevante sarà previsto – e reso conoscibile *ex ante* – da una legge nazionale, attuativa del vincolo suddetto.

La reviviscenza di una simile norma, a seguito della declaratoria di incostituzionalità della legge nazionale che la abrogasse per violazione del vincolo sovranazionale⁴⁵, non si porrebbe quindi – prosegue la Corte – in contrasto con l’art. 25 Cost.: la declaratoria infatti, come sopra già detto, avrebbe l’effetto di far rivivere, *per i fatti perpetrati in costanza di detta fattispecie*, la norma illegittimamente abrogata, con la conseguenza che la responsabilità penale continuerebbe a fondarsi sull’originaria disposizione, vigente al tempo di commissione del fatto.

Ciò, a ben vedere, garantirebbe anche il rispetto del divieto di retroattività sfavorevole: chi abbia commesso il fatto in vigenza della legge illegittimamente abrogata (perché in contrasto con il vincolo internazionale) non potrebbe dirsi deprivato delle garanzie della legalità, giacché essa andrebbe correttamente “misurata” in relazione alla legislazione vigente al tempo di perpetrazione della condotta (cioè nel momento in cui l’autore del fatto ha potuto scegliere come determinarsi nella società). Per contro, laddove la condotta fosse posta in essere nello iato temporale tra l’abrogazione della disposizione penale e la declaratoria di incostituzionalità di tale abrogazione, l’autore del fatto non sarebbe punibile alla stregua dell’art. 25, co. 2, Cost., non essendo vigente – a prescindere dal fatto che ciò fosse conforme o meno al vincolo sovranazionale – in quel momento alcuna disposizione normativa che comminasse la reazione penale per quel dato comportamento.

⁴⁵ Ritiene discutibile un siffatto automatismo V. MONGILLO, *La legge Nordio tra vuoti di tutela*, cit., 101, affermando, in un’analisi problematica della tensione tra principio di legalità ex art. 25 Cost. e spazi di intervento della Consulta in materia penale, che «non si vede, così, perché il fatto di rimuovere la norma abrogatrice, ritenuta incostituzionale, possa assicurare automaticamente la reviviscenza di quella abrogata. Invero, anche ciò contraddirebbe i principi fondamentali del nostro sistema penale e svuoterebbe di senso il principio di legalità, giacché il “ripristino automatico” equivarrebbe a una rinnovata creazione giudiziale della fattispecie penale».

Nessuna lesione, dunque, apparirebbe rintracciabile rispetto al principio di legalità, né sotto il profilo della riserva di legge, né sotto il profilo dell'irretroattività⁴⁶.

D'altro canto, osservando che i vincoli di criminalizzazione di fonte sovranazionale sono assunti dallo Stato-parte sulla base di specifiche scelte, ponderate e prese dal legislatore – che ha la possibilità, peraltro, con la legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati, di indicare al governo l'apposizione di riserve e dichiarazioni –, la Corte osserva come non possa dirsi compromessa nemmeno la radice democratica del principio di legalità, essendo la stessa salvaguardata proprio dall'intervento parlamentare nell'*iter* di approvazione e ratifica dei trattati.

E ciò vale evidentemente anche per le *modalità* di criminalizzazione previste dallo strumento sovranazionale e alle quali lo Stato, ratificando il trattato, abbia acconsentito ad impegnarsi, non potendosi dolere *ex post* di un vincolo liberamente assunto: l'impegno a rendere la propria legislazione futura (e le connesse scelte di incriminazione o di non incriminazione) conforme al trattato cui ha preso parte è stato, in altri termini, liberamente e democraticamente assunto con la ratifica, *a fortiori* se priva di riserve; e ciò non determinerebbe alcuna compressione della legalità penalistica italiana.

Sotto questo profilo – prosegue ancora la Corte, rispondendo ad un ulteriore profilo di possibile critica – non ci si potrebbe nemmeno dolere di una pretesa "tirannia" degli obblighi internazionali sul principio di legalità penale, o di una "espropriazione" della riserva di legge: l'argomento in base al quale, con l'assunzione di un obbligo internazionale di incriminazione, il legislatore finirebbe per abdicare alla possibilità di ritornare sui propri passi modificando le scelte di incriminazione non sarebbe del tutto esatto. Se infatti è certamente vero che, a seguito della ratifica di un trattato internazionale, il legislatore assume un impegno *ex art. 117 Cost.* a rispettare quanto ivi previsto (anche per quanto concerne gli obblighi di incriminazione), è altrettanto vero che lo Stato può scegliere di discostarsi da tali obblighi attivando le modalità e gli strumenti offerti dal diritto internazionale, in specie – come chiarisce la sentenza – «promuovendo un emendamento al trattato, ovvero denunciandolo. Evento che si può verificare anche grazie all'intervento del Parlamento, nell'esercizio della sua essenziale funzione di indirizzo e controllo» (punto 5.3.4. del Considerato in diritto).

