

## Riflessioni sull'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale della norma che ha abrogato il delitto di abuso d'ufficio

di **Massimiliano Ravenna**

**Sommario.** **1.** Le questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcuni giudici nazionali. - **2.** Le norme penali *in bonam partem* che, secondo la Corte costituzionale, possono essere dichiarate incostituzionali. - **3.** L'assai dubbia ammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. b), L. 9.8.2024, n. 114. Le sentenze della Corte costituzionale n. 8 del 2022 e n. 394 del 2006. - **4.** L'incoerenza sottesa al richiamo agli artt. 11 e 117 Cost. La non pertinenza del rimando a Corte cost. n. 28 del 2010. - **5.** Il principio di sussidiarietà del diritto penale e la conseguente facoltatività di predisporre sanzioni penali. - **6.** L'inesistenza di un vuoto di tutela colmabile da soggetti diversi dal legislatore. - **7.** Effetti dell'eventuale declaratoria di illegittimità dell'art. 1, comma 1, lett. b), L. 9.8.2024, n. 114.

### 1. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcuni giudici nazionali.

Come è noto, l'art. 1, comma 1, lettera b), L. 9.8.2024, n. 114, ha espressamente abrogato l'art. 323 c.p. che reprime(va) il delitto di abuso d'ufficio.

Chi scrive, in accordo con una rilevante parte della dottrina, ritiene che la determinazione del Parlamento non sia per nulla condivisibile<sup>1</sup>. L'abrogazione, infatti, non solo ha prodotto un evidente vuoto di tutela<sup>2</sup>, soprattutto per quel

---

<sup>1</sup> Tra i moltissimi e autorevoli interventi, si ricordano, senza pretesa di esaustività: M. DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. Pen.*, 23 giugno 2023; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in *Sist. Pen.*, 26 settembre 2023; G.L. GATTA, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sist. Pen.*, 5/2023, 165 ss.; C. PAGELLA, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Corte di cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 sentenze*, in *Sist. Pen.*, 6/2023, 229 ss.

<sup>2</sup> Anche se lo stesso legislatore ha cercato di porre rimedio con l'introduzione dell'art. 314 bis c.p., norma dallo spettro applicativo ben più ristretto rispetto alla fattispecie abrogata e la cui efficacia (e applicabilità) è ancora tutta da verificare. Va detto che da *Sist. Pen.*, 24.10.2024, si apprende che il servizio di novità della Suprema corte ha comunicato che Cass. pen., Sez. VI, 23.10.2024 (di cui non si conoscono ancora le motivazioni) ha ritenuto che «il nuovo reato di indebita destinazione di denaro o cose

che concerne il c.d. abuso in danno e la forma omissiva del delitto, ma è stata motivata da premesse erranee e non pertinenti, in contrasto con le ragioni che devono (*rectius*: dovrebbero) guidare il legislatore nella decisione di apprestare o di conservare oppure di eliminare una fattispecie incriminatrice posta a presidio di beni giuridici rilevanti.<sup>3</sup> Ma, naturalmente, il profilo concerne l'opportunità politica dell'espunzione della fattispecie dell'abuso d'ufficio, non anche la sua (conseguenziale) illegittimità costituzionale.

Tema, quest'ultimo, del quale si sono finora occupati, con decisioni di segno discrepante, alcuni giudici investiti della relativa questione (e non è difficile prevedere che altre ne seguiranno). In particolare (senza alcuna pretesa di completezza), hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera b), L. 9.8.2024, n. 114: il Tribunale di Firenze, III Sez. pen., con ordinanze del 24.9.2024 (su richiesta della parte civile)<sup>4</sup> e del 25.10.2024 (su richiesta del P.M.)<sup>5</sup>, stesso Presidente e stesso giudice relatore; il G.U.P. dello stesso circondario con ordinanza del 3.10.2024<sup>6</sup>; il Tribunale di Busto Arsizio con provvedimento datato 21.10.2024 (su richiesta del P.M.)<sup>7</sup>; il G.U.P. di Locri in data 30.9.2024 (sempre su richiesta del P.M.)<sup>8</sup>; il Tribunale di Bolzano con decisione dell'11.11.2014 (su concorde richiesta di P.M. e parte civile)<sup>9</sup>; infine, il Tribunale di Teramo, con ordinanza del 22.11.2024 (d'ufficio)<sup>10</sup> e quello di Catania, in data 26.11.2024 (dopo istanza del P.M.)<sup>11</sup>. Hanno, invece, respinto la questione il Tribunale di Reggio Emilia (richiesta del P.M.) e la I Sez. Pen. della Corte di Appello di Cagliari (richiesta del P.G.) con ordinanze rispettivamente del

---

*mobili di cui all'art. 314-bis cod. pen. sanziona le condotte distrattive che la giurisprudenza di legittimità riferiva all'abrogata fattispecie di abuso di ufficio».*

<sup>3</sup> Sia consentito rinviare a M. RAVENNA, *L'omicidio (tentato?) del delitto di abuso d'ufficio*, in *PDP*, 1/2024, 73 ss.

<sup>4</sup> Reperibile in *Sist. Pen.*, 25.9.2024. L'ordinanza è stata commentata da 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 *Sist. Pen.*, 9/2024, 71 ss.

<sup>5</sup> In *Sist. Pen.*, 28.10.2024.

<sup>6</sup> In *Sist. Pen.*, 5.10.2024 con nota di G.L. GATTA. Va detto che dall'estratto dell'ordinanza non è dato capire se la questione sia stata sollevata d'ufficio (ex art. 23 L. 11.3.1953, n. 87) o su richiesta di una delle parti.

<sup>7</sup> In *Sist. Pen.*, 25.10.2024.

<sup>8</sup> In *Sist. Pen.*, 14.10.2024, con nota di G.L. GATTA. In questo caso va rilevato che il P.M. chiese, in alternativa, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, richiesta non accolta dal giudice in quanto "non è una questione dirimente ai fini del giudizio di merito".

<sup>9</sup> In *Sist. Pen.*, 13.11.2024.

<sup>10</sup> In *Giur. pen. web*, 2.12.2024.

<sup>11</sup> In *Giur. pen. web*, 2.12.2024.

7.10.2024<sup>12</sup> e del 24.10.2024<sup>13</sup>.

Va subito anticipato che il principale problema che si pone concerne i poteri della Corte costituzionale in relazione a decisioni di illegittimità che comportino effetti *in malam partem* in materia penale. Detto in altri termini, la *disputa* ha ad oggetto l'ammissibilità di una dichiarazione di incostituzionalità di una legge che ha abrogato (in parte o del tutto) una norma penale incriminatrice, dichiarazione che, avendo quale necessaria conseguenza la reviviscenza della medesima norma penale, sembrerebbe porsi, almeno a prima vista, in contrasto col principio di riserva di legge stabilito dall'art. 25 Cost. ("*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge [...]*").

Le argomentazioni (assai simili tra loro) esposte dai giudici che hanno sollevato la questione, ritenendola ammissibile (e rilevante)<sup>14</sup>, possono essere così compendiate:

- a) pur riconoscendosi la differenza tra *norme penali di favore* – quelle attraverso le quali il legislatore prevede per determinati casi una eccezione (*più benevola*) alla regola generale e la cui dichiarazione di illegittimità costituzionale non incide sulla riserva assoluta di legge riconosciutagli in ambito penale (v. *infra*) – e *norme penali favorevoli* – quelle che, invece, sopprimono *tout court*, parzialmente o totalmente, la rilevanza penale di un fatto – anche per queste ultime potrebbe decretarsi, in casi limitati, l'illegittimità costituzionale, con conseguente deroga alla preclusione dell'art. 25 Cost.;
- b) ciò sarebbe ricavabile essenzialmente da alcuni passaggi argomentativi espressi da Corte cost. n. 37/2019, da Corte cost. n. 40/2019 e da Corte cost. n. 28/2010, che ammetterebbero l'intervento *in malam partem* della Corte costituzionale (anche) laddove la norma scrutinata si ponesse in antitesi con gli artt. 11 o 117, comma 1, Cost.;
- c) in ogni caso, pur spettando al Giudice delle leggi "*valutare la fondatezza o meno delle questioni di legittimità*"<sup>15</sup>, il giudice comune è obbligato a chiederne l'intervento ogni volta che ravvisi la non manifesta infondatezza della questione (oltre che la rilevanza nel giudizio in corso);
- d) l'abrogazione del delitto di abuso d'ufficio violerebbe l'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31.10.2003<sup>16</sup> (c.d. Convenzione di Merida, ratificata in Italia con L. 3.8.2009, n. 116), che prevede proprio il delitto di abuso d'ufficio, con una formulazione non

<sup>12</sup> In *Sist. Pen.*, 7.10.2024, con nota di G.L. GATTA.

