

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2025

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiario, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zaccà, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

LA LEGGE NORDIO TRA VUOTI DI TUTELA, RISCHI DI “PANPENALISMO INTERNAZIONALE” E OCCASIONI PERSE DI UNA NUOVA LEGALITÀ AMMINISTRATIVA

di Vincenzo Mongillo

Il contributo analizza le ragioni e le conseguenze della legge Nordio n. 114/2024, che ha abrogato il delitto di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) e riscritto la disciplina del traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.). Vengono approfondite le radici del travaglio legislativo e applicativo che ha segnato entrambe le fattispecie, riconducibile alla persistente difficoltà del legislatore di bilanciare esigenze tra loro confliggenti. Particolare attenzione è dedicata ai profili di possibile illegittimità costituzionale connessi a eventuali obblighi convenzionali, rispetto ai quali viene criticata l’idea di un vincolo implicito di non regressione penale (standstill), asseritamente desumibile dalle fonti internazionali, e viene comunque ribadita la funzione dei “controlimiti” per schermare il nucleo duro dei principi costituzionali di rilevanza penalistica. In conclusione, si rivendica la necessità di una scienza della legislazione penale capace di orientare e tradurre in soluzioni tecnicamente adeguate le scelte politiche, evitando squilibri e indesiderabili lacune di tutela, ma anche derive simboliche che rischiano di compromettere i pilastri dello Stato di diritto, anche per effetto di un inedito – e non auspicabile – “panpenalismo sovranazionalista”.

SOMMARIO: 1. La riforma Nordio, il “cantiere permanente” e il convitato di pietra della scienza della legislazione penale. – 2. L’abuso d’ufficio: da norma di chiusura a fattispecie contestata. – 3. Legislatore “riduzionista” e giudice penale “espansionista”: cronaca di un conflitto risalente. – 4. Funzione manifesta e funzione latente dell’abuso d’ufficio. – 5. Dubbi di costituzionalità e supposti vincoli internazionali in tema di abuso d’ufficio. – 5.1. Il presunto dovere di non regressione (*standstill*) al cospetto della riserva di legge in materia penale. – 6. Prospettive dell’abuso d’ufficio. – 7. Il delitto di traffico di influenze illecite: un dilemma ancora irrisolto. – 8. Il traffico di influenze tra obblighi internazionali e legalità costituzionale. – 9. Cenni alla proposta di direttiva UE anticorruzione: l’importanza dell’armonizzazione europea e i costi del diritto penale. – 10. Epilogo: recuperare una legislazione penale rispettosa dei principi evitando un “panpenalismo sovranazionalista”.

1. La riforma Nordio, il “cantiere permanente” e il convitato di pietra della scienza della legislazione penale.

La legge “Nordio” del 9 agosto 2024, n. 114 ha segnato l’ennesima tappa di un incessante processo di revisione normativa nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione, divenuto negli ultimi decenni un “cantiere permanente”.

L'operazione chirurgica più recente ha riguardato, essenzialmente, due figure di reato: l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), che si è deciso di asportare come un arto ritenuto ormai non più guaribile, e il traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.), sottoposto a una profonda – ed ennesima – riscrittura.

Messa in questi termini, sembra un intervento limitato, ma parliamo di due congegni penali delicatissimi e nella prassi potenzialmente dirompenti. Due delitti dalle storie assai diverse, anche sul piano cronologico. Il traffico di influenze ha poco più di dodici anni di vita, ma la sua vicenda si è intrecciata con una fattispecie millenaria, il millantato credito che risaliva finanche al diritto romano imperiale, come rivela la punizione inflitta dall'imperatore Alessandro Severo a un "venditore di fumo" dell'epoca¹, che morì soffocato dalle esalazioni prodotte dall'accensione delle foglie e della legna umida che lo tenevano legato.

Viceversa, l'abuso d'ufficio era compreso nel codice del 1930 sin dall'origine (art. 323 c.p.), così come nel codice penale Zanardelli del 1889² e in tutti i codici pre-unitari, mostrando ascendenze remote persino nelle leggi *de repetundis* dell'epoca repubblicana romana, proiettate verso una progressiva estensione del relativo *crimen* a tutti gli abusi dei soggetti pubblici incriminabili, accomunati dal *capere* un vantaggio illecito³.

Cosa hanno di affine le due figure criminose in discorso? I contorni piuttosto impalpabili e dunque il rischio – sempre incombente – di un'espansione applicativa incontrollata.

Ciò premesso, è opportuno indicare sin d'ora la ragione di fondo delle contorsioni legislative in questa materia. I nodi essenziali, come accade in generale, si collocano su due piani distinti ma interdipendenti: da un lato, quello della politica penale, chiamata a fissare gli obiettivi da perseguire e a definire i bilanciamenti da operare; dall'altro, quello della scienza della legislazione penale, che dovrebbe servire a orientare e a tradurre in adeguata tipizzazione tali scelte, nel rispetto dei principi superiori.

La ragione dei fallimenti normativi — che, con riferimento a questi due tipi penali, hanno assunto i tratti di una vera e propria *débâcle* — risiede nell'endemica difficoltà del legislatore di trovare un equilibrio ragionevole tra esigenze confliggenti, difficoltà alimentata da fattori profondamente radicati nel sostrato empirico-criminologico che caratterizza queste fattispecie.

Tale equilibrio, nel caso dell'abuso d'ufficio, è tra controllo giudiziale e margini di autonomia del decisore pubblico nell'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, in particolare di quelli discrezionali. Sicché il travaglio normativo si è intrecciato con la

¹ Un certo Vetronio Turino.

² Tale codice incriminava l'"abuso di autorità" all'art. 175 e il prendere un «interesse privato in qualsiasi atto della Pubblica Amministrazione» all'art. 176.

³ C. VENTURINI, *La corruzione: complessità dell'esperienza romanistica*, in G. FORNASARI – N. LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Padova, 2003, p. 5, 18, 23, 30. Tuttavia, secondo W. KUNKEL, *Linee di storia giuridica romana*, Napoli, 1973, p. 60 s., la sequenza di *leges repetundarum* «non valse a porre un freno efficace al saccheggio delle province. Anzi esso finì per trasformarsi in un pericoloso strumento delle lotte di potere che si svolgevano a Roma tra l'aristocrazia senatoria e l'aristocrazia del danaro (l'ordine equestre), o all'interno stesso della nobiltà senatoria».

conflittualità tra politica e magistratura, che in Italia affonda le sue radici almeno nell'esperienza di Tangentopoli⁴.

Sul versante del traffico di influenze, il dilemma, invece, è come bilanciare un diritto di libertà, non privo di venature democratiche, come la rappresentanza di interessi nei processi decisionali pubblici e la tutela di integrità e trasparenza degli stessi da inquinamenti indebiti.

Le ultime scelte del legislatore denunciano, in modo quasi esponenziale, queste difficoltà ataviche e insolute.

2. L'abuso d'ufficio: da norma di chiusura a fattispecie contestata.

Nel caso dell'abuso d'ufficio il rischio segnalato era legato al fatto che nella tradizione giuridica italiana, diversamente da molti altri ordinamenti, questa figura di reato ha assunto una funzione di chiusura, residuale, e una portata *catch-all*, onnicomprensiva. Non a caso in origine si parlava di "abuso innominato"⁵, tradendo i confini evanescenti del reato.

Inizialmente, così, il delitto assumeva le sembianze di una clausola generale, volta a colpire qualunque atto amministrativo illegittimo compiuto da un pubblico agente con dolo di procurare un vantaggio o un danno. Un tipo penale, dunque, capace di ricomprendere tutte le condotte abusive non già specificamente tipizzate e sanzionate, e perciò potenzialmente idoneo ad attrarre nelle sue spire qualsiasi forma di illegalità amministrativa.

Per di più, nel disegno primigenio, il reato di abuso d'ufficio conviveva con figure contigue ma più gravemente sanzionate, come l'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.) e il peculato per distrazione (in seno all'art. 314 c.p.), che ne riducevano l'ambito applicativo. Si trattava di ipotesi normative dai lineamenti parimenti sfumati, che offrivano alla magistratura spazi significativi di intervento sulle determinazioni amministrative, contribuendo a delineare un assetto di protezione della funzione pubblica tanto esteso quanto invasivo.

Il problema dell'eccessiva genericità e dell'estensione potenzialmente illimitata della fattispecie *ex* art. 323 c.p. emerse già nel 1990, quando il legislatore, con la legge n. 86, intervenne abrogando la figura dell'interesse privato in atti d'ufficio e riformulando l'abuso d'ufficio in chiave più restrittiva. In particolare, venne precisato che la condotta dovesse essere orientata al conseguimento di un vantaggio, proprio o altrui, «ingiusto»

⁴ Osservano condivisibilmente G. FIANDACA – A. MERLO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio: una vittoria simbolica nell'ambito di un'ostinata guerra tra poteri?*, in *disCrimen*, 23 febbraio 2025, in apertura del loro contributo, che «La tormentata vicenda politico-giudiziaria, sfociata infine nell'abrogazione del reato di abuso d'ufficio, può essere considerata uno dei capitoli più emblematici del conflitto tra politica e magistratura che persiste nel nostro paese da alcuni decenni».

⁵ Consistente nel fatto del «pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non previsto come reato da una particolare disposizione di legge».

ovvero alla causazione di un danno, parimenti «ingiusto», a terzi (dolo specifico). L'operazione restituì esiti tutt'altro che soddisfacenti.

Con la riforma del 1997 (legge n. 234), si operò una nuova stretta, allo scopo di tracciare confini più netti ed evitare interpretazioni giurisprudenziali troppo estensive. Abbandonato l'impianto generico dell'abuso d'ufficio, fu introdotto come requisito selettivo della condotta tipica la violazione di legge o di regolamento, mentre venne richiesto, sul piano soggettivo, l'elemento dell'intenzionalità nel procurare un vantaggio o un danno ingiusto, con la novella in parola qualificati come evento del reato. In parallelo, si ampliò il catalogo delle condotte tipiche, innestando l'omessa astensione «in presenza di un interesse proprio, di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti».

L'intervento della legge Severino n. 190/2012 è stato più contenuto, essendosi limitata a elevare la pena edittale a 1/4 anni di reclusione, senza però incidere sulla struttura del delitto e i termini di prescrizione.