Su tali basi, la Corte conclude affermando che, avendo il Parlamento autorizzato la ratifica della Convenzione di Mérida con la legge n. 116 del 2009 e non essendo state apposte riserve, ove quest'ultima prevedesse un vero e proprio

⁴⁶ Per un'ampia ricostruzione del principio di legalità e dei relativi tradizionali corollari, si veda M. RONCO, G. CARUSO, *Il principio di legalità*, in M. Ronco, E. M. Ambrosetti, E. Mezzetti, con la collaborazione di G. Caruso (a cura di), *La legge penale: fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, 1-158.

obbligo di incriminazione, lo Stato italiano vi sarebbe giuridicamente vincolato; conseguentemente, sussisterebbe la possibilità per il Giudice delle leggi di sindacare con effetti *in malam partem* la disposizione penale che, abrogando la fattispecie delittuosa oggetto di vincolo di incriminazione, avrebbe determinato la violazione del suddetto vincolo ex art. 117, co. 2, Cost.

Le conclusioni della Corte su questo primo, cruciale, snodo delle questioni di legittimità proposte sollecitano alcune riflessioni di più ampio respiro – che verranno brevemente svolte nel prosieguo – le quali afferiscono al reale perimetro del principio di legalità di cui all'art. 25 della nostra Carta costituzionale e ai rischi, sottesi agli spazi di intervento che la Consulta riconosce esplicitamente come propri, di una ingerenza nelle scelte (pur largamente opinabili) di politica criminale compiute dal legislatore.

4. L'inesistenza di un vero e proprio vincolo di incriminazione nella Convenzione di Merida

Una volta argomentata l'ammissibilità dell'intervento della Corte Costituzionale con effetti *in malam partem* in materia penale, sia pur in chiave derogatoria rispetto alla regola generale, il secondo passaggio di immediato interesse della sentenza in commento – sotto il profilo qui indagato – è certamente rappresentato dalla ritenuta inesistenza, nella Convenzione di Mérida, di un vero e proprio obbligo di incriminazione dei fatti di abuso d'ufficio. Come anticipato, i giudici remittenti avevano infatti sostenuto l'esistenza di un obbligo di incriminazione, fondandosi su molteplici disposizioni di tale convenzione internazionale⁴⁷.

Sul punto, in un tentativo di estrema sintesi, le ordinanze di rimessione potrebbero dividersi in tre gruppi: il primo è costituito dalle impostazioni che ritengono esistente un vincolo di incriminazione sulla base dell'art. 19 della Convenzione⁴⁸; il secondo è costituito dalle ordinanze che ricostruiscono l'esistenza del vincolo suddetto sulla base di un'interpretazione sistematica e teleologica fondata su parametri normativi ulteriori rispetto all'art. 19 (e, segnatamente, sugli artt. 1, 5, 7, paragrafo 4, e 65, oltre che sui punti 6, 11, 12, 21, 89, 170 ss., 264 e 291 ss. della *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption* adottata dalle Nazioni Unite -

⁴⁷ In ordine al complesso intreccio di fonti che interessa gli ordinamenti contemporanei, V. MONGILLO, *La legge Nordio tra vuoti di tutela*, cit., 95, parla efficacemente di «una conformazione reticolare, quasi un labirinto borgesiano di fonti».

⁴⁸ Art. 19: «Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity».

Drugs and Crime Office - nel 2012) e che, pur ammettendo l'inesistenza di un vero e proprio vincolo di incriminazione, ritengono sussistere un obbligo di c.d. *stand still*; infine, vi è la posizione della Suprema Corte di Cassazione, che si presenta maggiormente articolata, appuntandosi non sulla pretesa sussistenza di un vincolo diretto di incriminazione o di *stand still*, quanto piuttosto su di un obbligo di mantenere i complessivi standard di efficace attuazione della Convenzione, con particolare riferimento ai sistemi di *prevenzione* della corruzione.

Orbene, limitandosi a pochissime ed essenziali considerazioni⁴⁹, appare evidente, sulla base del chiaro tenore della *littera legis* – limite invalicabile di ogni operazione ermeneutica in ambito penale⁵⁰ – che la disposizione di cui all'art. 19, impiegando la ormai nota formula «*shall consider adopting*», non possa comportare alcun obbligo di incriminare la condotta di «*abuse of functions*». Si tratta infatti – a differenza di altre e distinte disposizioni della medesima Convenzione (quali, ad esempio, quelle di cui agli artt. 15 e 16 in materia di corruzione, o all'art. 17 in materia di peculato, o ancora all'art. 23 in materia di riciclaggio e all'art. 25 in materia di intralcio alla giustizia) che adottano ben altra formula linguistica («*shall adopt*»)⁵¹ – di una c.d. «*non-mandatory offence*», ovvero sia di un'ipotesi di reato la cui introduzione gli Stati membri hanno solo l'obbligo di *prendere in considerazione*. Dunque, se di obbligo si intende parlare, si dovrebbe discorrere di un obbligo di natura procedurale, come incidentalmente afferma la Corte stessa⁵²; obbligo che,

⁴⁹ Si permetta il rinvio, per una più articolata confutazione degli argomenti spesi nelle ordinanze di remissione, alle osservazioni svolte in L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit. 201 ss. e 208 ss. Sebbene nel momento in cui venne licenziato quel contributo fossero state proposte solo alcune delle quattordici ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale, le argomentazioni ivi svolte ci appaiono replicabili anche in relazione alle ordinanze sopravvenute.