<sup>13</sup> Inedita.

<sup>14</sup> La rilevanza della questione in ogni singolo processo in corso è naturalmente argomento di merito la cui valutazione spetta al singolo giudice ordinario ed è sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale.

<sup>15</sup> Così, Trib. Firenze, III Sez. pen., ordinanza del 24.9.2024.

<sup>16</sup> Con risoluzione n. 58/4, sottoscritta dallo Stato italiano in data 9.12.2003.

- dissimile (ma nemmeno identica)<sup>17</sup> al tenore dell'art. 323 c.p.;
- e) la stessa Convenzione di Merida, pur prevedendo una formula - "*Each State Party shall consider adopting*" - che impone allo Stato contraente (solo) di *valutare* se adottare nel proprio ordinamento una norma penale di tal fatta, obbligherebbe (secondo un'esegesi confacente al diritto internazionale) invece quegli Stati, come l'Italia, nei quali essa già esiste, a mantenerla, *id est* a non abrogarla (c.d. *divieto di regresso*)<sup>18</sup>;
  - f) stante la sua natura di vero e proprio trattato internazionale, la violazione della suddetta Convenzione si porrebbe in contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., i quali impongono al nostro Stato il rispetto dei vincoli derivanti dagli impegni internazionali;
  - g) oltre a queste ultime norme, l'abrogazione in commento violerebbe pure gli artt. 3, 24 e 97 Cost.;
  - h) non osterebbe alla tesi propugnata dai sostenitori dell'*ammissibilità* la precedente Corte cost. n. 8/2022 (di cui tutti i giudici remittenti si dichiarano espressamente a conoscenza), in quanto il quadro normativo sarebbe oggi mutato rispetto a quello in essere al momento della decisione della Corte (oltre all'abrogazione dell'art. 323 c.p. è stato ridimensionato l'art. 346 c.p.). In sostanza, se mal non si è inteso, sarebbe proprio la L. 9.8.2024, n. 114 - cioè quella di cui, in parte, si censura l'incostituzionalità - che avrebbe modificato il quadro normativo;
  - i) in ogni caso, il potere legislativo non è affatto illimitato ma deve rispettare i principi costituzionali e quelli che trovano la loro fonte nel diritto

---

<sup>17</sup> Art. 19 (Abuso d'ufficio). "*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*".

<sup>18</sup> A tal uopo si fa riferimento anche all'art. 7, comma 4, della medesima Convenzione: "*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*". Secondo Trib. Firenze, III Sez. pen., ordinanza del 24.9.2024, lo Stato che "*come l'Italia, abbia già introdotto la fattispecie prima dell'adesione alla Convenzione di Merida e che ha, dunque, già positivamente valutato la conformità della fattispecie rispetto al proprio diritto interno - dovendo mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse (art. 7, comma 4, Convenzione di Merida) - per adeguarsi all'obbligo internazionale di cui all'art. 19, sarà tenuto a non abrogare la fattispecie già vigente, vieppiù senza la contestuale adozione di alcuna misura preventiva e/o repressiva-sanzionatoria caratterizzata da concreta ed effettiva dissuasività*".

sovranaazionale<sup>19</sup>;

- j) non è, infine, possibile una interpretazione conforme alle disposizioni della Costituzione asseritamente violate e alle norme interposte (profilo, questo, che pare indiscutibile).

Quanto ai giudici che hanno, al contrario, respinto la richiesta presentata da una delle parti, il Tribunale di Reggio Emilia ha sostenuto il "*divieto di sindacato costituzionale avente effetti sfavorevoli per l'imputato*" ma solo con riferimento agli artt. 3, 24 e 97 Cost., considerando, invece, che in rapporto all'art. 117 Cost. la questione fosse "*astrattamente ammissibile (...) trattandosi di uno dei casi espressamente eccettuati dal divieto di sindacato in malam partem in materia penale*". Tuttavia, quest'ultima è stata reputata manifestamente infondata in quanto l'art. 19 della Convenzione di Merida non comporterebbe alcun obbligo di criminalizzazione di fatti rientranti nel paradigma dell'abuso d'ufficio ma solo l'impegno a valutarne la possibilità (una sorta di *moral suasion*). Così come non sussisterebbe alcun *divieto di regresso*, il quale presupporrebbe l'obbligatorietà, a monte, della predisposizione di una norma castigante l'abuso d'ufficio. Per quel che concerne la Direttiva UE 2017/1371, anch'essa invocata dal P.M. quale disposizione internazionale trasgredita dall'art. 1, comma 1, lett. b), L. 9.8.2024, n. 114, il giudice emiliano si mostra ben più possibilista, ritenendo la relativa questione solo in parte infondata: da un lato, sottolinea che la Direttiva *de qua*, differentemente dalla Convenzione di Merida, impone al nostro Stato di assegnare rilevanza penale anche ai fatti di abuso d'ufficio; dall'altro, ricorda che l'obbligo è stato adempiuto, ma per i soli beni mobili, attraverso l'introduzione del nuovo art. 314 *bis* c.p. Orbene, posto che il fatto sottoposto al suo giudizio concerneva sì la distrazione di un bene immobile che, però, non era lesiva di interessi finanziari dell'Unione europea - condizione indispensabile affinché possa considerarsi cogente la Direttiva UE 2017/1371 - la questione era considerata (appunto nel processo in corso) irrilevante.

Più sintetica la Corte cagliaritano, la quale ha affermato che: in relazione agli artt. 3 e 97 Cost. vi era la preclusione della stessa giurisprudenza costituzionale che escludeva l'ammissibilità di pronunce *in malam partem*; per quanto concerne gli artt. 11 e 117 Cost. la Convenzione di Merida non obbliga gli Stati firmatari né a forgiare il reato di abuso d'ufficio né a mantenerlo (ove già esistente)<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> G.U.P. Firenze, ordinanza 3.10.2024: "*Deriva, da quanto costantemente affermato dalla Corte Costituzionale, che il potere legislativo non sia affatto illimitato, dovendo rispettare anch'esso dei principi superiori che trovano nella Costituzione e nel diritto sovranazionale il loro fondamento e la loro salvaguardia. Nel caso in esame, come si cercherà di dimostrare, si rientra proprio in uno dei casi di esercizio irragionevole del potere legislativo e di violazione del diritto sovranazionale, quindi di scorretto esercizio di tale potere da parte del Parlamento*".