La vera sterzata, in chiave delimitativa, si è avuta con il decreto-legge "Semplificazioni" n. 76/2020 (conv. nella l. n. 120/2020). L'abuso d'ufficio fu allora circoscritto alle violazioni di "specifiche regole di condotta espressamente previste da legge o atti aventi forza di legge, dalle quali non residuino margini di discrezionalità", lasciando invariata la condotta alternativa di omessa astensione in caso di conflitto di interessi. L'obiettivo fu escludere ogni area di discrezionalità amministrativa dalla rilevanza penale e arginare il timore di incorrere in procedimenti penali da parte degli amministratori pubblici⁶.

Per effetto di queste successive novelle, il reato è divenuto, via via, assai più difficile da provare; ma con quale effetto? Sono diminuiti drasticamente i procedimenti penali? Invero, ad essersi assottigliate sono state soprattutto le condanne, già di per sé mai esorbitanti per questo delitto. I dati ministeriali paiono abbastanza eloquenti, per quanto passibili, in parte, di differenti interpretazioni: nel solo 2021, a fronte di 4.745 procedimenti aperti per abuso d'ufficio, si sono registrate appena 18 condanne in dibattimento e 9 in udienza preliminare. Poca cosa, insomma, sebbene il numero complessivo sia superiore a quello della maggior parte delle esperienze straniere, dove gli abusi penalmente sanzionati appaiono ipotesi poco più che simboliche, e comunque assai eterogenee tra loro sul piano della descrizione del fatto: dalla *Rechtsbeugung* tedesca (§ 339 StGB)⁷, alla *prevaricación administrativa* (art. 404 c.p.)⁸ e alle condotte di favoritismo nell'accesso a incarichi pubblici per i quali sono previsti requisiti legali, previste dal

⁶ Accenti fortemente critici in T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. Web*, 2020, n. 7-8, che definisce la variante 2020 un "ircocervo normativo", ossia una costruzione giuridica ibrida e incoerente.

⁷ Per una panoramica della letteratura giuridica tedesca sulla *Rechtsbeugung*, anche in merito alle sue criticità, v. M. UEBELE, § 339 *Rechtsbeugung*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. VI, 4ª ed., 2022, p. 1454 ss.; L. KUHLEN – T. ZIMMERMANN, § 339, in *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, vol. III, 6ª ed., 2023. Un reato simile è previsto in Danimarca dal § 146 c.p.

⁸ E. HAVA GARCÍA, *Los delitos de prevaricación*, Cizur Menor, 2019, p. 52; J. CASAS HERVILLA, *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, Madrid, 2020, p. 57 ss.

codice penale spagnolo (art. 405-406 c.p.)⁹, ai delitti francesi di *échec à l'exécution de la loi* (art. 432-1 c.p.), *prise illégale d'intérêts* (art. 432-12)¹⁰ e favoritismo nei contratti pubblici o di concessione (art. 432-14 c.p.), ecc. Una varietà estrema in cui si riflettono anche le diverse tradizioni culturali e giuridiche a livello di Paesi membri dell'UE.

Inoltre, com'è stato ricordato da un attento studioso della tematica, al momento dell'*abolitio criminis*, di cui si dirà tra breve, migliaia erano i procedimenti pendenti per abuso d'ufficio, nelle diverse fasi procedurali¹¹.

È appena il caso di aggiungere come tale scollamento numerico tra i procedimenti penali e relative pronunce di condanna sia stato alimentato anche da un uso distorto delle denunce, spesso strumentalizzate per finalità di lotta politica o per regolare contese interne alla pubblica amministrazione: una pratica poco edificante, che – sia detto per inciso – riflette anche una certa litigiosità di fondo, tratto non secondario del costume italiano.

3. Legislatore “riduzionista” e giudice penale “espansionista”: cronaca di un conflitto risalente.

Il difficile bilanciamento tra gli interessi in gioco – reso ancor più complesso dall'assetto policentrico dello Stato costituzionale e dall'acuirsi della crisi della democrazia rappresentativa – ha alimentato, come già accennato, un conflitto aperto e costante tra potere politico-amministrativo e magistratura. In questo scenario, per circa un quarto di secolo il legislatore ha cercato di arginare un controllo penale troppo imbrigliante, dovuto anche alle spinte espansive della giurisprudenza, la quale tende a proporsi, nel contesto italiano, come interprete delle istanze di moralizzazione e legalizzazione dell'agire amministrativo e, indirettamente, di quel diffuso sentimento di

⁹ Si aggiungano le ipotesi previste dagli artt. 439 (abusi commessi nella negoziazione dei contratti o in altri affari), 441 (punizione del pubblico ufficiale che esercita attività professionale o di consulenza nelle materie nelle quali deve intervenire o è intervenuto per ragione del suo ufficio), ecc.

¹⁰ Anche questo reato è stato raramente applicato e ha suscitato forti critiche in dottrina a causa della sua imprecisione, motivo per cui è stato riformato con la legge del 22 dicembre 2021, n. 2021-1729 (*Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire*). L'intervento legislativo ha inteso precisare il concetto di “qualsiasi interesse” (*intérêt quelconque*), previsto nella formulazione precedente, specificando che l'interesse deve essere idoneo a «compromettere l'imparzialità, l'indipendenza o l'obiettività» del pubblico agente. Tuttavia, anche la nuova formulazione continua a sollevare perplessità sotto il profilo della precisione, avvalorate da una lettura giurisprudenziale che tende a equiparare la vecchia e la nuova versione della norma (ad es. *Cour de cassation, chambre criminelle*, 5 aprile 2023, n. 21-87.217). Nella dottrina, v., ad es., M. CLERY-MELIN – J.-B. BOUE-DIACQUENOD, *Prise illégale d'intérêts: une nouvelle définition du délit mais toujours autant d'incertitudes sur son champ d'application*, in *La lettre juridique*, novembre 2021; N. AMRAOUI, *Sur l'appréciation de l'intérêt, la nouvelle rédaction du délit de prise illégale d'intérêts ne diffère guère de sa rédaction antérieure*, in *www.actu-juridique.fr*, 20 luglio 2023.

¹¹ G.L. GATTA, [Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale](#), in questa *Rivista*, 26 agosto 2024.

sfiducia verso gli apparati istituzionali che attraversa ampi settori dell'opinione pubblica¹² e affonda le proprie radici nella storia italiana.

L'antagonismo tra le due parti contrapposte ha conosciuto un andamento ondulatorio, segnato da fasi alterne di compressione e rilancio, simile alla tensione di un elastico.

Il legislatore limitava il raggio della fattispecie solo agli abusi contraddistinti da una violazione di legge o regolamento? E la giurisprudenza vi faceva rientrare anche il precetto costituzionale dell'art. 97, comma 2, Cost., ovvero i principi-manifesto del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione¹³.

Il potere legislativo scriveva solo «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge»? E il potere giudiziario allargava le maglie applicative, riconducendovi anche l'inosservanza di fonti secondarie attuative di specifici precetti di fonte primaria (legge), come nel caso degli abusi edilizi realizzati in aree a elevato rischio alluvionale, in violazione delle prescrizioni contenute nel piano di assetto idrogeologico adottato ai sensi del d.lgs. 152/2006¹⁴, o di rilascio del titolo abilitativo edilizio senza il rispetto del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici¹⁵.

Il legislatore intendeva estromettere dal perimetro tutti i casi in cui residuassero "margini di discrezionalità", annettendo rilievo penale solo all'abusivo esercizio di poteri vincolati? E la giurisprudenza rispondeva che lo sviamento di poteri, vale a dire la realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, è

¹² Secondo l'ultimo Rapporto Italia dell'Eurispes, nel 2024, il 44,4% dei cittadini ha dichiarato di avere fiducia nella p.a., rispetto al 39,6% del 2023. Nonostante questo incremento, la maggioranza degli italiani continua a manifestare sfiducia nei confronti dell'amministrazione pubblica. Esprimono consenso nei confronti del Governo poco più di un terzo degli italiani (36,2%), ma gli sfiduciati restano la maggioranza (55,4%). <https://eurispes.eu/wp-content/uploads/2024/05/sintesi-colore-1.pdf>.

¹³ Cass., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 12370, rv. 256003-01; Cass., sez. VI, 23 maggio 2019, n. 22871, rv. 275985-01, in un caso di demansionamento di un dipendente comunale attuato con intento discriminatorio o ritorsivo (con un riferimento sia all'art. 97 Cost. sia al dovere di adempiere con disciplina e onore l'esercizio di funzioni di pubbliche previsto dall'art. 54 Cost., in quanto regole di immediata portata precettiva, che esprimono il divieto per i pubblici agenti di comportamenti connotati da ingiustificate preferenze e favoritismi); Cass., sez. II, 20 novembre 2015, n. 46096, rv. 265464-01. Diversamente, dopo la riforma del 2020: Cass., sez. VI, 18 settembre 2023, n. 38125, rv. 285184-01 (*abolitio criminis* delle condotte, antecedenti all'entrata in vigore della riforma, realizzate mediante violazione di norme generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di comportamento specifiche ed espresse, o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, sicché deve escludersi che integri il reato la sola violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, comma 3, Cost.); Id., 19 luglio 2022, n. 28402, rv. 283359-01; Id., 20 giugno 2022, n. 23794, rv. 283285-01. Novità colta anche dalla Corte cost. nella sent. 18 gennaio 2022, n. 8, 2022: «risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.; richiedendo che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare "margini di discrezionalità" si vuol negare rilievo al compimento di atti viziati da eccesso di potere».

¹⁴ Cass., sez. VI, 8 marzo 2022, n. 13148, rv. 283111. Nello stesso senso, Id., 16 febbraio 2021, n. 33240, rv. 281843.

¹⁵ Cass., 12 novembre 2020, rv. 279889-01.

equiparabile alla violazione della legge che delinea lo schema normativo entro cui deve essere esercitato¹⁶. Di fronte a questo incessante creativismo, v'è chi è arrivato a parlare di "contro-scrittura giudiziaria" e di "sabotaggio" della *voluntas* legislativa, in riferimento a indirizzi che peraltro disconoscono il dato esperienziale-giuridico più saliente: assai di rado la legge conferisce il potere per il perseguimento di un solo e ben selezionato interesse pubblico¹⁷.

Come ha pensato allora il legislatore "riduzionista" di chiudere questa accesa e permanente contesa con il giudice "espansionista"? Ha posto termine alla partita, portandosi via il "pallone" (la fattispecie) oggetto di disputa.

Le motivazioni ufficiali dell'*abolitio criminis*, enunciate dal legislatore storico, sono note e ci limitiamo qui a elencarle.

Anzitutto, la – già evidenziata – bassa resa applicativa del reato, che contribuiva a intasare il sistema giudiziario senza reale *output* sanzionatorio.