⁵⁰ Cfr. V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, 81-82, con particolare riferimento alle importanti pronunce della Consulta ivi richiamate.

⁵¹ Sul punto, si veda V. MONGILLO, *La legge Nordio tra vuoti di tutela*, cit., 96, il quale richiama (nt. 37) C. ROSE, *Article 19: Abuse of Functions*, in C. Rose – M. Kubiciel – O. Landwehr (a cura di), *The United Nation Convention Against Corruption. A Commentary*, 2019, Croydon, 201-211. In ordine alla differenza linguistica, appaiono interessanti anche i confronti testuali con le traduzioni francese e spagnola proposte da L. STORTONI, G.S. CALIFANO, *Ex falso sequitur quodlibet*, cit., 4: «Il descritto binomio – a fugare qualsiasi dubbio mai residuasse – trova immediata corrispondenza in ciascuna delle traduzioni ufficiali della Convenzione, così quella francese e spagnola: *Chaque État Partie adopte – Chaque État Partie envisage d'adopter; Cada Estado Parte adoptará – Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar*».

⁵² Chiarissime si presentano sul punto le parole della Consulta (punto 7.3.1. del Considerato in diritto): «L'inequivoco testo della disposizione enuncia un mero obbligo di "considerare" tale introduzione dunque non solo di assicurarsi della compatibilità dell'incriminazione con i principi generali dell'ordinamento penale nazionale (il che non

stando alla ponderazione di *pro* e *contra* rinvenibile nella relazione del disegno di legge sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio (a prescindere dal merito di essa)⁵³ e alla stessa introduzione dell'art. 314-*bis* c.p., parrebbe adempiuto.

Né il richiamo all'art. 7, co. 4, della Convenzione – secondo cui «*Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavour to adopt, maintain and strengthen systems that promote transparency and prevent conflicts of interest*» – potrebbe radicare un divieto di regresso (o c.d. obbligo di *stand-still*) per gli Stati membri che, dopo aver introdotto una fattispecie di reato, avessero poi inteso ritornare sui propri passi⁵⁴, abrogando l'incriminazione stessa⁵⁵.

è in discussione rispetto all'abuso d'ufficio, a differenza di quanto accade per altre più problematiche fattispecie penali, come quella di arricchimento illecito di cui al successivo art. 20); ma anche di valutare attentamente i *pro* e i *contra* di tale opzione. In effetti, ogni scelta di criminalizzazione presenta ovvi vantaggi, in termini di più energica tutela degli interessi lesi dalla condotta che si voglia sottoporre a sanzione penale, ma anche una nutrita serie di svantaggi, quanto alla sua sicura incidenza sui diritti fondamentali dei destinatari del precetto, nonché ai suoi effetti collaterali a danno di altri interessi collettivi – come il possibile *chilling effect* rispetto a condotte lecite e anzi utili dal punto di vista sociale (in particolare, con riferimento ai rischi di “burocrazia difensiva” connessi all'incriminazione dell'abuso d'ufficio, sentenza n. 8 del 2022, punto 2.4. del Considerato in diritto). La Convenzione ha scelto di affidare la valutazione comparativa dei benefici attesi e delle conseguenze negative dell'incriminazione delle condotte di abuso d'ufficio alla prudente discrezionalità del legislatore di ogni Stato; e ciò anche a fronte della varietà di soluzioni sul punto presenti negli ordinamenti penali degli Stati firmatari. Circostanza, quest'ultima, che – come risulta dai lavori preparatori della Convenzione – ha indotto gli Stati firmatari a trasformare le originarie proposte di introdurre un vero e proprio obbligo di incriminazione di questa specifica condotta, formulate da Messico, Colombia e Turchia, in un mero obbligo di “considerare” tale soluzione”. In ordine al *chilling effect*, proprio con riferimento all'art. 323 c.p., si veda l'ampio lavoro di G. MANCA, *Il raffreddamento dei diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, cit., 24 (nt. 14), 45, 55, 140, 189 (nt. 651), 190 ss.

⁵³ Cfr. *Relazione illustrativa al disegno di legge A. S. n. 808 – XIX Legislatura*, di iniziativa governativa, reperibile sul sito istituzionale del Senato.

⁵⁴ Anche in tal caso ci sembra limpida la posizione della Corte Costituzionale (sempre nel punto 7.3.1. del Considerato in diritto): «non vi è alcuna ragione per ritenere che, una volta compiuta – prima o dopo la ratifica della Convenzione – la scelta di incriminare le condotte di abuso d'ufficio, lo stesso art. 19 precluda allo Stato di ritornare sui propri passi, e di (ri)considerare i *pro* e i *contra* dell'incriminazione, eventualmente pervenendo alla conclusione di abolirla».

⁵⁵ In senso analogo a quanto sostenuto nel corpo di testo, si veda V. MONGILLO, *La legge Nordio*, cit., 97, ove si afferma a chiare lettere: «Ebbene, a noi pare infondata l'idea che gli Stati siano tenuti, in materia penale, a rispettare una clausola generale di non regressione». Si vedano, inoltre, le osservazioni di 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 *Sist. pen.*, 19 dicembre 2024; R.