<sup>20</sup> "(...) l'art. 9 della Convenzione, il quale obbliga gli Stati aderenti a mantenere in vigore le norme in materia di trasparenza dell'azione amministrativa, non si riferisce,

Delle diverse e variegate ragioni proposte dalle ordinanze che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale, il presente contributo proverà ad analizzare (quasi) esclusivamente quella, per così dire, propedeutica, afferente all'ammissibilità di una declaratoria di illegittimità di una norma abrogativa di una fattispecie incriminatrice. Ciò in quanto, come già anticipato, la reviviscenza di quest'ultima, generata, inevitabilmente, dalla invalidazione della prima, pare collidere con l'art. 25 Cost. che riserva esclusivamente al legislatore, nella sua qualità di "*interprete della coscienza sociale*"<sup>21</sup>, la produzione di leggi penali. Nel caso che ci occupa, l'effetto della declaratoria di illegittimità della norma che abroga l'art. 323 c.p. sarebbe ovviamente quello di far rivivere lo stesso art. 323 c.p. I fautori della plausibilità di una tale eventualità affermano, come visto, che vi siano delle ipotesi (di matrice derogatoria) nelle quali la Corte costituzionale può eliminare dall'ordinamento norme penali *in bonam partem*. Si può fin d'ora anticipare che l'assunto è, in astratto, sicuramente condivisibile, ma che il problema riguarda l'ampiezza di questa facoltà<sup>22</sup>, ossia: fino a che punto il Giudice delle leggi può intervenire sul tessuto normativo penalistico senza violare la riserva di legge statale di cui all'art. 25 Cost.

## **2. Le norme penali *in bonam partem* che, secondo la Corte costituzionale, possono essere dichiarate incostituzionali.**

Si può affermare che la giurisprudenza costituzionale ha individuato alcune norme di matrice penale e *vantaggiose* per il reo, la cui dichiarazione di incostituzionalità non viola il principio di riserva di legge, nonostante l'inevitabile riespansione di fattispecie incriminatrici che essa può comportare. Innanzitutto, è necessario distinguere tra le questioni che investono il procedimento di produzione delle norme da quelle inerenti a ciò che le norme dispongono (ovverosia, il loro contenuto sostanziale).

Le prime ipotesi sono certamente sindacabili anche quando concernano leggi che hanno abrogato fattispecie penali.

Si pensi:

- 1) ai decreti legislativi che disciplinino casi non previsti dal legislatore

---

*evidentemente, alla repressione delle condotte illecite dei pubblici funzionari, ma al rapporto tra l'azione della pubblica amministrazione e i cittadini (assunzione dei dipendenti mediante concorso, diritto d'accesso agli atti, pubblicità delle gare d'appalto e via di seguito". Per la precisione, va detto che la Procura generale sarda aveva anche rilevato il contrasto con l'art. 24 Cost. in rapporto alle parti civili già vittoriose in primo grado e costrette a riproporre dall'inizio l'azione in sede civile, profilo però ritenuto non rilevante dalla Corte di Appello per l'assenza, nel caso di specie, di alcuna parte civile.*

<sup>21</sup> Così, Corte cost. 8.11.2006 (dep. 23.11.2006), n. 394.

<sup>22</sup> Per le dichiarazioni di incostituzionalità delle c.d. leggi *ad personam*, v. la relativa analisi su A. MANNA, A. SERENI, *Diritto penale, parte generale, Teoria e prassi*, Milano, 2024, 115 s.

delegante<sup>23</sup> (c.d. *eccesso di delega*);

2) all'introduzione di norme penali da parte delle Regioni;

3) a decreti legge convertiti inserendo norme c.d. *intruse* ("*prive cioè di ogni collegamento logico-giuridico con il testo originario del decreto-legge convertito*"<sup>24</sup>);

4) a decreti legge carenti delle ragioni di straordinaria necessità e urgenza.

A queste eventualità può aggiungersi l'effetto peggiorativo discendente dalla mera conseguenza indiretta di interventi della Corte in materia processuale<sup>25</sup>.

In quasi tutte queste ipotesi, come evidenziato, tra le altre, anche da Corte cost. 15.1.2014 (dep. 23.1.2014), n. 5 (*chiamata in causa* dai patrocinatori della rimessione della questione alla Corte costituzionale), la violazione attiene proprio all'art. 25 Cost. (nella declinazione relativa alla riserva di legge), perché il potere del legislatore in ambito penale viene, ad esempio, usurpato dal Governo o dalle Regioni. In sostanza, si tende proprio a ripristinare l'art. 25 Cost.<sup>26</sup> violato da interventi *extra ordinem*. Oppure, come nel caso di cui al punto 3), si censura lo stesso Parlamento per la trasgressione dell'art. 77 Cost. che disciplina i principi in tema di conversione dei decreti legge<sup>27</sup>.

Ciò che rileva è che in tutti questi casi la riserva assoluta in materia penale non è mai messa in discussione o è, addirittura, specificatamente salvaguardata.

Altra natura hanno le questioni che, non attenendo al processo di formazione delle norme, sono finalizzate a censurarne il merito, cioè il loro contenuto. In questo caso il *muro* dell'art. 25 Cost. appare, in linea di principio, insuperabile, anche se occorre fare dei distinguo.

Una cosa sono le norme penali che vengono chiamate *di favore*, le quali

---

<sup>23</sup> Cfr. Corte cost. 9.3.2022 (dep. 22.4.2022), n. 105

<sup>24</sup> Corte cost. 24.11.2021 (dep. 18.1.2022), n. 8.

<sup>25</sup> A detta di Corte cost., 7.11.2018 (dep. 14.12.2018), n. 236, "(...) *l'effetto in malam partem (...) deve ritenersi ammissibile allorché si configuri come una mera conseguenza indiretta della reductio ad legitimitatem di una norma processuale*".

<sup>26</sup> Correttamente C. CUPELLI, *La riserva di legge in materia penale e gli effetti in malam partem delle pronunce del giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, fasc. 3, 2022, 1736, evidenzia che in questi casi "*l'effetto in malam partem che inevitabilmente ne deriva si pone così non in contrasto con la riserva [di legge] stessa, quanto piuttosto a sua salvaguardia*".

<sup>27</sup> Secondo Corte cost. 11/12.2014 (dep. 25.2.2014), n. 32: "*Nella misura in cui le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere*". Tale decisione è stata richiamata in alcune delle ordinanze remittenti di cui sopra, anche se non proprio a proposito. Infatti, la questione sollevata fu (allora) ritenuta "*fondata in riferimento all'art. 77, secondo comma, Cost. per difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte nella legge di conversione*".

sanciscono, per particolari soggetti o classi di fatti, un regime penalistico più *indulgente* di quello derivante dall'applicazione di norme generali o comuni coeve. Si può pensare, a mero titolo esemplificativo, alle cause personali di non punibilità, alle cause di estinzione del reato, alle cause di esclusione della colpevolezza, ecc., la cui eventuale dichiarazione di incostituzionalità, pur comportando un effetto *in malam partem*, non intacca l'esclusività del potere riconosciuto al legislatore, considerato che la norma generale - che si riespande in virtù della cancellazione della deroga rappresentata dalla *norma penale di favore* - è stata comunque forgiata e introdotta dallo stesso legislatore. Come affermato da Corte cost. 8.11.2006 (dep. 23.11.2006), n. 394: "(...) *il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo (sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: 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*".

Altra cosa sono le (talvolta definite) *norme penali favorevoli*, quelle cioè che aboliscono, in tutto o in parte, fattispecie incriminatrici (proprio come nella vicenda in commento). In questa ipotesi, la dichiarazione di incostituzionalità comporterebbe la *riedificazione* di una norma abrogata che il legislatore, titolare esclusivo del potere di legiferare nel campo del diritto penale, ha ritenuto (condivisibilmente o meno non rileva) non più necessaria. È pertanto chiara la tensione con i valori fondamentali espressi dalla Carta che un simile accadimento può comportare: la Corte costituzionale non può *sostituirsi* al Parlamento nella scelta di quali fatti criminalizzare (o decriminalizzare), pena la violazione della riserva di legge assoluta di cui all'art. 25 Cost.

### **3. L'assai dubbia ammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. b), L. 9.8.2024, n. 114. Le sentenze della Corte costituzionale n. 8 del 2022 e n. 394 del 2006.**

Come già detto, i giudici nazionali che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale *de qua*, allo scopo di supportare l'affermata ammissibilità della questione stessa, sostengono che tra i casi in cui sarebbe possibile l'intervento demolitore della Corte costituzionale ci sarebbe anche quello in cui la norma

favorevole – nella vicenda in oggetto, si badi, una legge abrogativa *tout court* - si ponga in insanabile contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui queste disposizioni impongono una limitazione alla sovranità nazionale in tema di legiferazione, consentendo l'introduzione nel nostro ordinamento di regole sovranazionali<sup>28</sup>.