Poi il timore della c.d. "burocrazia difensiva": l'esistenza di un reato dai confini incerti avrebbe generato negli amministratori pubblici la "paura della firma". Per la preoccupazione di subire addebiti penali, talvolta infamanti e comunque penalizzanti sotto il profilo personale ed emotivo, molti funzionari tendono ad adottare un atteggiamento iper-prudente, rallentando o evitando decisioni amministrative, o appiattendosi sulle prassi meno impegnative. È quell'"effetto raffreddamento" – sottolineato anche dalla Corte costituzionale¹⁸ – o di intralcio dell'azione amministrativa, inclusa quella lecita, che oggi si tende a esprimere attraverso la locuzione in voga "chilling effect"¹⁹.

Infine, secondo i fautori dell'*abolitio*, gli abusi più gravi o pregnanti erano già perseguiti da altri reati (corruzione, peculato, induzione indebita, omissione/ritardo, ecc.), mentre quelli meramente formali o legati a conflitti d'interesse potevano trovare risposta in sedi non penali (sanzioni amministrative, responsabilità contabile). Depenalizzare condotte marginali come l'abuso contribuirebbe a concentrare le risorse giudiziarie sui reati *lato sensu* corruttivi più seri.

Dal versante opposto dei critici dell'*abolitio*²⁰, tende a lamentarsi, invece, che la scelta abrogatrice generi il rischio d'impunità e vuoti di tutela: la creazione di una zona franca per condotte pur sempre offensive della legalità amministrativa.

¹⁶ Cass., 8 gennaio 2021, n. 442, rv. 280296-01: è rilevante penalmente «l'esercizio del potere discrezionale che trasmoda in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito». Prima della novella, Cass., sez. V, 5 dicembre 2019, n. 49485, rv. 278042-02, con riferimento all'eccesso di potere, sotto forma dello sviamento, quando nei provvedimenti discrezionali il potere viene esercitato per un fine diverso da quello per cui è attribuito; nonché Cass., sez. un., 10 gennaio 2012, n. 155.

¹⁷ G. FIANDACA – A. MERLO, *L'abrogazione dell'abuso*, cit., p. 3.

¹⁸ Corte cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8, cit.

¹⁹ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 252 ss., sulla dottrina del *chilling effect*; G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali*, Padova, 2024, *passim* e p. 45 ss. (sull'abuso d'ufficio).

²⁰ Netamente prevalenti in dottrina, sia pure con diverse sfumature; tra i tanti: M. PELISSERO, [Sulla proposta](#)

La rimozione totale del reato rischia di alimentare la sfiducia dei cittadini verso le istituzioni, a fronte dell'impunità di illeciti "favoritismi" o gravi arbitri amministrativi.

Anche l'effetto reale sulla macchina burocratica sarebbe tutto da verificare, in quanto potrebbe anche ritenersi che la "burocrazia difensiva" derivi più dalla complessità normativa e dal timore di responsabilità amministrativa/erariale che dal solo precetto penale²¹.

Infine, si può lamentare la mancanza di organicità della riforma. Sopprimere una fattispecie penale senza prevedere contestualmente strumenti amministrativi o disciplinari sostitutivi appare come un segnale di resa del legislatore penale e una denuncia d'incapacità nel bilanciare in modo ragionevole interessi contrapposti. Si sarebbe potuto almeno intervenire introducendo nuove figure di illecito civile o contabile, oppure rafforzando i meccanismi di controllo interno alle amministrazioni, così da evitare che l'*abolitio criminis* venga percepita come un messaggio di indulgenza istituzionale nei confronti degli abusi compiuti nell'esercizio della funzione pubblica. Ovviamente, un eventuale atto amministrativo illegittimo potrà essere annullato dal giudice amministrativo, ma il pubblico ufficiale non subisce conseguenze personali, salvo l'eventuale danno all'immagine della p.a., risarcibile in casi limitati²².

4. Funzione manifesta e funzione latente dell'abuso d'ufficio.

Allora, è forse il caso di compiere un ulteriore passo indietro, sul piano cronologico, per cercare di intuire come si sia giunti a questo ennesimo *redde rationem* tra politica e magistratura.

Volendo provare a rovesciare le zolle della questione in esame, per svelarne il lato nascosto, crediamo che il vero punto dolente dell'abuso d'ufficio nell'esperienza

[di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite](#), in questa Rivista, 15 settembre 2023; G. LATTANZI, [Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio. Note critiche](#), in questa Rivista, 20 settembre 2023; R. GAROFOLI, [Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio](#), in questa Rivista, 21 settembre 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 questa Rivista, 10 luglio 2024; R. CANTONE, *L'abrogazione? Credo sia una delle riforme peggiori. Così nessuna tutela sul conflitto d'interessi*, in *Il Fatto Quotidiano*, 8 marzo 2024; M. GAMBARDELLA, [Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" \(la versione approvata dal Senato nel febbraio 2024\)](#), in questa Rivista, 11 aprile 2024; M. PARODI GIUSINO, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio. Discutibili ragioni e dannose conseguenze*, in *Leg. pen.*, 10 maggio 2024; A. MANNA, [Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la P.A.: note critiche](#), in questa Rivista, 6 agosto 2024; A. PERIN, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel piano di torsione della giustizia penale. Aspetti costituzionali e politico-criminali della "riforma Nordio"*, in *Leg. pen.*, 15 marzo 2025. In senso favorevole, invece, B. ROMANO, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in *Leg. pen.*, 2 dicembre 2023.

²¹ Non a caso la novella del 2020 intervenne anche sui profili di responsabilità erariale, sempre al dichiarato intento di "tranquillizzare" i pubblici amministratori.

²² Circa gli effetti sul sistema amministrativo dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, v. ampiamente E. CARLONI, [Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e Costituzione](#), in questa Rivista, 18 dicembre 2024.

italiana stia nella marcata discrasia tra funzione manifesta e funzione latente assolta dalla norma incriminatrice.

Nessuno oserebbe – quantomeno apertamente – mettere in discussione la necessità di sanzionare gli abusi deliberatamente commessi per favorire sé stessi, amici, amanti, sodali, compagni di partito, o per colpire rivali e nemici, siano essi in ambito politico, affaristico o personale. Inoltre, chi potrebbe negare l'utilità di reprimere con la sanzione più dura anche le mancate astensioni in conflitto di interessi dei pubblici funzionari con danno o vantaggio ingiusto intenzionalmente arrecato o procurato a terzi?

Ma questa è la funzione dichiarata, manifesta, direbbe Robert Merton.

Il vero nervo scoperto di codesta fattispecie penale risiede nella sua funzione latente, che consiste nel mantenere aperta una finestra di controllo permanente da parte della magistratura sull'operato della pubblica amministrazione e, entro certi limiti, sull'indirizzo politico-governativo. In altre parole, nel tempo l'abuso d'ufficio si è affermato come il principale strumento mediante il quale l'autorità giudiziaria ha potuto esercitare una forma di sindacato penetrante sull'azione dei funzionari pubblici (tra cui alcune categorie particolarmente vulnerabili, ad es. i sindaci), proiettando su di essi il rischio costante dell'apertura di procedimenti giudiziari. Un accesso potenzialmente illimitato, che si traduce il più delle volte in iniziative istruttorie avviate senza che l'autorità procedente e poi il giudice dispongano degli strumenti interpretativi – e talvolta nemmeno del *know-how* – necessari per condurre in modo adeguato tali operazioni di "audit penalistico", che in qualche modo sconfinano in un'attività para-amministrativa di identificazione e ponderazione di interessi. Del resto, non si è mai giunti a una definizione chiara dei limiti entro cui il giudice penale possa sindacare l'esercizio della discrezionalità amministrativa, una sfera di autonomia per sua natura policentrica e dotata di una fisiologia propria non sempre facilmente decifrabile. Anche per questo motivo, sarebbe auspicabile un dialogo più strutturato tra penalisti e amministrativisti²³ (ma questo è un altro problema...).

Sotto questo profilo, e per le ragioni appena segnalate, non ci sembra derubricabile come un esercizio speculativo astratto il problema del rallentamento dell'azione amministrativa che può venire in essere ogniqualvolta prende avvio un procedimento penale o anche solo si prospetta la minaccia di una denuncia nei confronti di un titolare di potestà amministrative o di governo. Minaccia che può estrinsecarsi per i moventi più disparati, talora anche per ragioni di risentimento personale. Il punto su cui riflettere è il pregiudizio sistemico che si arreca al regolare funzionamento della

²³ Cfr. F. MERLONI, *Organi politici e poteri indipendenti: un rapporto sempre più difficile*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2024, p. 60 ss., che pur ritenendo indispensabile la fattispecie, evidenzia il rischio di un eccessivo spazio di valutazione lasciato a giudici e PM, nonché la «non compiuta conoscenza spesso mostrata dal giudice penale delle regole amministrative con particolare riguardo al concreto esercizio del potere discrezionale; regole di legge, ma anche regole specificamente adottate, con fonte regolamentare, dalla stessa amministrazione che attengono alla sua organizzazione, allo svolgimento dei suoi procedimenti, ai comportamenti che i suoi funzionari devono tenere». V. anche C. CUDIA, [Appunti su abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: un'alternativa \(interpretativa\) alla abrogazione dell'art. 323 c.p. sarebbe stata possibile](#), in questa *Rivista*, 25 luglio 2024.

pubblica amministrazione e al sollecito perseguimento dei suoi scopi quando migliaia di procedimenti per abuso d'ufficio si accatastano e si risolvono, nella maggior parte dei casi, con un'archiviazione o con un'assoluzione (o un proscioglimento per prescrizione dovuto all'incapacità dell'apparato di far fronte a un eccessivo carico giudiziale). Un circuito, o meglio un cortocircuito, che non produce responsabilità accertate, ma alimenta inerzia, sfiducia e, talvolta, persino paralisi decisionale nella macchina pubblica.

Si aggiunga che l'abuso d'ufficio è stato spesso percepito dagli stessi organi inquirenti come una "fattispecie spia", un grimaldello investigativo utile per accedere, se possibile, ad altri reati più gravi (come la corruzione)²⁴, o come "reato di risulta", utilizzato – ma pur sempre con scarsi esiti in termini di condanna – nei casi in cui non si riusciva a dimostrare l'esistenza di condotte penalmente più pregnanti.

Altri argomenti pro o contro la riforma ci sembrano meno decisivi.