Oltre a dover essere interpretata nel corretto contesto sistematico, la stessa, tramite il lemma *endeavour*, esprime l'invito, di natura *programmatica*⁵⁶, rivolto agli Stati di – per l'appunto – “adoperarsi” nell'implementazione di un efficace sistema capace di *promuovere* la *trasparenza* e di *prevenire* il conflitto di interessi⁵⁷: dunque, nessun obbligo attuale di repressione penalistica. Infatti, come non ha mancato di rilevare la Corte, l'art. 7 è topograficamente collocato nel Capitolo II della Convenzione, ovverosia tra gli obblighi relativi ai sistemi di *prevenzione* del fenomeno corruttivo, e non nel Capitolo III, dove trova invece posto la disciplina repressiva di natura penale (nell'ambito della quale risulta sì presente l'art. 19, ma – come sopra visto – esprimendo solamente un mero obbligo di “considerazione procedurale”).

Inoltre, l'art. 7, paragrafo 4, non sembra imporre alcun vincolo modale per il conseguimento dell'obiettivo indicato, lasciando allo Stato-parte ampio margine discrezionale nella valutazione delle più opportune misure da adottare internamente, alla luce del complessivo assetto della disciplina, anche extrapenale, nazionale e delle complesse valutazioni (in ordine alle proteiformi conseguenze) che dovrebbero sempre accompagnare le scelte di incriminazione. Conseguentemente nessun obbligo di incriminazione o, al polo opposto, “divieto di decriminalizzazione”, potrebbe essere edificato su tali coordinate normative.

Quanto, infine, alla richiesta valutazione circa la complessiva efficacia del sistema di prevenzione e di repressione delle condotte illegittime dei pubblici agenti a seguito dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., in relazione ad altri parametri della Convenzione, la motivazione della Consulta appare molto sintetica ma estremamente lucida: da un lato, vengono rapidamente passate in rassegna le altre disposizioni della Convenzione (in specie, gli artt. 1, 5 e 65⁵⁸) sulle quali si

D'ANDREA, *Più torti non fanno una ragione. Le vicissitudini giurisprudenziali relative all'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, cit., § 2.

⁵⁶ Anche V. MONGILLO, *La legge Nordio*, cit., 98 parla di «previsione programmatica».

⁵⁷ *Ibidem*, 99-100, con specifico riferimento ai contenuti dell'art. 12 della Convenzione: tale disposizione, oltre a far riferimento al settore privato, afferma esplicitamente «*where appropriate*»: ciò dimostra l'inesistenza di un vero vincolo di incriminazione, esplicitamente accordando un ampio margine discrezionale al legislatore nel conseguimento del risultato di una efficace prevenzione della corruzione.

⁵⁸ Con riferimento all'art. 65 UNAC, in particolare, si vedano le condivisibili osservazioni di V. MONGILLO, *La legge Nordio*, cit., 98: «Anche l'art. 65 UNCAC – che impone agli Stati contraenti di adottare le misure necessarie, comprese misure legislative o amministrative, ad assicurare l'attuazione degli obblighi convenzionali – non può essere stirato fino a ricomprendere un obbligo di mantenere *ad aeternum* le incriminazioni eventualmente introdotte, in particolare quando esse non siano di per sé cogenti secondo il testo pattizio [...]; a dire il meno, ciò determinerebbe una grave disparità fra Stati». Per una identica considerazione, sia consentito il rinvio a L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 216.

sono fondate le ordinanze di rimessione, dimostrando la fallacia dei relativi percorsi argomentativi; dall'altro, con una conclusione di più ampio respiro, la sentenza appalesa quella distinzione tra il piano della valutazione di natura politico-criminale e quello di natura schiettamente giuridica che, come detto in apertura di questo contributo, appare uno dei principali pregi della pronuncia in commento e accomuna tutti i profili di potenziale rilievo costituzionale propugnati dai remittenti.

La Corte Costituzionale, infatti, anche a valle delle ulteriori questioni sollevate (in specie rispetto agli artt. 3 e 97 Cost.⁵⁹), afferma con grande chiarezza (par. 8): «[i]n definitiva, questa Corte ritiene di *non potere, sulla base dei parametri evocati, sindacare* la complessiva efficacia del sistema di prevenzione e contrasto alle condotte abusive dei pubblici agenti risultante dall'abolizione del delitto di abuso d'ufficio, *sovrapponendo la propria valutazione a quella del legislatore*. Se gli *indubbi vuoti di tutela penale* che derivano dall'abolizione del reato – emblematicamente illustrati dalle vicende oggetto dei quattordici giudizi *a quibus* – possano ritenersi o meno compensati dai benefici che il legislatore si è ripromesso di ottenere, secondo quanto puntualmente illustrato nei lavori preparatori della riforma, *è questione che investe esclusivamente la responsabilità politica del legislatore, non giustiziabile* innanzi a questa Corte *al metro dei parametri costituzionali e internazionali esaminati*».