A tal fine richiamano sostanzialmente due precedenti decisioni della stessa Corte: le numero 37 e 40 del 2019.

Invero, non pare che da esse possano ricavarsi – soprattutto se lette alla luce della ferma e costante giurisprudenza costituzionale - le sopra indicate conseguenze.

La sentenza n. 37 del 23.1.2019 (dep. 6.3.2019) – che doveva stabilire l'illegittimità costituzionale o meno del D.Lgs. 15.1.2016, n. 7, nella parte in cui aveva abrogato l'art. 594 c.p. (ingiuria) – ha in particolare affermato che *“un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti in malam partem può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 28 del 2010; nonché sentenza n. 32 del 2014, ove l'effetto di ripristino della vigenza delle disposizioni penali illegittimamente sostituite in sede di conversione di un decreto-legge, con effetti in parte peggiorativi rispetto alla disciplina dichiarata illegittima, fu motivato anche con riferimento alla necessità di non lasciare impunte «alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.»”*.

Per inciso, questa decisione ha rigettato la richiesta di dichiarare l'illegittimità della legge che ha depenalizzato il fatto di ingiuria, ritenendo non sindacabile costituzionalmente la scelta del legislatore.

La decisione della Corte costituzionale n. 40 del 23.1.2019 (dep. 8.3.2019) - che ha statuito l'illegittimità dell'art. 73, comma 1, D.P.R. 9.10.1990, n. 309, nella parte in cui prevedeva il minimo della reclusione in otto anni anziché in sei, ha asserito: *“la giurisprudenza di questa Corte, ribadita anche recentemente (sentenze n. 236 del 2018 e n. 143 del 2018), ammette in particolari situazioni interventi con possibili effetti in malam partem in materia penale (sentenze n. 32 e n. 5 del 2014, n. 28 del 2010, n. 394 del 2006), restando semmai da verificare l'ampiezza e i limiti dell'ammissibilità di tali interventi nei singoli casi. Certamente il principio della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. rimette al legislatore «la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare» (sentenza n. 5 del 2014), ma non esclude che questa Corte possa assumere decisioni il cui effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti, ma dalla semplice rimozione di disposizioni*

---

<sup>28</sup> Non ha importanza in questa sede discettare del mezzo tramite il quale queste ultime abbiano ingresso.

*costituzionalmente illegittime. In tal caso, l'effetto in malam partem è ammissibile in quanto esso è una mera conseguenza indiretta della reductio ad legitimitatem di una norma costituzionalmente illegittima, la cui caducazione determina l'automatica riespansione di altra norma dettata dallo stesso legislatore (sentenza n. 236 del 2018)".*

Ora, ad una prima lettura si potrebbe pensare che i citati passaggi delle due sentenze (a dire il vero, più il primo che il secondo) suffraghino la tesi dell'ammissibilità della questione di legittimità se posta in relazione agli artt. 11 e 117 Cost. ma, in realtà, si tratta di mere e astratte petizioni di principio che non erano nemmeno oggetto delle decisioni *de quibus*.

E, soprattutto, tale interpretazione contrasta irrimediabilmente con l'univoca giurisprudenza costituzionale, ribadita dalla più recente e anche ben più pertinente Corte cost. 24.11.2021 (dep. 18.1.2022), n. 8, la quale ha affrontato una questione pressoché identica (almeno ai fini che ci occupano), essendo stata chiamata a statuire la paventata illegittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del D.L. 16.7.2020, n. 76 convertito, con modificazioni, nella L. 11.9.2020, n. 120, che aveva abrogato, ma solo parzialmente, l'art. 323 c.p.

Basterà richiamarne alcune scansioni argomentative per trovare conferma dell'assunto. Nel rigettare la richiesta declaratoria di illegittimità e nell'affrontare l'argomento del ripristino di una fattispecie penale abrogata, la Corte afferma che il divieto di adottare pronunce con effetti *in malam partem* è in generale preclusa (pur specificando, al riguardo, che è necessario distinguere tra le questioni che investono il procedimento di produzione delle norme da quello che le norme dispongono, cioè il loro contenuto sostanziale).

A tal proposito, il passaggio fondamentale appare il seguente: "(...) *per norme penali di favore debbono intendersi quelle che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento. L'effetto in malam partem conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tali norme non vulnera la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, rappresentando una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria. La qualificazione come norma penale di favore non può essere fatta, di contro, discendere, come nel caso di specie, dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale. In tal caso, la richiesta di sindacato in malam partem non mira a far riespandere una norma tuttora presente nell'ordinamento, ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa alla Corte (sulla inammissibilità delle questioni volte a conseguire il ripristino di norme incriminatrici abrogate o di discipline penali sfavorevoli, ex plurimis, sentenze n. 37 del 2019, n. 57 del 2009 e n. 324 del 2008; ordinanze n. 282 del 2019, n. 413 del 2008 e n. 175 del 2001) (...)"*. A queste così chiare parole rimane assai poco

da aggiungere, se non che appare francamente improbabile che nel giro di pochi anni la Corte costituzionale rinneghi completamente sé stessa, capovolgendo una decisione caratterizzata da argomentazioni così nette e perspicue<sup>29</sup>.

Il Giudice delle leggi non sembra pertanto poter dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge che ha abolito una fattispecie penale incriminatrice poiché, altrimenti, violerebbe il principio di riserva di legge in materia penale, disciplinato dall'art. 25 Cost. e coesistente a tutti gli ordinamenti democratici. È, infatti, evidente che l'annullamento di una legge che abroga una norma incriminatrice, comporterebbe la reviviscenza dell'art. 323 c.p., in palese contrasto col principio costituzionale di riserva di legge che circoscrive al solo legislatore nazionale la potestà legislativa in materia penale.

Si tratta di una tesi che appare fatta propria dallo stesso organo di garanzia costituzionale.

Per fare un ulteriore esempio, la già ricordata Corte cost. 8.11.2006 (dep. 23.11.2006), n. 394 (tra l'altro rammentata in pressoché tutte le ordinanze di rimessione), dichiara: *"Con riguardo ai criteri di identificazione delle norme penali di favore, questa Corte ha già avuto modo di sottolineare come occorra distinguere fra le previsioni normative che "delimitano" l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle che invece "sottraggono" una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva. Solo a queste ultime si attaglia, in effetti - ove l'anzidetta sottrazione si risolve nella configurazione di un trattamento privilegiato - la qualificazione di norme penali di favore; non invece alle prime, le quali si traducono in dati normativi espressivi di «una valutazione legislativa in termini di "meritevolezza" ovvero di "bisogno" di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale»: scelta cui la Corte non potrebbe sovrapporre - «senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore» - «una diversa strategia di criminalizzazione volta ad ampliare», tramite ablazione degli elementi stessi, «l'area di operatività della sanzione» (sentenza n. 161 del 2004)"*<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Anche perché la questione sottoposta al Giudice delle leggi nel 2021/2022 aveva, come visto, una portata meno estesa di quella sollevata ultimamente da alcuni giudici ordinari, riguardando solo un'abolizione parziale (quella operata nel 2020) e non totale dell'art. 323 c.p.

<sup>30</sup> Per concludere: *"la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva. In tal caso, difatti, la richiesta di sindacato in malam partem mirerebbe non già a far riesperire la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare*

Tirando le fila di quanto detto e a costo di ripetersi, la Corte costituzionale, al di là del profilo nominalistico (si suole parlare, non sempre con chiarezza sul piano della sinonimia, di *norme di favore*, *norme favorevoli*, *norme penali* in bonam partem, *lex mitior*, ecc.), ha perfettamente chiarito quali sono le leggi penali *migliorative* (per il soggetto attivo) che possono essere dichiarate incostituzionali senza incorrere nella violazione dell'art. 25 Cost.