Non è dirimente, a nostro avviso, per confutare l'abolizione del reato, la tesi secondo cui essa rappresenterebbe un segnale di autoritarismo, mascherato sotto l'egida della riduzione del penale²⁵. La disposizione incriminatrice non ha una fisionomia immanente né liberale né autoritaria, tant'è vero che essa è transitata indifferente tanto nel codice Zanardelli – espressione del pensiero liberale – quanto nel codice Rocco, frutto del progetto giuspenalistico del regime fascista. La norma, in sé stessa, ci sembra neutra sotto il profilo politico-ideologico, ma la sua presenza o assenza in un ordinamento può assumere una valenza più o meno autoritaria, più o meno liberal-democratica, a seconda dell'epoca storica, della struttura dei poteri dello Stato in quel momento stabilita, del ruolo dei mass media e dell'uso concreto che ne fa la giurisprudenza²⁶.

Il problema, a ben vedere, non ci sembra neppure la "paura della firma" del singolo funzionario, che per come viene talvolta agitata appare – per così dire – più materia da psicoterapeuti dell'amministrazione che da giuristi o teorici della buona governance. L'elemento decisivo non risiede nello spauracchio penale. Sarebbe più impattante la semplificazione del quadro normativo: vecchissima aspirazione sempre frustrata e anzi irrisa nei fatti, anche per ragioni di contrasto alla... corruzione. Ancora più importante sarebbe innalzare il livello di preparazione, la cultura istituzionale e la dignità professionale dei pubblici funzionari, anche sotto il profilo retributivo. In breve, il nodo è la riforma della pubblica amministrazione²⁷, a cui si congiunge il perenne rovello dell'inefficienza della burocrazia in Italia²⁸. Solo così i *civil servants* potranno

²⁴ Sia consentito sul punto, il rinvio a V. MONGILLO, *La lotta alla corruzione tra frammentazione della tipicità e tattiche di semplificazione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p. 569.

²⁵ Accenti simili in D. BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o ennesimo passaggio a vuoto?*, in *Arch. pen.*, 2023, n. 3.

²⁶ Entro questi limiti "relativistici", la tesi di M. DONINI, [Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso d'ufficio](#), in questa *Rivista*, 23 giugno 2023, coglie un dato reale.

²⁷ Cfr. S. CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, 2023; Dipartimento della Funzione Pubblica, *La riforma della pubblica amministrazione. Atti delle commissioni e dei comitati di studio*, Roma, 1994 (6 volumi).

²⁸ In un fulminante corsivo del 3 aprile 1918, pubblicato su *L'Avanti* e intitolato *Elogio d'un ladro* (un usciere

recuperare interamente l'orgoglio del proprio ruolo al servizio della collettività e saranno messi nella condizione di esercitare le proprie funzioni con competenza, autonomia e senso di responsabilità.

Del resto, un approccio di questo tipo trova conferma nel vissuto di Paesi con amministrazioni pubbliche più efficienti e virtuose, come la Germania²⁹, la Francia, i Paesi Bassi o la Svezia, dove la professionalizzazione dei funzionari pubblici è considerata un pilastro dello Stato di diritto. Ordinamenti in cui la funzione pubblica è sostenuta da percorsi di formazione altamente selettivi, retribuzioni competitive e una forte etica della responsabilità e che confermano il dato realmente cruciale: la fiducia nei confronti dei funzionari pubblici non si fonda su un apparato di repressione invasivo, ma su una cultura istituzionale che valorizza il merito, la stabilità dell'incarico e l'indipendenza nell'esercizio delle funzioni. Non sorprende, allora, che in questi contesti la sanzione penale intervenga in modo assai più selettivo e residuale, lasciando spazio a meccanismi di controllo amministrativi, disciplinari e contabili ben strutturati, capaci di prevenire e correggere le disfunzioni senza paralizzare l'azione amministrativa. Se parliamo di autorità politica, poi, in questi contesti culturali sovente basta assai meno di una condanna in sede penale perché si avverta il bisogno di rinunciare al ruolo pubblico ricoperto.

Considerando quanto appena detto, è chiaro come l'abrogazione dell'abuso d'ufficio, se non accompagnata da una rigenerazione degli apparati amministrativi nel senso indicato, rischi di trasmettere un segnale equivoco: non di fiducia nella pubblica amministrazione, ma di disimpegno rispetto all'obiettivo di elevarne gli standard di integrità.

5. Dubbi di costituzionalità e supposti vincoli internazionali in tema di abuso d'ufficio.

L'abrogazione dell'art. 323 c.p. ha aperto un fronte complesso anche dinanzi alla Corte Costituzionale.

Le numerose ordinanze di rimessione alla Consulta – oltre una dozzina da parte di giudici di merito e, da ultimo, anche della Corte di Cassazione³⁰ – sembrano muoversi in direzioni convergenti, ma su basi a nostro avviso giuridicamente fragili.

del ministero aveva l'abitudine di far sparire pratiche voluminose per venderle come carta straccia), Antonio Gramsci ricordava che «da anni imperversano i lamenti contro la burocrazia, [...] si succedono studi e commissioni per la riforma delle amministrazioni pubbliche, [...] ogni ministro che voglia passare per modernista e scroccare qualche approvazione alla stampa e alla pubblica opinione, si affretta a iniziare il suo governo con la solenne promessa di sburocratizzare, lasciandosi poi inevitabilmente travolgere dalla consuetudine, dagli ingranaggi della mastodontica e inesorabile macchina [...]».

²⁹ Non a caso, per Max Weber, la burocrazia rappresenta la forma più efficiente e razionale di organizzazione per rispondere alle esigenze della società moderna.

³⁰ La prima questione di costituzionalità è stata sollevata da Trib. Firenze, sez. III, ord. 24 settembre 2024, con nota di G.L. GATTA, [Abolizione dell'abuso d'ufficio: a Firenze una prima ordinanza di rimessione alla Consulta. Esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione \(o di stand-still\)?](#), in questa Rivista, 2024, n. 9, p. 71 ss.

I principali profili di censura sin qui sollevati riguardano la tutela costituzionale dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e la conformità a obblighi internazionali asseritamente rivenienti dalla Convenzione ONU contro la corruzione (UNCAC) del 2003, ratificata ed eseguita con la legge n. 116/2009 (artt. 11³¹ e 117, comma 1, Cost.).

Anzitutto, le ordinanze dei Tribunali di Firenze, Locri, Roma e della Cassazione rilevano come l'integrale elisione della tutela penale, senza misure sostitutive, abbia generato un grave vuoto di tutela rispetto ai valori costituzionali sanciti dall'art. 97 Cost.

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 d'ufficio, pur avendo determinato alcune obiettive lacune nella repressione, configuri automaticamente una violazione della norma costituzionale in discorso. In realtà, la scelta delle forme di tutela da approntare a un determinato bene giuridico rientra pienamente nella discrezionalità del legislatore, che in linea di massima non può essere oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale. In un'ottica di sussidiarietà, ciò che rileva sul piano costituzionale non è la natura dello strumento impiegato – penale, amministrativo o altro – bensì la capacità complessiva dell'ordinamento di garantire una salvaguardia effettiva, mai integrale, del bene. In questa prospettiva, il buon andamento della pubblica amministrazione dovrebbe poggiare, in via prioritaria, su strumenti di diritto amministrativo, disciplinare e contabile, piuttosto che sull'intervento penalistico³².

Poscia, Trib. Firenze, ord. 3 ottobre 2024, n. 233 e ord. 25 ottobre 2024, n. 8; Trib. Locri, ord. 30 settembre 2024; Trib. Busto Arsizio, ord. 21 ottobre 2024; Trib. Bolzano, ord. 11 novembre 2024; Trib. Roma, ord. 5 febbraio 2025, n. 33; Trib. Busto Arsizio, ord. 21 ottobre 2024, n. 231; Trib. Teramo, ord. 22 novembre 2024, n. 4; Trib. Campobasso, 26 febbraio 2025, n. 67; Trib. Modena, ord. 12 novembre 2024, n. 20 e ord. 12 novembre 2024, n. 25; Trib. Catania, ord. 26 novembre 2024, n. 18; Trib. Bolzano, 11 novembre 2024, n. 17; Trib. Locri, ord. 30 settembre 2024, n. 201 e ord. 13 gennaio 2025, n. 10. Infine, la stessa Cass., sez. VI, ord. 7 marzo 2025, n. 9442, consultabile [qui](#) in questa *Rivista*, 7 marzo 2025. *Contra*, Trib. Reggio Emilia, ord. 7 ottobre 2024.

³¹ Le ordinanze lamentano la violazione anche dell'art. 11 Cost., a fianco dell'art. 117, comma 1, sebbene l'art. 11 paia più pertinente per la violazione di norme eurounitarie, posto che è la base costituzionale del trasferimento di sovranità che ha consentito l'adesione all'UE (rappresentando così il fondamento storico-costituzionale dell'integrazione europea), mentre l'art. 117, comma 1, Cost., nella versione riformata nel 2001, impone espressamente il rispetto dei vincoli del diritto internazionale (e dello stesso diritto UE). Va anche detto, però, che l'UNCAC è stata ratificata non solo dallo Stato italiano, ma anche dall'UE con decisione del Consiglio 2008/801/CE. In base all'art. 216 TFUE, tale ratifica comporta effetti vincolanti sia per l'Unione sia per gli Stati membri, conferendo alla Convenzione un valore sovraordinato rispetto al diritto derivato. Da quest'angolazione, la sua eventuale violazione potrebbe assumere rilievo anche ai sensi dell'art. 11 Cost.

³² Cfr., proprio in materia di abuso d'ufficio, Corte cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8, cit., secondo cui «Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: l'incriminazione costituisce anzi un'*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela (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)».

Ancora più precaria appare la pretesa di rinvenire, nella Carta costituzionale, un obbligo positivo di criminalizzazione per condotte lesive del principio di buon andamento. Nella misura in cui è tutt'altro che pacifico stabilire se – e per quali beni – la Corte possa censurare una totale assenza di tutela penale, lo è ancor meno nei casi in cui, sulla base di scelte più o meno plausibili sotto il profilo dell'opportunità politico-criminale, un certo grado di protezione penale risulti comunque garantito, come nel caso di specie.

Per quanto concerne poi l'art. 28 Cost., da talune ordinanze messo in pista per affermare un obbligo di incriminazione dell'abuso, esso si riferisce alla responsabilità personale dei pubblici dipendenti per atti compiuti in violazione di diritti³³. Ma non implica affatto la necessità di sanzione penale in ogni caso di abuso o scorrettezza amministrativa.