Tale conclusione appare particolarmente rilevante, suscitando molteplici osservazioni che, nell'economia di questo contributo, possono solamente essere enunciate:

1) l'abrogazione dell'abuso d'ufficio ha lasciato degli *evidenti vuoti di tutela*, come era stato del resto rilevato in dottrina sin dai primi commenti⁶⁰, benché

⁵⁹ In ordine alle questioni appuntate sulla ritenuta violazione dell'art. 97, dell'art. 3 e anche dell'art. 28 Cost., appare pianamente condivisibile l'iter motivazionale della Corte Costituzionale. Sul punto, altrettanto condivisibili sono le parole di V. MONGILLO, *La legge Nordio tra vuoti di tutela, rischi di "panpenalismo internazionale" e occasioni di una nuova legalità amministrativa*, cit., spec. 94 ss., il quale, nel ripercorrere le argomentazioni delle ordinanze dei Tribunali di Firenze, Locri, Roma e della Cassazione – secondo le quali l'abrogazione dell'abuso d'ufficio, non accompagnata da "misure sostitutive", avrebbe determinato dei gravi vuoti di tutela, direttamente contrastanti con l'art. 97 Cost. –, afferma: «il ragionamento è suggestivo, ma a nostro avviso risente di una precomprensione marcatamente punitivista. È infatti assai discutibile che l'abrogazione del reato di abuso, pur avendo determinato alcune obiettive lacune nella repressione, configuri automaticamente una violazione della norma costituzionale in discorso [...]. In un'ottica di sussidiarietà, ciò che rileva sul piano costituzionale non è la natura dello strumento impiegato [...] bensì la capacità complessiva dell'ordinamento di garantire una salvaguardia effettiva, mai integrale, del bene».

⁶⁰ Si vedano gli Autori citati alla nota n. 5 di questo scritto.

alcune voci, all'opposto, invitassero a non «cedere ai lai di chi paventa inesistenti vuoti di tutela»⁶¹;

2) non sussiste un vincolo costituzionale interno⁶² che imponga di colmare tali lacune mediante una o più norme incriminatrici;

3) non è parimenti rinvenibile alcun obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio «sulla base dei parametri evocati», cioè sulla base di tutte le proposte interpretazioni teleologiche e sistematiche della Convenzione di Mérida (come del resto sostenuto da più voci in dottrina⁶³);

4) la valutazione politico-criminale in ordine alle scelte di incriminazione, in difetto di specifici e oggettivi vincoli, spetta al legislatore e la Consulta si attiene rispettosamente al proprio ruolo di garante della Costituzione (e non delle scelte politiche del legislatore).

5. Brevi conclusioni interlocutorie

Gli orizzonti di riflessione appena enucleati ci sembrano reclamare ulteriori sviluppi; sul punto, seppur nell'estrema sintesi di un commento a prima lettura, ci siano concesse poche rapide osservazioni, concentrandoci in particolare sugli ultimi due snodi sopra indicati.

5.1. Esistono altri parametri che impongano un obbligo di incriminazione delle condotte prima rientranti nell'art. 323 c.p.?

Sul piano più "immediato" della questione sottoposta alla Consulta dalla varie ordinanze di rimessione, riteniamo di poter leggere, nell'espressione utilizzata dalla Corte Costituzionale («sulla base dei parametri evocati») un certo messaggio di cautela: se, infatti, si può ben concordare sull'insussistenza di vincolo alcuno di incriminazione concernente l'abuso d'ufficio all'interno della

⁶¹ L. STORTONI, G.S. CALIFANO, *Ex falso sequitur quodlibet*, cit., 9.

⁶² Non si è ritenuto, in questo scritto, di approfondire l'analisi delle pieghe motivazionali afferenti ai profili di pretesa illegittimità costituzionale connessi a parametri interni (in specie agli artt. 3, 28, 97 Cost.). Per una condivisibile posizione sul punto, si veda V. MONGILLO, *La legge Nordio*, cit., 94 e 95.

⁶³ Si vedano, in particolare, V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, 564-567; V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, Torino, 2020, 85 ss.; sul tema specifico, di recente, si veda il contributo di L. STORTONI, G.S. CALIFANO, *Ex falso sequitur quodlibet*, cit., 1 e 4, nel quale gli Autori parlano chiaramente di «inquinamento concettuale» e affermano di ritenere che sussistano «vistosi fraintendimenti concettuali, originati dalla – più o meno inconsapevole (?) – erronea precomprensione del contesto sovranazionale di riferimento». Di recente, si veda ancora V. MONGILLO, *La legge Nordio*, cit., 96. Sia permesso, infine, rinviare a L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit., 199 ss., per le considerazioni già ivi svolte e la bibliografia citata.

Convenzione di Mérida, una differente conclusione potrebbe essere raggiunta con riferimento a parametri sovranazionali differenti.