*In primis*, le disposizioni che limitano la punibilità di alcune fattispecie in relazione ad una classe di fatti determinati<sup>31</sup>, le quali possono essere dichiarate illegittime senza con ciò contravvenire al criterio di formazione delle leggi penali di cui all'art. 25 Cost.; in tali casi, infatti, la Corte si limita ad espungere una norma derogatoria (quella appunto *vantaggiosa*), lasciando inalterata la fattispecie base stabilita dal legislatore (*id est*: la regola ordinaria). La cancellazione di una norma eccezionale (in quanto fa eccezione alla regola generale), la quale sottrae dall'alveo di un precetto penale alcune ipotesi, non incide sullo stesso precetto forgiato dal legislatore nazionale, ma rimuove semplicemente l'eccezione che ne riduce(va) parzialmente l'efficacia.

Altrettanto ammissibile, come già segnalato, è anche la cancellazione di quelle norme di favore prodotte tramite un procedimento violativo proprio dell'art. 25 Cost. (si pensi ad una causa di non punibilità introdotta da una legge regionale). Ben diversa questione è, invece, la dichiarazione di illegittimità di una legge che sopprime, in tutto o in parte, una fattispecie incriminatrice, perché, in questo caso, si riesumerebbe la rilevanza penale di un fatto che il legislatore ha ritenuto non più necessario sottoporre a sanzione penale. Scelta quest'ultima criticabile ma, secondo l'opinione di chi scrive, insindacabile e salvaguardata dall'art. 25 Cost.

#### **4. L'incoerenza sottesa al richiamo agli artt. 11 e 117 Cost. La non pertinenza del rimando a Corte cost. n. 28 del 2010.**

È pur vero che la sentenza n. 8/2022 aveva esaminato quali criteri di (eventuale) illegittimità costituzionale solo gli artt. 3, 77 e 97 Cost. - e non gli artt. 11 e 117 Cost. - ma le sue argomentazioni in tema di (in)ammissibilità sono chiaramente estensibili a qualsivoglia altra disposizione costituzionale contrastante con l'art. 25 Cost.; tanto è vero che, per quel che concerne il denunciato vizio inerente al procedimento di produzione della legge (art. 77 Cost.), la Corte ha ritenuto la questione ammissibile ma infondata, mentre, in relazione ai principi di natura sostanziale (cioè attinenti al contenuto della legge), ne ha decretato

---

*la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte (sentenze n. 330 del 1996 e n. 108 del 1981; ordinanza n. 175 del 2001)".*

<sup>31</sup> Cause personali di non punibilità, cause di esclusione della colpevolezza, cause di estinzione del reato, ecc.

l'inammissibilità.

Per questo motivo, la tesi di cui qui si dubita appare lievemente incoerente. Infatti, non si capisce per quale motivo – e sul punto si registra, nelle varie ordinanze che si è potuto leggere, un assoluto ma indicativo silenzio – il parametro degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. dovrebbe avere una portata significativamente diversa rispetto alle altre norme costituzionali<sup>32</sup>.

Si intende dire che, se si ritiene che, in taluni casi, anche il contenuto delle norme che abrogano una fattispecie incriminatrice possa essere sindacato dalla Corte costituzionale e, per l'effetto, sovvertire il regime di formazione delle leggi penali imposto dall'art. 25 Cost. (ovvero, la riserva di legge), non si vede perché ciò dovrebbe valere solo per le norme costituzionali che introducono obblighi di matrice internazionale (appunto, i richiamati artt. 11 e 117 Cost.) e non per le altre disposizioni (ad esempio, l'art. 2 o l'art. 3 o altra norma della Costituzione). Come se le prime avessero un valore superiore alle altre e, segnatamente, all'art. 25 Cost. Ma così non è e, anzi, quest'ultima disposizione rimane tra quelle inderogabili anche in caso di conflitto con altri principi costituzionalmente significativi<sup>33</sup>.

Insomma, si tratta, in sostanza, di una differenziazione tra norme costituzionali priva di alcun chiaro fondamento logico e giuridico<sup>34</sup>.

Per evitare possibili fraintendimenti, è bene soggiungere che non è in

---

<sup>32</sup> 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 *Sist. pen.*, 7-8/2024, 191, sul presupposto che il nuovo art. 314 bis c.p. abbia salvato una parte dei fatti distrattivi rientranti nell'alveo dell'art. 323 c.p. dall'*abolitio criminis*, ma non quelli inerenti a beni immobili quando concernono interessi finanziari dell'UE, in relazione a questi ultimi e alla Direttiva n. 2017/1371, sostiene che "La questione potrebbe essere sollevata, a noi pare, non già rispetto all'art. 314 bis (inapplicabile) ma rispetto alla norma che, abrogando l'art. 323 c.p. e il relativo riferimento nell'art. 322 bis c.p., ha comportato la sopravvenuta mancata attuazione dell'obbligo di incriminazione. Quanto alla rilevanza della questione, è l'applicazione di quella norma abrogatrice che comporta l'*abolitio criminis*, in violazione di un obbligo di incriminazione. In punto di ammissibilità, poi, va segnalato che la giurisprudenza della Consulta (v., tra le altre, Corte cost. n. 37 del 2019) ha individuato tra le eccezioni al divieto di sindacato delle norme penali con effetti in malam partem proprio "la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost."."

<sup>33</sup> G.L. GATTA, *Abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., reputa, invece, che la questione sia proponibile "a fronte della enormità della scelta politica di non punire, in uno Stato liberale, chi abusa del potere pubblico, finanche per danneggiare un cittadino".

<sup>34</sup> Pur rimanendo nel solco dell'inammissibilità della dichiarazione di illegittimità di una legge abrogatrice di una fattispecie penale, M. SCOLETTA, *Reviviscenza di fattispecie penale illegittimamente abrogata? Il caso del reato di "associazioni di carattere militare per scopi politici" al cospetto della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. con.* 6.5.2011, si domanda se non esistano obblighi di matrice costituzionale, indiretti o impliciti, di tutela penale (in particolare, si analizza il comma 2 dell'art. 18 Cost.).

discussione il cogente e sovraordinato valore gerarchico, nel nostro ordinamento, delle norme internazionali, quali *norme interposte*, rispetto alle leggi ordinarie; l'esigenza è soltanto quella di riaffermare la priorità della riserva di legge in ambito penale.

Coloro i quali sostengono l'ammissibilità della questione in relazione agli artt. 11 e 117 Cost. citano (tra questi anche il Tribunale di Reggio Emilia nell'ordinanza prima ricordata del 7.10.2024, che pure ha respinto la relativa istanza), quale (unico) precedente che confermerebbe il loro assunto, la decisione della Corte cost. del 25.1.2010 (dep. 28.1.2010), n. 28.

Il riferimento non appare pertinente alla questione che ci occupa.

In quella vicenda, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma non penale (art. 183, comma 1, lett. n, D.Lgs. 3.4.2006, n. 152) - peraltro rimasta in vita per breve tempo<sup>35</sup> - che escludeva dalla nozione di rifiuto, in contrasto con disposizioni sovranazionali, le ceneri di pirite (considerate allora "*sottoprodotti*").

Dunque, la decisione n. 28/2010 non ha affatto comportato la reviviscenza di una fattispecie penale abrogata (come, invece, richiedono i giudici remittenti) ma ha, semmai, (ri)esteso il perimetro semantico di una norma extrapenale (l'art. 183 D.Lgs. 3.4.2006, n. 152 è una norma meramente definitoria) in modo tale da cancellare alcune restrizioni al campo di applicazione di una fattispecie incriminatrice, con un fenomeno del tutto analogo (anche se non identico) alla declaratoria di incostituzionalità di una c.d. *norma di favore* (sulla quale v. *supra*). Si tratta, in altri termini, dell'ampliamento, peraltro di minima portata, delle ipotesi rifluenti nella nozione di "*rifiuto*", elemento normativo richiamato dalla fattispecie penale (art. 256 D.Lgs. 3.4.2006, n. 152), la quale, in sé, non è stata nemmeno sfiorata dalla questione di legittimità costituzionale. Per questo appare un fuor d'opera rievocare Corte cost. 25.1.2010 (dep. 28.1.2010), n. 28, a proposito dell'argomento che ci occupa.