Lo stesso vale per l'art. 3 Cost., parimenti invocato da alcuni giudici, sul presupposto che il legislatore avrebbe abrogato l'abuso d'ufficio lasciando però in vigore reati "meno gravi", come quello previsto dall'art. 328 c.p.³⁴. Anche tale argomento, tuttavia, appare inconsistente sul piano della legittimità costituzionale, giacché mira a colmare un'asserita disparità di trattamento tra fattispecie dilatando l'ambito del penalmente rilevante, operazione che la Corte costituzionale ha sempre respinto³⁵. Ne consegue che l'eccezione appare con ogni probabilità destinata all'inammissibilità.

La censura più articolata – proposta da tutte le ordinanze di rimessione – riguarda, ad ogni modo, la violazione degli asseriti obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione di Mérida del 2003. In particolare, le ordinanze che fanno appello all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione a tale atto pattizio, sostengono che la soppressione dell'abuso d'ufficio violerebbe un obbligo internazionale di "mantenere" (*maintain*) il livello di tutela contro gli abusi nella pubblica amministrazione.

Com'è ampiamente noto, gli ordinamenti contemporanei hanno assunto una conformazione reticolare, divenuto quasi un labirinto borgesiano di fonti, per effetto dell'interazione viepiù intensa tra il diritto penale interno e i vincoli giuridici di matrice extra-nazionale. Anche testi pattizi internazionali – come la Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 o la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 – impongono agli Stati di introdurre reati specifici per reprimere condotte ritenute lesive di interessi comuni.

Ove un obbligo di penalizzazione di determinate condotte sia realmente esistente, si pone il delicato problema del suo impatto sull'ordinamento costituzionale interno, soprattutto quando la legge nazionale abbia depenalizzato – o anche solo attenuato al di sotto dello standard pattizio – il regime sanzionatorio. Il problema, in sostanza, è se questi disallineamenti possano giustificare un intervento correttivo del

³³ Vedi l'ord. del Trib. di Teramo citata: «l'abrogazione dell'art. 323 c.p. lascia sfornita di tutela un'ampia gamma di circostanze concrete in cui la condotta dell'agente pubblico lede (o espone a pericolo, come nel caso in questione del tentativo di abuso d'ufficio) diritti fondamentali del cittadino, in ciò quindi contrastando con la previsione di cui all'art. 28 Cost.».

³⁴ Cfr., ad es., l'ord. del Trib. Firenze, 3 ottobre 2024, cit.

³⁵ Per tutte, Corte cost., sent. 28 dicembre 1998, n. 447.

giudice costituzionale con esiti *in malam partem*, sì da riespandere la portata di una norma penale già abrogata o mitigata dal legislatore.

Come diremo, questo nodo, con riferimento all’impatto della legge Nordio, si pone in modo più plausibile rispetto alla riformulazione del traffico di influenze illecite, dove un obbligo di criminalizzazione, almeno ai sensi della Convenzione del Consiglio d’Europa, è fuori discussione per le ragioni che verranno evidenziate.

Circa, però, l’UNCAC, come abbiamo cercato di evidenziare da più di due lustri³⁶, varie previsioni, tra cui l’art. 19 (concernente l’*abuse of functions*), non sanciscono affatto un vincolo di incriminazione in senso stretto (in tal caso la formula inglese sarebbe stata “shall adopt...”), ma solo un obbligo di “prendere in considerazione” l’introduzione del reato (“shall consider adopting...”) ³⁷. Dunque, anche volendo considerare la Convenzione di Mérida un parametro interposto *ex art.* 117, non vi è una norma internazionale che imponga la criminalizzazione dell’abuso d’ufficio. Ciò è chiarito anche nel commento all’art. 19 della UNCAC contenuto nella *Legislative Guide*, dove può leggersi che «Questa disposizione incoraggia la criminalizzazione dei pubblici ufficiali che abusano delle proprie funzioni, agendo o omettendo di agire in violazione delle leggi, al fine di ottenere un indebito vantaggio»: incoraggia, non impone! ³⁸.

Di fronte a queste evidenze – che forse hanno richiesto un tempo di decantazione troppo lungo per maturare appieno anche nella riflessione penalistica – si affaccia oggi, in chiave surrogatoria, la tesi secondo cui, negli ordinamenti già adempienti, sussisterebbe un divieto di decriminalizzazione/abolizione, e dunque un obbligo di conservare indefinitamente le fattispecie incriminatrici già esistenti. Più precisamente, dall’art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (UNCAC) si ricaverebbe – secondo quest’ultima prova di poco controllata creatività giurisprudenziale – un obbligo implicito di “*standstill*”, ossia, l’impossibilità per gli Stati firmatari di ridurre il livello di tutela penale già raggiunto prima della ratifica del trattato, o, in alternativa, il divieto per uno Stato che abbia introdotto una fattispecie penale in attuazione di una raccomandazione o sollecitazione internazionale di procedere, in seguito, alla sua abrogazione.

³⁶ 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, pp. 564-567. Nella letteratura penalistica, anche V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, Torino, 2020, p. 85 s.; e, con riferimento alla previsione dell’UNCAC concernente l’abuso d’ufficio, di recente, 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, p. 4, che hanno bollato come “*ex falso sequitur quodlibet*” l’argomento secondo cui i trattati anticorruzione avrebbero imposto all’Italia di mantenere ad ogni costo l’abuso d’ufficio.

³⁷ Il dato è pacifico nella letteratura internazionale. Cfr., *ex multis*, F.F. HEIMANN, *The UN Convention against corruption*, in F.F. HEIMANN – M. PIETH, *Confronting Corruption Past Concerns, Present Challenges, and Future Strategies*, New York, 2018, p. 107; circa, in particolare, la natura *semi-mandatory* della previsione sull’abuso d’ufficio nell’UNCAC, v. C. ROSE, *Article 19: Abuse of Functions*, in C. ROSE – M. KUBICIEL – O. LANDWEHR (a cura di), *The United Nations Convention Against Corruption. A Commentary*, 2019, Croydon, p. 210-211. Sia consentito, sul punto, anche il rinvio a V. MONGILLO, [Strengths and Weaknesses of the Proposal for a EU Directive on Combating Corruption](#), in questa Rivista, 31 luglio 2023, p. 5.

³⁸ *Legislative Guide*, cit., § 292, p. 83 s.

In altri settori giuridici – si pensi, ad esempio, ai diritti sociali o alla tutela dell’ambiente – è da tempo oggetto di dibattito se nelle convenzioni internazionali e nel diritto dell’UE sia rinvenibile anche un principio di “non-regressione” (talvolta denominato anche *effet de cliquet*), teso a impedire arretramenti nei livelli di tutela già raggiunti, ovvero a imporre un dovere di astensione da interventi normativi o politici che possano determinare un ripiegamento rispetto ai risultati acquisiti³⁹.

Nel campo penale, un simile principio si tradurrebbe, appunto, nel divieto di decriminalizzare – e, forse, persino nell’impossibilità di alleggerire in modo sensibile il regime penale di – condotte precedentemente incriminate in linea con sollecitazioni ultranazionali. Così, secondo questa logica, ratificando l’UNCAC o la Convenzione del Consiglio d’Europa anticorruzione, uno Stato “virtuoso” che abbia già introdotto tutte le fattispecie suggerite resterebbe rigidamente vincolato: non potrebbe più abrogarle senza violare il presunto obbligo di *standstill*.

Ma un simile vincolo esiste davvero sul piano giuridico?

Ebbene, a noi pare infondata l’idea che gli Stati siano tenuti, in materia penale, a rispettare una clausola generale di non regressione.

Anzitutto, non è rinvenibile, nel diritto internazionale generale, una norma consuetudinaria che obblighi gli Stati a non attenuare la propria legislazione penale dopo aver aderito a un trattato⁴⁰.

Eventuali obblighi di “fissità” normativa possono semmai scaturire da specifiche clausole pattizie. In altri termini, un dovere giuridico di mantenimento dei livelli acquisiti di tutela penale potrebbe affermarsi (salvo verificare poi la sua compatibilità costituzionale) solo se previsto espressamente – o comunque ricavabile in modo inequivoco – nel testo del trattato pertinente⁴¹.

Ma sembra evidente che un simile vincolo di stabilità legislativa non trovi alcun riscontro nel testo della Convenzione UNCAC, né in altri strumenti pattizi votati al contrasto della corruzione. Tutti vanno interpretati in linea con la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, quindi secondo il senso comune dei termini nel loro contesto e alla luce del loro oggetto e scopo, senza estensioni implicite o arbitrarie⁴². Si

³⁹ Cfr., ad es., A. SCARPATI, *Principio di non regressione nell’ordinamento belga e francese, tra formante giurisprudenziale e normativo*, in DPCE Online, Sp-2/2023, p. 759 ss.; S. CANDELA, *Il principio di non regressione ambientale all’interno dell’ordinamento giuridico italiano: indici di emersione e prime iniziative di riconoscimento*, in Riv. quadr. dir. amb., 2022, n. 2, p. 1 ss. N. GRANATO, *Il principio di non-regressione come nuova frontiera del diritto dell’ambiente. Profili e problemi*, in www.giustamm.it, 2020, n. 3, p. 1 ss.; L. COLELLA, *Il principio di «non regressione ambientale» al centro del Global Pact of Environment. Il contributo dell’esperienza francese al diritto ambientale comparato*, in Dir. giur. agr. alim. e amb., 2019, n. 2, p. 1 ss.; U. CARABELLI – V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in Contratto e impresa. Europa, 2005, n. 2, p. 539 ss. In generale, sul principio di *standstill* nel contesto dei diritti fondamentali, con particolare attenzione ai diritti economici, sociali e culturali, v. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, 2008.

⁴⁰ Sul punto, 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 questa Rivista, 19 dicembre 2024.

⁴¹ Si vedano anche le considerazioni di G.M. RUOTOLO, [L’abrogazione](#), cit.

⁴² Cfr. art. 31, par. 1 della Convenzione di Vienna: «Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo

aggiunga che la tesi del divieto di regressione a fronte di fattispecie non vincolanti come l'abuso d'ufficio non trova conforto neppure nella Guida esplicativa alla UNCAC⁴³ o nella prassi interpretativa internazionale.

L'UNCAC, come detto, si limita a spronare gli Stati all'adozione del reato di abuso di funzioni. Manca dunque un dovere di criminalizzazione a monte e manca qualsivoglia divieto esplicito di abrogazione successiva rispetto alle figure penali non prescritte come obbligatorie.