In particolare, come già era stato segnalato in dottrina⁶⁴ e rilevato anche in una interessante ordinanza emessa dal Tribunale di Reggio Emilia⁶⁵ nel noto “caso Bibbiano” (con la quale veniva rigettata una questione di legittimità costituzionale proposta dalla Procura), un parametro sovranazionale – in tal caso di matrice europea – che potrebbe fondare un vero e proprio obbligo di incriminazione potrebbe essere rinvenuto nella c.d. “Direttiva PIF” del 5 luglio 2017 (Direttiva UE 2017/1371) avente ad oggetto la lotta contro le frodi che ledano gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale.

Come già sostenuto in altra sede⁶⁶, infatti, pur riferendosi all’appropriazione indebita del pubblico funzionario, l’art. 4 della Direttiva UE 2017/1371 contempla «l’azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell’Unione»⁶⁷, imponendo di contrastare tale condotta, ove intenzionale, con strumenti di matrice penalistica. Del resto, la Relazione governativa di accompagnamento allo schema del d.lgs. 4 ottobre 2022, n. 156 (a sua volta con funzione di correzione e integrazione del d.lgs. 4 luglio 2020, n. 75, con il quale si dava attuazione alla citata Direttiva 2017/1371), affermava esplicitamente come l’integrale recepimento nell’ordinamento interno dell’incriminazione prevista dall’art. 4, co. 3, della Direttiva UE 2017/1371 comprendesse anche – quanto all’ipotesi della destinazione di beni pubblici a finalità diverse da quella prevista – la fattispecie di cui all’art. 323 c.p., nell’ambito della quale erano state in via giurisprudenziale ricondotte, all’indomani della riforma del 1990, le c.d. “distrazioni non appropriate”⁶⁸: ciò a riprova del fatto che tale parametro

⁶⁴ Cfr. G.L. GATTA, *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., § 3; ID., *Abuso d’ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024*, cit., § 2.1.4.

⁶⁵ Trib. Reggio Emilia, ord. 7.10.2024, Pres. Iusto, Giud. Caputo, Piergallini, con nota di G.L. GATTA, *Abuso d’ufficio e nuovo peculato per distrazione: il Tribunale di Reggio Emilia respinge le eccezioni di illegittimità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 7.10.2024. Anche R. D’ANDREA, *Più torti non fanno una ragione*, cit., § 3, richiama in parte qua l’ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia.

⁶⁶ Sul punto, sia consentito il rinvio a L. CARRARO, *L’abrogazione dell’abuso d’ufficio*, cit., 30 ss. e 199 ss.

⁶⁷ Art. 4, co. 3, Direttiva UE 2017/1371 (corsivi nostri).

⁶⁸ Per un’efficace sintesi del percorso giurisprudenziale evocato nel corpo del testo, M. GAMBARDELLA, *Peculato, abuso d’ufficio e nuovo delitto “indebita destinazione di denaro o cose mobili”*, cit., § 2. Di tutto interesse, in ordine ai rapporti tra appropriazione e distrazione – letti condivisibilmente in rapporto agli artt. 314 e 323 c.p. (per quanto quest’ultimo sia stato «miniaturizzato» dalla riforma del 1997) – si veda L. RISICATO, *La distrazione come appropriazione? Un dubbio vincibile in materia di peculato*, in *Giur. it.*,

normativo – l’art. 4, co. 3, della Direttiva UE 2017/1371 – sembra imporre, a differenza dell’art. 19 della Convenzione di Mérida, un vero e proprio obbligo di incriminazione.

La stessa ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia, infatti, nota che, sebbene l’art. 4, co. 3, Direttiva UE 2017/1371 non prescriva direttamente l’introduzione del reato di abuso d’ufficio, esso nondimeno impone «la criminalizzazione di una serie di condotte appropriate e distrattive che la giurisprudenza di legittimità ha concordemente ricondotto [...] nell’alveo dell’art. 323 cod. pen., oggi abrogato»⁶⁹. E tale obbligo, nonostante l’introduzione dell’art. 314-bis c.p., non sembra integralmente adempiuto, attesi gli stringenti elementi costitutivi che delineano la tipicità della nuova fattispecie incriminatrice, la quale esclude dal perimetro di rilevanza penale le condotte distrattive (non appropriate) aventi ad oggetto beni immobili. Conseguentemente «rispetto a condotte distrattive che abbiano ad oggetto immobili, l’intervenuta abrogazione dell’abuso d’ufficio determinerebbe un inadempimento sopravvenuto all’obbligo di incriminazione sovranazionale, sindacabile in base all’art. 117 Cost»⁷⁰ (purché, ovviamente, la condotta dispieghi un qualche effetto dannoso rispetto agli interessi finanziari dell’Unione Europea).

La questione, che appare dunque dotata di un certo fondamento – o che, quantomeno, non appare manifestamente infondata –, non era stata tuttavia oggetto di rimessione, giacché sarebbe difettato il requisito della rilevanza, attesa l’insormontabile «assenza, nel caso di specie, di elementi da cui inferire che l’asserita distrazione dell’immobile possa essere considerata, in qualche misura, anche solo riflessa, lesiva degli interessi finanziari dell’Unione europea»⁷¹.

Ciò nondimeno, l’esistenza dell’indicata prescrizione di matrice europea – in uno con la sua evidente consistenza di obbligo di incriminazione – dischiude un possibile contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. e impone di riflettere sul secondo aspetto sopra evidenziato.