La teoria che qui si propone trova d'altronde conferma in diversi passaggi dello stesso provvedimento, tanto è vero che il tema dell'art. 25 Cost. viene proposto con riferimento non al principio della riserva di legge bensì a quello di irretroattività delle norme penali sfavorevoli<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Fino all'entrata in vigore del D.Lgs. 16.1.2008, n. 4.

<sup>36</sup> Il seguente passo è sul punto emblematico: "*Questa Corte ha già chiarito, tuttavia, che la retroattività della legge più favorevole non esclude l'assoggettamento di tutte le norme giuridiche di rango primario allo scrutinio di legittimità costituzionale: «Altro [...] è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile» (sentenza n. 148 del 1983 e sul punto, sostanzialmente nello stesso senso, sentenza n. 394 del 2006). (...) l'eventuale accoglimento delle questioni relative a norme più favorevoli «verrebbe ad incidere sulle*

Ricapitolando: la sentenza del Giudice delle leggi n. 28/2010 non legittima affatto una questione di legittimità costituzionale fondata sugli artt. 11 e 117 Cost. e tendente a dichiarare l'incostituzionalità di una norma che abroga un reato.

Alle stesse conclusioni deve pervenirsi anche in relazione ad un'altra decisione talvolta accostata a quella appena rievocata. Si tratta di Corte cost. 11/12.22014 (dep. 25.2.2014), n. 32, il cui richiamo, contenuto in alcune ordinanze remittenti, non pare cogliere nel segno. Infatti, la questione (allora) sollevata fu ritenuta *"fondata in riferimento all'art. 77, secondo comma, Cost. per difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte nella legge di conversione"*. Nulla a che vedere, pertanto, col tema che ci occupa.

Insomma, per quanto possano sussistere opinioni variegate, *"nell'ordinamento italiano, la mancata introduzione di una tutela penale pur obbligatoria, non potrebbe essere fatta valere dinanzi alla Corte costituzionale, non avendo la Corte il potere di introdurre nuove figure di reato"*. Gli unici *"effetti in malam partem (sul piano della legittimità costituzionale) di obblighi di fonte europea sono possibili nei limiti additati dalla giurisprudenza della corte costituzionale: sindacato su cause di non punibilità (...) e su norme penali di favore (...)"*<sup>37</sup>.

## **5. Il principio di sussidiarietà del diritto penale e la conseguente facoltatività di predisporre sanzioni penali.**

Sotto altro profilo, in ossequio al principio di sussidiarietà che informa il diritto penale, è necessario ricordare che il legislatore non ha l'obbligo, men che meno costituzionale, di fronteggiare fatti illeciti con la sanzione penale, potendo discrezionalmente ritenere sufficienti risposte di tipo diverso e tendenzialmente meno afflittive (amministrativo, disciplinare, contabile, civile).

Lo ha ben chiarito, proprio a proposito del tema che ci impegna, la già ricordata Corte cost. 24.11.2021 (dep. 18.1.2022), n. 8: *"Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono, infatti, nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: l'incriminazione costituisce anzi un'extrema ratio, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga*

---

*formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali»; peraltro, «la pronuncia della Corte non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi: poiché in tal caso ne risulterebbe alterato [...] il fondamento normativo della decisione, pur fermi restando i pratici effetti di essa» (sentenza n. 148 del 1983)"*.

<sup>37</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013, 174 s. Nello stesso senso G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2015, 56 s. Si veda pure, in un'ottica più ampia di rapporti tra fonti sovranazionali e fonti interne, anche in relazione all'esegesi del sintagma *"legge"* di cui all'art. 25 Cost., F. VIGANÒ, *Dal "diritto penale dello stato" al "diritto penale sovranazionale"*, in *Sist. pen.*, 10.10.2024.

*necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela (sentenza n. 447 del 1998; in senso analogo, con riferimento all'abrogazione del reato di ingiuria, sentenza n. 37 del 2019; si vedano pure la sentenza n. 273 del 2010 e l'ordinanza n. 317 del 1996)".*

Ciò detto, non è revocabile in dubbio che il fatto contemplato dall'art. 323 c.p. costituisca ancora, pur dopo l'abrogazione della norma, un illecito, perseguibile sia sotto il profilo amministrativo che contabile, disciplinare e civile. È sufficiente rievocare il tenore della fattispecie abolita per rendersene conto. Si potrebbe mai sostenere che una condotta di un soggetto pubblico, in sé illegale perché violativa di leggi cogenti, dalla quale discende, come causa diretta e intenzionale, un evento anch'esso *contra ius* (c.d. *doppia ingiustizia*), non sia sanzionabile (seppur non penalmente)? Ovviamente no. Certo, non pare sussistere un precetto amministrativo *ad hoc*, munito di corrispondente sanzione amministrativa, ma l'illiceità rimane manifesta e ontologica, quel che muta è il tipo di risposta sanzionatoria.

Più in generale, non potrebbe obiettarsi che ordinamenti sovranazionali, come l'ONU, l'Unione europea o altri, impongano, talvolta, allo Stato membro, risposte di carattere strettamente penale. Infatti, il concetto di sanzione penale in ambito internazionale può essere più esteso di quello italiano, ricomprendendo, come più volte affermato, ad esempio, dalla Corte Edu e dalla Corte di Giustizia, tutte le norme punitive in senso lato.

Anche talune sanzioni amministrative rivestono, almeno in Europa, tale caratteristica. Ad esempio, la II Sez. della Corte EDU del 4.3.2014 (Grande Stevens e altri c. Italia), a proposito della coeva applicazione sia di una sanzione penale che di una sanzione amministrativa (irrogata dalla *Consob*), in relazione ad una condotta suscettibile di integrare entrambi gli illeciti - art. 187 *ter*, comma 1, (illecito amministrativo) e art. 185, comma 1, (illecito penale), D.Lgs. 24.2.1998, n. 58 - ha affermato che per stabilire la matrice penale o meno, deve farsi riferimento a tre criteri (frutto della sua elaborazione giurisprudenziale), tra loro alternativi (può esistere anche solo uno): 1) la qualificazione giuridica datane dallo Stato; 2) la natura dell'illecito (rivolto alla generalità dei consociati e avente non finalità risarcitorie ma repressive e preventive); 3) la natura e la gravità della sanzione (afflittività e severità). Ebbene, la circostanza che, nello Stato italiano, l'art. 187, comma 1, D.Lgs. 24.2.1998, n. 58 sia qualificato come illecito amministrativo non è comunque vincolante, tanto è vero che, alla luce degli altri due criteri, la sentenza *de qua* afferma che "(...) tenuto conto delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle di cui erano passibili i ricorrenti [pesanti sanzioni interdittive: v. art. 187 *quater*], la Corte ritiene che le sanzioni in causa rientrano, per la loro severità, nell'ambito della materia penale".

L'equiparazione operata dalla Corte EDU tra sanzioni penali *stricto sensu* (irrogate dal giudice penale) e sanzioni sostanzialmente penali (ma formalmente amministrative) pur applicate dall'Autorità amministrativa, ha portato Corte cost. 10.5.2022 (dep. 16.6.2022), n. 149, a dichiarare l'incostituzionalità dell'art.

649 c.p.p. (*"Divieto di un secondo giudizio"*) nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato del delitto di cui all'art. 171 *ter* L. 22.4.1941, n. 633 (sul diritto d'autore) il quale, in relazione allo stesso fatto, sia già stato sottoposto a procedimento amministrativo, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174 *bis* della medesima legge.

Ci si sofferma su questi principi, perché l'art. 19 della Convenzione di Merida, citato dai sostenitori dell'illegittimità costituzionale della norma abrogativa dell'abuso di ufficio, recita: *"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"*.