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: quelli che non hanno mai introdotto il reato (perché non obbligati in senso stretto) resterebbero liberi di non criminalizzarlo, mentre gli Stati più solerti – che avevano dato spontaneamente attuazione alla sollecitazione internazionale e quindi “avevano già preso in considerazione” l'adozione del reato – ne sarebbero vincolati per sempre, subendo paradossalmente un vincolo più gravoso. Questo risultato mancherebbe di logica giuridica coerente e sarebbe inconciliabile con il principio di equità fra Stati sovrani contraenti.

La tesi qui contestata collide con la stessa vocazione delle fonti euro-internazionali in materia penale, le quali, di norma, si limitano a stabilire soglie minime di armonizzazione. Un Paese membro che abbia adottato standard sanzionatori più elevati rispetto a quelli minimi richiesti a livello sovranazionale, resta libero di ridurli, a condizione di non scendere al di sotto della soglia comune.

Certo gli organismi deputati in sede internazionale al monitoraggio sull'attuazione dei testi pattizi (ad es., nell'ambito del Consiglio d'Europa il *Group of States against Corruption* – GRECO) potrebbero dolersi di un arretramento nei livelli raggiunti di tutela. Tuttavia, simili rilievi si tradurrebbero al più in forme di *moral suasion* o, come oggi si è soliti dire, in raccomandazioni riconducibili al variopinto contenitore della *soft law*.

Né, ancora, può invocarsi a sostegno di un vincolo di mantenimento *in perpetuum* della protezione penale, tanto più quando essa esuli dalle previsioni convenzionali obbligatorie, l'art. 7, comma 4, della Convenzione di Mérida, secondo cui «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». Tale previsione programmatica, priva di un contenuto precettivo specifico, è inserita nel titolo II della Convenzione ONU, che punta a promuovere efficaci politiche di prevenzione della corruzione, coinvolgendo il settore pubblico e il settore privato. Esse, così, «includono meccanismi istituzionali, quali la creazione di uno

scopo».

⁴³ Cfr. art. 32 della Convenzione di Vienna sui mezzi complementari di interpretazione.

specifico organo anticorruzione, codici di condotta e politiche favorevoli al buon governo, allo stato di diritto, alla trasparenza e alla responsabilità»⁴⁴.

Le misure penali sono, invece, dettate nel titolo III della Convenzione. Sotto questo profilo, la convenzione dell'ONU prevede solo cinque incriminazioni pienamente obbligatorie (*fully mandatory*): la corruzione di pubblici ufficiali nazionali (art. 15), la corruzione attiva di pubblici ufficiali stranieri e di funzionari di organizzazioni pubbliche internazionali (art. 16, comma 1), il peculato (art. 17), il riciclaggio dei proventi criminosi (art. 23) e l'intralcio alla giustizia (art. 25). Tutte le altre disposizioni penali – concernenti la corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri (art. 16, comma 2), il traffico di influenze (art. 18), l'abuso di funzioni (art. 19), l'arricchimento illecito (art. 20), la corruzione nel settore privato (art. 21), l'appropriazione indebita nel settore privato (art. 22) e la ricettazione (art. 24) – sono solo “semi-vincolanti”, nel senso che lasciano un ampio margine di discrezionalità quanto all'esito della valutazione obbligatoria, imponendo meri doveri procedurali⁴⁵. Nella vicenda parlamentare dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, non è mancato un approfondimento delle ragioni favorevoli e contrarie al mantenimento del reato.

Secondo la Cassazione, pur essendo concettualmente distinte nel sistema della Convenzione le misure preventive e le incriminazioni penali, il perseguimento dell'obiettivo di una prevenzione efficace della corruzione può esigere anche il ricorso alla sanzione penale, sicché le due sfere sono intrecciate contribuendo ad attribuire alle norme attuative una peculiare *vis resistentiae* rispetto all'abrogazione. Lo dimostrerebbe anche l'art. 12 della Convenzione, nel prevedere che, nel settore privato, le misure preventive siano, “se del caso”, accompagnate da «sanzioni civili, amministrative o penali efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di inosservanza di tali misure».

In realtà, questo argomento si smentisce da sé. Da un lato, l'art. 7, con riferimento al settore pubblico, richiede a ciascuno Stato parte, più genericamente, «di adoperarsi» (*shall endeavour*)⁴⁶ per introdurre «sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i

⁴⁴ <https://leg16.camera.it/561?appro=511#paragrafo2499>.

⁴⁵ Sui tre “levels of obligation” che caratterizzano nel complesso le disposizioni della convenzione ONU (disposizioni pienamente vincolanti, in quanto impongono doveri di adottare determinate misure; semi-vincolanti in quanto fissano solo “obblighi di considerare”; e del tutto facoltative (*may adopt*)): cfr. *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption. Second revised edition*, 2012, §§ 11 e 12. Come chiarito in dottrina – per tutti, C. ROSE – M. KUBICIEL – O. LANDWEHR, *Introduction*, in Id. (a cura di), *The United Nations Convention Against Corruption. A Commentary*, Oxford, cit., p. 12 – le disposizioni semi-vincolanti importano un semplice «obbligo procedurale di “considerare” l'adozione di determinate azioni, in particolare di una certa legislazione. Tale obbligo può essere adempiuto, ad esempio, attraverso la discussione di un progetto di legge in Parlamento, anche se alla fine il legislatore decida di non adottarlo. Tuttavia, è discutibile se, ad esempio, una semplice discussione nella letteratura accademica sia sufficiente [...]»; in definitiva, l'espressione “shall consider” (*et similia*) obbliga un Paese solo «a valutare una certa situazione, lasciandogli la decisione di prendere o meno misure in base a tale valutazione» (traduzione nostra). Parla, ora, di mero obbligo procedurale – nel suo dettagliato saggio – anche L. ACCONCIAMESSA, *Sull'inesistenza di un obbligo internazionale di stand still e la conseguente liceità giuridica internazionale dell'eliminazione del reato d'abuso d'ufficio*, in *Dir. um. dir. int.*, 2024, n. 3, p. 662. Concordemente, G. FIANDACA – A. MERLO, *L'abrogazione*, cit., p. 6.

⁴⁶ Come notato anche da G.S. CALIFANO, *Le parole (specie in penale) sono importanti! Annotazioni a margine delle questioni di legittimità costituzionale dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 31 marzo 2025, p. 22,

conflitti di interesse», senza accennare a obblighi dettagliati e a possibili risposte sanzionatorie. Dall'altro lato, proprio l'uso dell'espressione "se del caso" (*where appropriate*), che reiteratamente compare nella trama delle disposizioni sulla prevenzione, punta nell'art. 12 a rimarcare lo spazio di discrezionalità valutativa riservato al legislatore nazionale nel decidere se e come presidiare, sul piano sanzionatorio, l'osservanza delle misure preventive.

In conclusione, ravvisare un divieto di decriminalizzazione per gli Stati che già prevedevano un reato oggetto di un mero "dovere di prendere in considerazione" appare arbitrario e privo di supporto testuale esplicito. L'asserito dovere di *standstill* penale può al più concepirsi come una costruzione politico-morale, priva di autentico fondamento giuridico o portata vincolante, e dunque insuscettibile di essere fatta valere in sede costituzionale.

5.1. Il presunto dovere di non regressione (*standstill*) al cospetto della riserva di legge in materia penale.

Ancora più a monte, a noi pare obiettivamente preoccupante l'impatto che il riconoscimento di obblighi (internazionali o costituzionali) di criminalizzazione o – come nella specie – di divieti di arretramento nella tutela potrebbe avere rispetto all'istituto della riserva di legge, quale nucleo duro della legalità penale (art. 25, comma 2, Cost.). L'affermarsi di un obbligo internazionale-costituzionale di non decriminalizzazione (o per converso di incriminazione) minerebbe quest'architrave dello Stato di diritto, compromettendo irreversibilmente il ruolo sovrano del legislatore penale interno, a cui compete «la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare»⁴⁷.

Secondo l'ordinanza della Corte di Cassazione, una cosa è l'inattuazione originaria degli obblighi sovranazionali, che non consente alla Corte costituzionale di supplire all'inerzia legislativa creando nuove incriminazioni; altra cosa sarebbe l'inattuazione sopravvenuta, cioè la successiva abrogazione di norme penali conformi a tali obblighi, che legittimerebbe la reviviscenza della norma soppressa, ritenuta l'unica costituzionalmente compatibile⁴⁸.

La distinzione, a nostro sommo avviso, appare abbastanza artificiosa o quanto meno illusoria, perché in entrambi i casi la decisione del giudice delle leggi impingerebbe sull'esercizio discrezionale della potestà legislativa in materia di politica penale, puntando a superarla mediante un esercizio di "politica penale giudiziaria", con il conseguente rischio di "rottura del sistema"⁴⁹. Difatti, affermare che la Corte

l'espressione *shall endeavour*, nel contesto semantico dell'UNCAC, ha una valenza equivalente a *shall consider adopting*, come si desume dalla Guida legislativa, cit., p. 4, § 12.

⁴⁷ Corte cost., sent. 23 gennaio 2014, n. 5.

⁴⁸ Cass., sez. VI, ord. 7 marzo 2025, n. 9442, cit.

⁴⁹ La nozione fu, com'è noto, coniata da A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-1977, p. 275 ss., 278, 281 nt. 12, 282, 300.

costituzionale non opera alcuna scelta di criminalizzazione nel momento “fa tornare in vita” una norma incriminatrice, ripristinando il disvalore penale di determinate condotte, è una *fictio* che stride con l’impianto istituzionale del diritto penale moderno⁵⁰.

La tesi della Cassazione in realtà solleva, altresì, un problema logico: se il Parlamento sopprime una norma, resta un vuoto che invero la Corte non può a rigore colmare; 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.

Peraltro, avanzare la tesi che il titolare della potestà legislativa in materia penale non possa eliminare dall’ordinamento un reato, in forza di un vincolo sovranazionale, significherebbe rovesciare il principio di legalità, trasformandolo da limite al potere punitivo in divieto di sua riduzione.

Del resto, la stessa Corte costituzionale, proprio in relazione all’*abolitio* parziale dell’art. 323 c.p., intervenuta nel 2020, ebbe modo di lumeggiare che la richiesta di sindacato *in malam partem* volta non a far riesperire un’altra norma generale presente nell’ordinamento, ma «a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale, [è] operazione preclusa alla Corte [...]»⁵¹.

Si potrebbe obiettare che la pronuncia da ultimo richiamata non verteva su una violazione di obblighi internazionali ai sensi dell’art. 117 Cost. ed evocava a sproposito il tema della sindacabilità *contra reum* delle cosiddette norme penali di favore, qualifica che non competeva alla norma esaminata. Tuttavia, si potrebbe, a sua volta, controbattere: perché la Corte dovrebbe ritenere ammissibile un intervento volto a “riesperire” 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.