12/2019, 2749 ss., spec. 2750. Ancora, sulla criteriologia discreta tra appropriazione e distrazione, cfr. A.M. MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. pen.*, 1993, 699 ss., spec. 707 ss. Sia inoltre consentito rinviare a L. CARRARO, *L’abrogazione dell’abuso d’ufficio*, 145 ss., per un approfondimento sulla distinzione tra “distrattive appropriate” e “distrattive non appropriate” funzionale a cogliere gli spazi applicativi del nuovo art. 314-bis c.p. e le relative connessioni con l’abrogato art. 323 c.p. In ordine alla prima pronuncia della Suprema Corte di Cassazione sui rapporti tra art. 314 e art. 314-bis c.p. (ed anche sui rapporti intertemporali tra quest’ultima disposizione e l’art. 323 c.p.) si veda Cass. Pen., Sez. IV, 4 febbraio 2025, n. 4520, con un interessante e chiaro commento di G. CIVELLO, *Indebita destinazione ex art. 314-bis c.p. e peculato: una “sentenza pilota”*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2025, 751 ss.

⁶⁹ Trib. Reggio Emilia, ord. 7.10.2024, cit., 13.

⁷⁰ *Ibidem*, 15.

⁷¹ *Ibidem*.

5.2. Obblighi di incriminazione e principio di legalità: la tensione tra art. 25 Cost. e artt. 11 e 117 Cost.

Le considerazioni sin qui svolte sollevano un interrogativo più profondo – che trascende ogni considerazione di merito sull’abrogazione dell’abuso d’ufficio – in ordine ai rapporti che si instaurano, nell’attuale sistema di fonti multi-livello (anche in materia penale), tra obblighi di incriminazione sovranazionale e principio di legalità, *sub specie* di riserva di legge, di cui all’art. 25, co. 2, Cost. Il tema problematico viene ben evocato ove si rifletta sulla possibile trasformazione del principio di legalità «da limite al potere punitivo in divieto di sua riduzione»⁷².

Ove, infatti, l’esistenza di un obbligo di incriminazione – quale potrebbe essere quello derivante dall’art. 4, par. 3, della Direttiva c.d. PIF nei termini sopra espressi – precludesse al legislatore una scelta di alleggerimento del carico penalistico e permettesse alla Corte Costituzionale di superare la determinazione parlamentare ripristinando l’incriminazione abrogata, sarebbe difficile negare un effetto sostanziale di “nomopoiesi giudiziale”; al contempo, sembra cogliere un punto essenziale chi⁷³ pone in luce come il problema non possa affrontarsi in modo differente sol perché il vincolo di incriminazione, anziché derivare da fonte interna (rispetto alla quale la Consulta ha sempre assunto un chiaro atteggiamento di *self restraint*), derivi da un parametro sovranazionale.

Il problema, allora – che pur non tocca la sentenza *de qua*, ma che potrebbe porsi in un futuro prossimo – rifluisce in ben altro ambito tematico: si tratta infatti di tracciare in maniera nitida i confini dei possibili condizionamenti all’esercizio del potere legislativo in materia penale; e ciò non tanto – o non in via immediata – ad opera della Corte Costituzionale (che, peraltro, pare manifestarsi rispettosa dello spazio discrezionale riservato al legislatore nel merito politico-criminale), bensì nei rapporti con gli strumenti normativi sovranazionali⁷⁴, sovente deficitari rispetto agli standard di garanzia, precisione

⁷² L’efficace espressione è di V. MONGILLO, *La legge Nordio*, cit., 101.

⁷³ *Ibidem*: «Perché la Corte dovrebbe ritenere ammissibile un intervento volto a “riespandere” norme penali abrogate solo in presenza di un parametro interposto di origine internazionale (ai sensi dell’art. 117), e non anche quando è in discussione una disposizione costituzionale interna, come ad esempio l’art. 3? Per quale ragione il vincolo esterno – ad esempio derivante da un trattato europeo – dovrebbe avere un peso maggiore, nello scrutinio di legittimità costituzionale, rispetto a un principio fondamentale interno? Non crediamo che quanto fu deciso dai padri costituenti valga meno di ciò che ci viene propinato – talvolta in modo alluvionale – dai consessi internazionali, spesso distanti, per sensibilità e contesto, dal tessuto storico, istituzionale e giuridico della nostra tradizione repubblicana».

⁷⁴ Si vedano, sul punto, le interessanti riflessioni di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, spec. 112.

e sistematicità che sarebbero imposti da un diritto penale di impronta realmente liberale.

Se, infatti, è certamente condivisibile che «non si deve avallare un eccesso di etero-determinazione sovranazionale della politica criminale nazionale, in contrasto con la sovranità parlamentare (art. 70 Cost.) e con la funzione garantistica del principio di legalità»⁷⁵, il nodo sul quale riflettere è allora quale sia il corretto limite di questa etero-integrazione; cioè, quale sia il corretto punto di equilibrio tra (i) la tutela apprestata dal principio di legalità – nell’attribuire al Parlamento nazionale, quale espressione della sovranità popolare, un’ampia discrezionalità nelle scelte di incriminazione (concretizzando la sussidiarietà penalistica alla luce del contesto culturale, sociale ed economico del Paese) – e (ii) l’esigenza di prendere parte al percorso europeo di graduale crescita e integrazione, anche sotto il profilo penalistico.