Orbene, a tacere del carattere cogente o meno della Convenzione<sup>38</sup>, materia di competenza più di uno studioso di diritto internazionale che non di diritto penale, si noti come l'art. 19 faccia riferimento a misure che abbiano il *"carattere di illecito penale"*, locuzione all'interno della quale può tranquillamente essere inclusa anche una sanzione amministrativa. Si può aggiungere, anche se si è consci che il rischio è quello di provare troppo, che, laddove il legislatore sovranazionale richiede la predisposizione di una sanzione penale in senso stretto, lo dice espressamente: ad esempio, l'art. 7, punto 3, Direttiva UE 2017/1371, norma ispiratrice del comma 2 dell'art. 314 *bis* c.p., afferma testualmente che *"Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di cui agli articoli 3 e 4 siano punibili con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione qualora ne derivino danni o vantaggi considerevoli"*. Si parla, dunque, esplicitamente di reclusione e si indica anche la durata massima della medesima.

Non potrebbe nemmeno affermarsi, come reputa, ad esempio, il Tribunale di Reggio Emilia (v. *supra*), che l'abolizione dell'abuso d'ufficio renda lo Stato italiano inottemperante anche al contenuto di quest'ultima Direttiva (con consequenziale violazione dell'art. 117 Cost.). A ben leggerla, infatti, gli accadimenti per i quali chiede espressamente una replica penale non hanno nulla a che vedere con il nostro art. 323 c.p.

Gli artt. 3 e 4 della Direttiva in oggetto stabiliscono che lo Stato membro preveda la pena della reclusione in relazione a condotte di pubblici funzionari –

---

<sup>38</sup> Secondo L. STORTONI, G.S. CALIFANO, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 2/2023, 263 ss., tra le *"incriminazioni per così dire "obbligatorie" della Convenzione"* non è incluso l'abuso d'ufficio (ma altre, tipo corruzione, ecc.) la cui *criminalizzazione*, invece, sarebbe meramente facoltativa.

peraltro, solamente quelle che ledono l'interesse dell'Unione - consistenti in frodi, presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, distrazione, appropriazione indebita o ritenzione di fondi, riciclaggio, corruzione, ecc. Siamo, cioè, al di fuori della fattispecie in argomento e, semmai, all'interno del c.d. *peculato per distrazione* già disciplinato, nel nostro ordinamento, dall'art. 314 c.p. o dall'art. 314 *bis* c.p. di nuovo conio (per chi non ritiene quest'ultimo, come invece il sottoscritto, di fatto inapplicabile).

## **6. L'inesistenza di un vuoto di tutela colmabile da soggetti diversi dal legislatore.**

Quanto, infine, al vuoto di tutela, si conviene pienamente con le ordinanze di rimessione che l'abrogazione dell'art. 323 c.p. lo abbia effettivamente creato, soprattutto per quel che concerne l'abuso di potere in danno dei cittadini.

Tuttavia, ciò rileva sul piano valoriale, su quello dell'opportunità politica, su quello delle scelte in materia penalistica ma non pare comportare anche una violazione di parametri costituzionali. Si vuol dire che, se è vero che le particolari modalità di aggressione al bene giuridico di categoria dei delitti contro la P.A. (buon andamento e imparzialità dell'attività della pubblica amministrazione), in precedenza contrastate dal delitto abrogato, sono ora prive di risposta penale (pur risultando illegittime sotto altri profili), è però vero che ciò assume significato solamente sul versante della politica criminale. Non concerne, invece, il tema della trasgressione della Costituzione, non essendoci alcuna norma di tale rango che obblighi il legislatore nazionale a sanzionare penalmente i fatti illeciti prima ricompresi nel paradigma dell'abuso d'ufficio. Anzi, come detto, l'art. 25 Cost. lascia alla sua esclusiva e non surrogabile competenza la scelta di incriminare o meno determinati comportamenti.

I compiti che si vorrebbero quindi assegnare alla Corte costituzionale sembrano collidere apertamente con gli stessi poteri di quest'organo, il cui controllo di legittimità su una legge o su un atto avente forza di legge, a mente dell'art. 28 L. 11.3.1953, n. 87, "*esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*".

Riepilogando: l'evidente vuoto di tutela prodotto dall'art.1, comma 1, lett. b), L. 9.8.2024, n. 114, può essere criticabile sotto l'aspetto delle scelte legislative compiute, ma non può certamente essere recuperato tramite una declaratoria di incostituzionalità della norma abrogatrice dell'abuso di ufficio.

Opinare diversamente significherebbe affermare, assurdamente, che ogni presunta lacuna dell'ordinamento potrebbe essere colmata *ad libitum* mediante un intervento additivo (ma in sostanza legislativo) della Corte costituzionale.

Come è del resto noto, le *lacune* di tutela sono consustanziali ad un sistema penale liberale, ispirato al principio di frammentarietà.

Sotto quest'ultimo profilo, alcuni (ad esempio il G.U.P. fiorentino prima ricordato), hanno rimarcato la sussistenza di una lacuna normativa anche in virtù dell'orientamento giurisprudenziale dominante a mente del quale le procedure

di concorsi pubblici finalizzati alla nomina di dipendenti, dirigenti, docenti universitari, ecc., non potrebbero essere oggetto, in caso di turbamento, degli artt. 353 o 353 *bis* c.p. Come a dire: questi fatti, non essendo riconducibili a tali ultime fattispecie, dovrebbero necessariamente essere puniti quali abuso d'ufficio.

La tesi non è chiaramente condivisibile.

A tacere di quanto già evidenziato, la giurisprudenza citata ritiene, a torto o a ragione non importa in questa sede, che i fatti *de quibus* non configurino i delitti di turbativa libertà degli incanti o del procedimento di scelta del contraente, in quanto atipici (segnatamente il tema concerne il significato degli elementi normativi "gara", "bando", "contraente" e affini) alla stregua delle medesime fattispecie, nel senso che quelle vicende non sarebbero sussumibili nel paradigma degli artt. 353 e 353 *bis* c.p.<sup>39</sup>; ma da questo non si può dedurre che sia obbligatorio introdurre una fattispecie che ponga rimedio a tale asserita assenza di tutela.

Né vale invocare l'art. 3 Cost. per rimarcare che situazioni analoghe, o ritenute tali, sarebbero invece sanzionate penalmente, in contrasto col principio di ragionevolezza<sup>40</sup>. A quanto pare ci si dimentica che la Corte costituzionale, proprio nella nota sentenza n. 8/2022, richiamata anche nelle ordinanze di rimessione citate in precedenza, ha chiaramente riaffermato che "(...) *ove pure, in ipotesi, la norma incriminatrice (non qualificabile come norma penale di favore) determinasse intollerabili disparità di trattamento o esiti irragionevoli, il riequilibrio potrebbe essere operato dalla Corte solo "verso il basso" (ossia in bonam partem): non già in malam partem, e in particolare tramite interventi dilatativi del perimetro di rilevanza penale (sulla inammissibilità di questioni in malam partem basate sulla denuncia di violazione dell'art. 3 Cost., ex plurimis, sentenza n. 411 del 1995; ordinanze n. 437 del 2006 e n. 580 del 2000)*".

Giova ribadirlo, per quanto ovvio: se il legislatore nazionale ha stabilito di non sanzionare penalmente determinati accadimenti ciò significa che ha ritenuto il fenomeno contrastabile con sanzioni meno severe. Si tratta di una scelta criticabile – come si è sopra affermato – ma certamente non illegittima sul piano costituzionale.

---

<sup>39</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 24.5.2023 (dep. 18.9.2023), n. 38127.

<sup>40</sup> Per G.U.P. Firenze, ordinanza 3.10.2024 "(...) *non si spiega per quale ragione, dovendosi garantire il buon andamento della Pubblica Amministrazione in settori ugualmente importanti come quelli dei pubblici incanti e dei pubblici concorsi, si sia scelto di non presidiare penalmente il corretto svolgimento dei secondi mantenendo, invece, la rilevanza penale dell'irregolare svolgimento dei primi; essendo, quindi, una stessa condotta di un pubblico ufficiale penalmente rilevante o meno a seconda della ricorrenza oppure dell'assenza di una procedura di evidenza pubblica*".