⁵⁰ Come correttamente riconosciuto dall’assai ben argomentata ord. del Trib. di Reggio Emilia, 7 ottobre 2024, cit., p. 6, «la Consulta si troverebbe a reintrodurre, con la propria eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale, una fattispecie di reato che il Legislatore, nell’esercizio dei poteri attribuiti dalla Costituzione, ha ritenuto non più opportuno prevedere». Condivide, in dottrina, la posizione assunta del Tribunale emiliano, R. D’ANDREA, *Più torti non fanno una ragione. Le vicissitudini giurisprudenziali relative all’abrogazione del reato di abuso d’ufficio*, in questa Rivista, 30 dicembre 2024.

⁵¹ Corte cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8, cit., che ricorda come l’inammissibilità delle questioni volte a conseguire il ripristino di norme incriminatrici abrogate o di discipline penali sfavorevoli sia stato ripetuto in varie altre pronunce (sentt. n. 37/2019, n. 57/2009, n. 324/2008; ord. n. 282/2019, n. 413/2008, n. 175/2001). Sul divieto di sentenze di illegittimità costituzionale *in malam partem*, cfr., da ultimo, M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, p. 529 s.

Va, pertanto, ribadito che la legalità penale, quale principio di matrice illuministica e, in prospettiva liberale, dall'elevata salienza politico-ideologica ha la funzione di tutelare il cittadino contro arbitri punitivi, non certo di assicurare *ad infinitum* un certo livello di punizione a presidio di qualunque interesse ritenuto meritevole di protezione.

Diversamente opinando, inoltre, sul piano della divisione dei poteri (come delineata magistralmente da Montesquieu), il legislatore verrebbe espropriato della sua prerogativa di modulare la politica criminale secondo le esigenze politico-sociali-economiche di un certo momento e contesto storico, perfino quando volesse allentare la risposta punitiva in favore di strumenti alternativi, in ossequio al canone di sussidiarietà dell'intervento penale o di *penal parsimony*. Pretendere un obbligo permanente di tutela criminale rischia, invece, di cristallizzare il ruolo del penale anche dove non è più necessario, ostacolando politiche di legittimo contenimento di un *ius terribile* sempre più debordante. Tanto più, giova ribadirlo, che la protezione di un bene giuridico non deve per forza passare attraverso il diritto penale.

Del resto, la politica criminale, anche in uno Stato costituzionale di diritto, è un terreno altamente discrezionale: quali condotte punire e con quale intensità dipende da valutazioni culturali, economiche e sociali che spettano ai rappresentanti della volontà popolare. Privare il Parlamento della sua prerogativa di determinare autonomamente la politica penale, ovviamente entro i limiti garantistici segnati dai precetti costituzionali, costituirebbe un pericoloso salto nel vuoto, dalle conseguenze imprevedibili per un sistema già assai provato e una giustizia criminale ai limiti del collasso.

In definitiva, l'idea di un obbligo di non regressione in materia penale, sia pure in un contesto internazionalizzato di tutela, appare incompatibile con la lettera e lo spirito della Costituzione italiana, tenuto conto dei cardini dello Stato di diritto. Ciò vale *a fortiori* quando un preciso obbligo internazionale di penalizzazione o mantenimento non sia neppure chiaramente evincibile.

Sul piano tecnico-giuridico, la questione investe il combinato disposto e il rapporto di tensione tra l'art. 117, comma 1, Cost. e l'art. 25, comma 2, Cost. Da un lato, l'art. 117 vincola la potestà legislativa al rispetto degli obblighi internazionali pattizi, rendendo, in linea di principio, incostituzionale una legge interna contrastante con essi. Dall'altro lato, l'art. 25, comma 2, racchiude il principio di legalità e di riserva di legge in materia penale e assegna al Parlamento il monopolio legislativo in questo ramo dell'ordinamento.

La Corte costituzionale italiana ha affrontato tale tensione in alcune pronunce chiave, in particolare quando si è occupata del nodo dell'ammissibilità di declaratorie di incostituzionalità *in peius*, ossia con ricadute pregiudizievoli sui destinatari della norma.

Sul punto, già negli anni '80 e poi all'inizio del nuovo millennio, si è ammessa – al fine di evitare «zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione»⁵² – la sindacabilità anche di «norme penali di favore», ossia «delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che

⁵² Corte cost., sent. 3 giugno 1983, n. 148.

risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni»⁵³. Ma non è questa l'ipotesi che ora ci riguarda.

Assumono, piuttosto, rilievo le decisioni in cui la Corte ha ritenuto ammissibile una declaratoria d'illegittimità, perfino con effetti peggiorativi sotto il profilo penale, per evitare la violazione di obblighi sovranazionali cogenti, in particolare di derivazione euro-unitaria.

Emblematica è una nota sentenza del 2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con la disciplina comunitaria, di una norma definitoria di diritto ambientale che condizionava l'applicabilità di norme penali interne⁵⁴. A ben vedere, però, nel caso di specie non si era trattato di una declaratoria di incostituzionalità di una disposizione penale, né della reviviscenza di una fattispecie incriminatrice abrogata – come, impropriamente, affermato da alcuni giudici rimettenti della questione qui in esame – ma, semmai, di una (ri)estensione del perimetro semantico di una norma extrapenale, la cui interpretazione non poteva eludere i vincoli derivanti dal diritto dell'UE⁵⁵.

Una successiva sentenza ha ribadito in via astratta la possibilità di “resuscitare” disposizioni penali precedenti qualora una modifica legislativa – configurabile come un inadempimento sopravvenuto – contrastasse con obblighi di criminalizzazione assunti dallo Stato in sede sovranazionale europea⁵⁶. Peraltro, nel caso di specie, si è trattato di

⁵³ Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394. Come evidenziato da V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, le norme penali di favore sono norme «irragionevolmente discriminatorie in melius». Sul punto v. anche Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40, secondo cui la riserva di legge non osta a che il giudice delle leggi «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 costituzionalmente illegittime», con conseguente automatica riespansione di altra norma generale o comune.

⁵⁴ Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma ambientale contenuta nel d.lgs. 152/2006 (art. 183, comma 1, lettera n), quarto periodo, nel testo vigente prima del 2008), nella parte in cui escludeva in modo assoluto le ceneri di pirite dalla disciplina sui rifiuti, qualificandole come “sottoprodotti”. Per quanto concerne il problema del possibile effetto *in malam partem* e il rispetto del principio del *favor rei* (art. 2, comma 4, c.p. e art. 49 Carta di Nizza), la sentenza ha precisato che «la valutazione del modo in cui il sistema normativo reagisce ad una sentenza costituzionale di accoglimento non è compito di questa Corte, in quanto la stessa spetta al giudice del processo principale, unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità».

⁵⁵ L'ha notato anche M. RAVENNA, *Riflessioni sull'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale della norma che ha abrogato il delitto di abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web.*, 2024, n. 12, p. 14. Dalla prospettiva costituzionalistica, fondate riserve rispetto alle questioni prospettate dalle ordinanze di rimessione, sono espresse anche da M. CAZZANIGA, *Discrezionalità legislativa in materia penale e obblighi di criminalizzazione: le questioni di costituzionalità sollevate in relazione all'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *Rivista AIC*, 2025, n. 3, p. 29 ss.; dall'angolazione giusinternazionalistica, in senso fortemente critico, con articolate argomentazioni, G.S. CALIFANO, *Le parole (specie in penale) sono importanti! Annotazioni a margine delle questioni di legittimità costituzionale dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, cit.

⁵⁶ Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, dove si affermò: «è appena il caso di aggiungere che la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea. Più precisamente la decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché

un mero *obiter dictum*, perché la dichiarazione di illegittimità di alcune disposizioni penali in materia di stupefacenti, inserite nella legge di conversione di un decreto-legge relativo alle Olimpiadi invernali di Torino, fu fondata sulla violazione del principio di omogeneità previsto dall'art. 77, comma 2, Cost. e non dell'art. 117, comma 1, Cost.

Una più recente pronuncia⁵⁷, avente ad oggetto l'ingiuria depenalizzata, è tornata sull'ammissibilità di un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti *in malam partem*, nel caso in cui si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi degli artt. 11 o 117, comma 1, Cost. Tuttavia, nel caso di specie, la Corte ha sottolineato che nessun obbligo ultranazionale imponeva la repressione penale dell'ingiuria (trattandosi di tutela disponibile attraverso sanzioni civili); pertanto, la depenalizzazione della condotta non violava alcuna norma internazionale o comunitaria stringente, mancando così il presupposto per un sindacato *in malam partem*. In quest'ordine di idee, la scelta legislativa di abolire il reato rientrava nella discrezionalità politica riservata al legislatore.

Da questa giurisprudenza, si può al più ricavare che solo un vero e chiaro vincolo sovranazionale o internazionale potrebbe giustificare l'eccezione alla regola della irretroattività sfavorevole: un generico dovere di tutela o un mero invito internazionale non bastano a legittimare la riespansione giudiziaria del diritto penale, già di per sé così problematica e – a nostro avviso – da considerare con grande cautela, a presidio dello Stato di diritto e del principio ordinamentale della separazione dei poteri. Come già notato, 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. L'esito per un sistema penale, già così malmesso, sarebbe – temiamo – la sua definitiva disgregazione.

Si aggiunga che, se già appare problematica la ricostituzione per via giudiziale di una previsione penale abrogata a fronte di un obbligo europeo precedentemente attuato, essa risulta ancor più difficilmente giustificabile quando l'obbligo in questione sia di natura pattizia e provenga da una fonte extra-UE⁵⁸. Anche tenuto conto della frequente sciatteria redazionale che caratterizza i testi convenzionali da recepire – spesso esito di compromessi negoziali complessi e sovente piuttosto opachi – chi ha a cuore le coordinate dello Stato di diritto non può che guardare con profondo sospetto quei dubbi

non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali. Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite 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.».

⁵⁷ Corte cost., sent. 6 marzo 2019, n. 37.

⁵⁸ V. i dubbi di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 112. In generale, in merito all'impatto di vincoli internazionali, cfr. Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, relativa però a una norma consuetudinaria internazionale per la quale – come per ogni norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta – opera l'adattamento automatico di cui all'art. 10 Cost. (per tutti, problematicamente, M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. Giust.* 1/2015, 84 ss., il quale però chiarisce, rispetto al diritto internazionale pattizio, che «i comuni trattati, come si sa, trovano il proprio limite in tutte le norme costituzionali»).

di legittimità costituzionale volti, in ultima analisi, a imporre al Parlamento l'obbligo di punire condotte che esso ha scelto, legittimamente, di non sanzionare.