La Corte Costituzionale, pur senza affrontare esplicitamente tale tematica, offre tuttavia una prima indicazione⁷⁶: nel rispondere alle censure che adombravano una lesione alla *ratio* democratica della riserva di legge, la sentenza ricorda come la genesi dei vincoli (specie di incriminazione) sovranazionali non derivi completamente *ab externo*, senza alcun coinvolgimento degli Stati parte. Al contrario, viene posto in luce come sussistano meccanismi di partecipazione dei parlamenti nazionali (*a fortiori* in ambito europeo), i quali non solo hanno modo di – ed anzi dovrebbero – ben ponderare l’eventuale adesione al trattato o all’atto normativo sovranazionale comprendente un vincolo di incriminazione, ma potrebbero anche percorrere scelte di depenalizzazione (ispirate ad un ben inteso principio di sussidiarietà), utilizzando gli strumenti all’uopo previsti dal diritto internazionale.

Ciò dovrebbe dunque, a parere della Corte, escludere il rischio di una “espropriazione” dell’esercizio della potestà legislativa in materia penale.

⁷⁵ V. MONGILLO, *La legge Nordio*, cit., 104.

⁷⁶ Cfr. G.L. GATTA, *Abuso d’ufficio: con le mani legate dalla riserva di legge, la Consulta certifica “indubbi vuoti di tutela” e al contempo difende in via di principio l’art. 117, co. 1 Cost. e gli obblighi internazionali di incriminazione*, cit., il quale afferma (§ 5): «In un momento storico di crisi del diritto internazionale, come portato dei sovranismi, emerge dalle citate pagine della sentenza 95 il volto di una Corte che prende sul serio il diritto internazionale pattizio» e aggiunge, poche righe dopo, «la Corte ha il coraggio di ricordare a tutti quel che la temperie attuale può offuscare e che uno studente di Giurisprudenza, nel leggere un manuale di diritto internazionale, sa benissimo: quando si partecipa all’ordinamento internazionale, ci si siede al tavolo con gli altri Stati, si assumono impegni anche nella materia penale, si firmano convenzioni e le si attuano in Parlamento...non si sta scherzando. Un modo di esercitare la riserva di legge in materia penale, per il Parlamento, è anche e proprio quello di assumere obblighi di criminalizzazione concertati con altri Stati. A meno di non voler dire che il diritto internazionale è una barzelletta, uno scherzo».

Non si riesce, tuttavia, a reprimere una certa insoddisfazione dinanzi alla constatazione per cui la possibile reviviscenza di una fattispecie incriminatrice, determinata dall'esigenza di rispettare un vincolo sovranazionale ex art. 117 Cost., finisca per scontrarsi con l'attualità di una scelta parlamentare che intende comprimere l'area di rilevanza penale, estendendo dunque – *a contrario* – lo spazio di libertà del singolo. E tale latente insoddisfazione tende a crescere laddove si consideri la latitudine con la quale dal panorama sovranazionale provengono spinte all'introduzione di "sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive" se non direttamente punitive, orientando verso un (pericoloso e ingovernabile) panpenalismo, molto spesso privo, peraltro, nell'enunciazione dei precetti, di quei requisiti di precisione e determinatezza cui dovrebbe ispirarsi un diritto penale edificato sui canoni di *extrema ratio* e sussidiarietà. Nonostante, infatti, la Corte costituzionale abbia correttamente e chiaramente affermato l'esigenza di tenere ben distinti il piano giuridico-costituzionale da quello dell'opportunità politico-criminale⁷⁷ (non potendo sovrapporre la propria valutazione a quella del legislatore), il tema dei rapporti tra l'art. 25 Cost. e gli artt. 11 e 117 Cost., intrecciato – sul piano dei rapporti tra poteri dello Stato – con i limiti di intervento della Corte costituzionale, rimane ancora una zona di tensione che appare meritevole di ulteriori approfondimenti.

⁷⁷ C. Cost. 3 luglio 2025, n. 95, 42: «In definitiva, questa Corte ritiene di non potere, sulla base dei parametri evocati, sindacare la complessiva efficacia del sistema di prevenzione e contrasto alle condotte abusive dei pubblici agenti risultante dall'abolizione del delitto di abuso d'ufficio, sovrapponendo la propria valutazione a quella del legislatore. Se gli indubbi vuoti di tutela penale che derivano dall'abolizione del reato – emblematicamente illustrati dalle vicende oggetto dei quattordici giudizi *a quibus* – possano ritenersi o meno compensati dai benefici che il legislatore si è ripromesso di ottenere, secondo quanto puntualmente illustrato nei lavori preparatori della riforma, è questione che investe esclusivamente la responsabilità politica del legislatore, non giustiziabile innanzi a questa Corte al metro dei parametri costituzionali e internazionali esaminati».