## **7. Effetti dell'eventuale declaratoria di illegittimità dell'art.1, comma 1, lett. b), L. 9.8.2024, n. 114.**

Appare utile specificare, prima di entrare nel merito della questione, che non vanno confusi – come è accaduto finanche nella giurisprudenza di legittimità – il fenomeno della successione di leggi penali nel tempo con quello della dichiarazione di incostituzionalità di una legge, come ben evidenziato e spiegato da Cass., Sez. Un., 29.5.2014 (dep. 14.10.2014), n. 42858. La successione di leggi (anche tramite abrogazione) costituisce una fase fisiologica del nostro ordinamento, comportando solo una diversa e rinnovata valutazione sul disvalore penale di un fatto da parte del legislatore; invece, la dichiarazione di incostituzionalità assume natura patologica, è un evento di disfunzione normativa, perché implica che quella norma mai avrebbe dovuto essere introdotta nell'ordinamento (una norma da considerarsi *tamquam non fuisset*). Con consequenziali diversi effetti: *"mentre l'applicazione della sopravvenuta legge penale più favorevole, che attiene alla vigenza normativa, trova un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, ciò non può valere per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, che concerne il diverso fenomeno della invalidità"*. Ciò vale per tutti gli ambiti dell'ordinamento ma assume una particolare efficacia in ambito penale (ex art. 30, comma 4, L. 11.3.1953, n. 87), stante la particolare invasività delle sanzioni di tale tipo.

Tornando all'argomento in oggetto, il quesito a cui rispondere è il seguente: che cosa accadrebbe se, diversamente da quanto sopra considerato, la Corte costituzionale ritenesse la questione sollevata ammissibile e pure fondata e, per l'effetto, facesse rivivere l'art. 323 c.p.?

Il problema pare porsi per i fatti integranti l'art. 323 c.p. (*post* riforma del 2020) consumati prima dell'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art.1, comma 1, lett. b), L. 9.8.2024, n. 114.

Il tema, infatti, riguarda pur sempre l'art. 25 Cost. ma non in relazione al principio di riserva di legge, bensì a quello di irretroattività delle norme penali incriminatrici (*"Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*).

Se per i fatti realizzati successivamente all'ipotizzata dichiarazione di incostituzionalità non sussisterebbe nessun contrasto con il principio di irretroattività visto che, ovviamente, l'autore del fatto saprebbe (o avrebbe la possibilità di sapere) che quel contegno integra il delitto di cui all'art. 323 c.p., per quelli perfezionati prima del 9.8.2024 il conflitto sarebbe, in astratto, possibile.

È necessario però fare una distinzione.

In relazione ai fatti di abuso d'ufficio consumati antecedentemente alla L. 9.8.2024, n. 114, a parere del sottoscritto non sussistono ostacoli alla punizione dell'autore, non venendo in effetti in rilievo il principio di irretroattività. Infatti, in epoca precedente al 9.8.2024 la norma incriminatrice era perfettamente in vigore e non vi sarebbe ragione di applicare la legge abrogatrice dichiarata

incostituzionale<sup>41</sup>.

In tal senso si è chiaramente espressa Corte cost. n. 394/2006: "(...) è gioco forza ritenere che il principio di retroattività della norma penale più favorevole in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima. Il nuovo apprezzamento del disvalore del fatto, successivamente operato dal legislatore, può giustificare - in chiave di tutela del principio di eguaglianza - l'estensione a ritroso del trattamento più favorevole, a chi ha commesso il fatto violando scientemente la norma penale più severa, solo a condizione che quella nuova valutazione non contrasti essa stessa con i precetti della Costituzione. La *lex mitior* deve risultare, in altre parole, validamente emanata (...). Altrimenti, non v'è ragione per derogare alla regola sancita [dagli] art. 136, primo comma, Cost. e 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, non potendosi ammettere che una norma costituzionalmente illegittima - rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno - determini, paradossalmente, l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa"<sup>42</sup>.

Diversa sarebbe la disciplina per i fatti compiuti durante la vigenza della L. 9.8.2024 (cioè quelli realizzati nell'intervallo tra la pubblicazione della legge<sup>43</sup> e quella della dichiarazione di incostituzionalità). In questi casi, l'applicazione

---

<sup>41</sup> *Ex plurimis*: T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, 52 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 615 s.; A. MANNA, A. SERENI, *Diritto penale*, cit., 114 s.; F. VIGANÒ, *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, 298 ss.

<sup>42</sup> *Contra*, Cass. pen., Sez. I, 22.9.2016 (dep. 18.5.2017), n. 24834, la quale, tramite una indebita sovrapposizione tra successione di leggi penali e dichiarazione di incostituzionalità, ha affermato che l'illegittimità di una norma di favore comporterebbe, ciononostante, la sua applicabilità non solo ai fatti concomitanti ma anche a quelli pregressi, e ciò in ossequio all'art. 2, comma 2, c.p. Vale a dire, se mal non si è inteso, che la norma penale di sfavore, la cui efficacia era stata limitata o annullata da quella dichiarata incostituzionale, una volta ripristinata per l'intervento della Corte costituzionale, dovrebbe considerarsi come una nuova incriminazione. Affermazione che appare abbastanza clamorosa considerato che la sentenza cita espressamente, nel corpo della motivazione, proprio Corte cost. 23.11.2006, n. 394.

<sup>43</sup> Come è noto, la legge abrogativa di una fattispecie incriminatrice è immediatamente efficace e non è necessario attendere il quindicesimo giorno di cui all'art. 73, comma 3, Cost. *Ex pluribus*, Cass. pen., Sez. I, 14.5.2019 (dep. 30.9.2019), n. 39977: "(...) la funzione di garanzia per i consociati, che è perseguita dalla previsione del suddetto termine volto a permettere la conoscenza della nuova norma, non comporta anche il perdurante dovere del giudice di applicare una disposizione penale ormai abrogata per effetto di una successiva norma già valida (così, in tema di abolitio criminis, Sez. 1, n. 53602 del 18/05/2017, Carè, Rv. 271639, la quale ha pertanto escluso che, in tale snodo, il giudice abbia solo l'alternativa di rinviare la decisione o di ignorare la norma abrogatrice, infliggendo una condanna che si palesa già inevitabilmente illegale)".

dell'art. 323 c.p. si porrebbe effettivamente in contrasto con il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 Cost. posto che nel momento in cui l'agente ha perfezionato la condotta integrante il delitto di abuso d'ufficio, il fatto era considerato lecito, seppur in forza di una norma successivamente invalidata.

Anche questa differente ipotesi è lumeggiata dalle parole di Corte cost. n. 394/2006: *"La circostanza che una determinata norma, di rilievo penalistico, sia contraria a Costituzione, non può comunque comportare - come conseguenza della sua rimozione da parte della Corte - l'assoggettamento a pena, o a pena più severa, di un fatto che all'epoca della sua commissione risultava, in base alla norma rimossa, penalmente lecito o soggetto a pena più mite: derivandone, per tale aspetto, un limite al principio della privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, enunciato dall'art. 136, primo comma, Cost. e dall'art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) (sentenza n. 148 del 1983)"*.

Volendo riepilogare: il limite del principio costituzionale di irretroattività (art. 25 Cost.) si pone esclusivamente per i fatti di reato realizzati durante il periodo in cui gli stessi non avevano rilevanza penale (o erano assoggettati ad un trattamento più favorevole), seppur in virtù di una legge poi dichiarata incostituzionale. Intervenuta tale declaratoria, nessun limite costituzionale impedisce la punizione di illeciti penali che erano tali quando sono stati consumati.

Fatte queste ultime precisazioni, rimane solo da attendere la decisione della Corte costituzionale.