In conclusione, le numerose ordinanze di rimessione fin qui depositate sembrano più espressione di un disaccordo ideologico con i contenuti della riforma che di un'effettiva violazione di norme costituzionali o internazionali vincolanti. Appaiono un messaggio rivolto al Parlamento, più che un'aspettativa giuridicamente fondata nei confronti della Corte costituzionale. Tuttavia, non rientra tra le funzioni del giudice dar voce, attraverso l'incidente di costituzionalità, a dissensi sulle scelte legislative di merito, per quanto opinabili o persino fortemente contestabili.

Per questo, è concettualmente insidioso pretendere che la Consulta si trasformi in uno strumento di supplenza legislativa, chiamato a ricostruire per via giurisprudenziale ciò che è stato consapevolmente smantellato per effetto di una decisione politica. I vuoti di tutela prodotti da tale scelta possono essere legittimamente e anche aspramente criticati, attraverso argomenti di ordine giuridico e di politica criminale, che un legislatore futuro potrà eventualmente rivalutare. Ma ciò, di per sé, non è sufficiente a rendere una norma incostituzionale, legittimando la trasformazione del giudice in legislatore sostitutivo.

6. Prospettive dell'abuso d'ufficio.

A prescindere dall'esito che avrà il sindacato della Corte costituzionale, è difficile ritenere che la lunga e travagliata vicenda dell'abuso d'ufficio possa chiudersi definitivamente con il colpo d'accetta inferto dalla legge Nordio.

La scelta del legislatore appare probabilmente troppo drastica, e difficilmente può essere interpretata come espressione di una politica criminale matura. Si è preferito porre fine a una questione complessa nel modo più semplicistico: sottraendo alla magistratura ogni potere di controllo su condotte di abuso che, pur non costituendo necessariamente reati gravi, possono comunque rivelare serie deviazioni nell'esercizio della funzione pubblica.

Si sarebbe potuta sperimentare una più rigorosa tipizzazione della fattispecie, fondata non tanto sulla distinzione tra potere vincolato e potere discrezionale, quanto sulla specifica materia procedimentale coinvolta – concorsi, autorizzazioni, contratti pubblici – ove maggiori appaiono le esigenze di tutela⁵⁹.

⁵⁹ Sul sempre vivo dibattito in prospettiva di riforma, con varietà di proposte, v.: A. SESSA, *Dall'arresto illegale all'abuso d'ufficio 'illegale': per la sistematizzazione di un'ipotesi di 'eccepibile' prognosi privilegiata statale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, n. 2, p. 699 ss.; E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Napoli, 2022, p. 269 ss.; A. NISCO, [La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile](#), in questa *Rivista*, 20 novembre 2020; A.R. CASTALDO – F. COPPOLA, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, in [www.quotidianogiuridico.it](#), 17 luglio 2020, che, in una proposta alternativa alla riforma del 2020, avevano suggerito di introdurre nella fattispecie dell'abuso d'ufficio un nesso di rischio tra la condotta e l'evento dannoso o vantaggioso, così da ancorare la rilevanza penale alla violazione di norme aventi attitudine preventiva dell'evento occorso e da escludere le mere infrazioni formali prive di offensività; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, p. 109 ss.; A.R.

Tuttavia, già la versione del 2020 del delitto di abuso d'ufficio aveva imboccato la prima strada, rendendolo un simulacro svuotato di effettività, specie se paragonato ai fasti originari del c.d. abuso "innominato" in atti d'ufficio. Ciò anche in considerazione del fatto che i casi di attività amministrativa integralmente vincolata – cui la norma era stata ridotta – costituiscono una rarità, interessando un ambito pressoché marginale dell'*agere* pubblico. Dunque, si trattava ormai di un fantasma normativo, depotenziato al punto da poter sopravvivere solo grazie a un'interpretazione giurisprudenziale estensiva o forse oltre la *littera legis*; un reato devitalizzato che la magistratura avrebbe probabilmente tentato di mantenere in vita contro ogni evidenza legale.

Per quanto non ci collochiamo sul fronte di coloro che quasi lamentano il passaggio dall'*eden* della legalità al *far west* dell'illegalità, è chiaro che per effetto dell'abolizione dell'abuso d'ufficio delle lacune di tutela sono affiorate. Alcuni comportamenti arbitrari e alcuni settori rischiano di rimanere improvvidamente sguarniti, come quello particolarmente delicato dei concorsi pubblici, con correlato rischio di nuove forzature ermeneutiche di rimbalzo (ad es. una riespansione impropria delle turbative d'asta – art. 353 e 353-bis c.p., di recente ricondotte dalla giurisprudenza nell'alveo ortodosso delle "gare" pubbliche⁶⁰) o di un uso più ampio di altre previsioni penali, come quelle in materia di falso in atto pubblico.

Ovviamente, le più gravi prevaricazioni a vantaggio, connotate da violenza o minaccia, restano coperte dal delitto di concussione. A fronte di compensi indebiti dati o promessi potrà aversi corruzione o induzione indebita. L'omissione di atti d'ufficio, la rivelazione di segreti d'ufficio, ecc., restano condotte penalmente rilevanti.

Inoltre, occorre ricordare che una parziale lacuna di tutela, ancora prima dell'entrata in vigore della legge n. 114/2024, era già stata ripianata dal legislatore con l'art. 9, comma 1, d.l. 4 luglio 2024, n. 92, conv. con mod. dalla l. 8 agosto 2024, n. 112 ("Indebita destinazione di denaro o cose mobili"), che ha introdotto nel codice penale un nuovo art. 314-bis. Per capire il senso di questa ennesima interpolazione, occorre considerare che, tradizionalmente, la giurisprudenza ha distinto tra casi di distrazione di denaro o cosa mobile ricadenti nel peculato ed altri ricondotti nell'alveo dell'abuso d'ufficio. La fattispecie peculativa più grave si avrebbe quando il pubblico agente sottrae i beni alla destinazione pubblica, per asservirli a un interesse privato, ad es. quando liquida in favore di un terzo somme eccedenti la misura dovuta: in questo caso, l'autore dispone del denaro *uti dominus* e dunque se ne "appropria". Viceversa, l'abuso d'ufficio per distrazione veniva applicato nelle situazioni di uso indebito del bene che resti però nell'ambito delle finalità istituzionali dell'ente⁶¹.

CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018 (al cui interno v. anche l'*Intervento* di L. STORTONI, p. 119, di tono critico rispetto al permanere della fattispecie di abuso d'ufficio nel sistema penale). Il dibattito *de iure condendo* sul tema è, in effetti, costante da diversi decenni: tra i numerosi progetti, come ricordato da T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 2 s., uno del 1996, elaborato da una commissione presieduta da G. Morbidelli, aveva suggerito di suddividere l'abuso d'ufficio in tre distinte fattispecie: prevaricazione, favoritismo affaristico e sfruttamento privato dell'ufficio.

⁶⁰ Ad es. Cass., sez. VI, 24 maggio 2023, n. 38127, rv. 285274-01.

⁶¹ Per tutte, Cass., sez. VI, 4 maggio 2018, n. 19484, rv. 273783-01, in cui la Corte ha ritenuto sussistente il

Con l'abolizione dell'abuso d'ufficio sarebbe divenuta lecita anche la distrazione *sine usurpatione* privata del bene, generando un insuperabile attrito con la direttiva PIF 2017/1371 del 5 luglio 2017 dell'Unione europea, che sancisce un obbligo di penalizzazione di tutte le condotte del funzionario pubblico che miri all'appropriazione indebita di fondi o beni, per uno scopo contrario a quello previsto, purché aventi ripercussioni lesive degli interessi finanziari dell'Unione (art. 4, comma 3).

Così, il legislatore, se con una mano ha buttato l'abuso d'ufficio nel cestino delle anticaglie penali, con l'altra mano ha inserito, quasi contestualmente, nel codice penale il nuovo art. 314-bis c.p., riguardante – nelle intenzioni – proprio i casi di condotte distrattive prima punibili a titolo di abuso d'ufficio.

Al di là della questione se il nuovo reato assicuri una completa copertura degli obblighi sanciti dalla direttiva PIF⁶², preme ora evidenziare che, come sempre accade a fronte di un convulso succedersi di norme penali, anche l'ingresso dell'art. 314-bis nel codice penale ha fatto sorgere problemi di diritto intertemporale⁶³.

Secondo il testo legislativo, il delitto di nuovo conio riguarda le condotte del pubblico agente che destina denaro o cose mobili altrui di cui abbia il possesso per ragioni del proprio ufficio o servizio «ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità», con danno/vantaggio ingiusto intenzionalmente causato.

Sul dilemma è già intervenuta la VI Sezione Penale della Corte di Cassazione⁶⁴, la quale ha stabilito che la nuova fattispecie non interferisce né modifica l'ambito del reato di peculato previsto dall'art. 314 c.p.⁶⁵. Ciò in quanto il delitto di indebita destinazione riguarderebbe proprio le condotte di "abuso distrattivo" di fondi pubblici, precedentemente nell'art. 323 c.p. Si è ritenuto così che la clausola di riserva presente nell'art. 314-bis c.p. ("Fuori dei casi previsti dall'articolo 314") sia stata introdotta esattamente per evitare sovrapposizioni tra le due fattispecie, non erodendo il previo ambito applicativo del peculato. Pertanto, le condotte che comportano una vera e propria appropriazione di beni pubblici per fini privati continuano a rientrare nel reato *ex art.* 314 c.p., mentre la nuova figura criminosa si applica alle condotte di semplice deviazione dalla destinazione legale, senza appropriazione.

reato di peculato a fronte della condotta del direttore generale di una società, incaricata dello svolgimento di un pubblico servizio, che aveva utilizzato denaro dell'ente per lo svolgimento di attività di ricerca i cui proventi – brevetti e prototipo di un macchinario industriale – erano rimasti nell'esclusiva titolarità dell'agente e di altri privati, anziché dell'ente che aveva finanziato la ricerca; Id., 18 gennaio 2001, n. 381, rv. 219086-01 (abuso d'ufficio per distrazione in presenza di un indebito uso del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto).

⁶² I dubbi appaiono fondati, poiché la direttiva PIF non prevede limitazioni legate alle specifiche finalità dell'appropriazione, né restrizioni oggettive ai soli beni mobili, come invece fa il nuovo art. 314-bis c.p.

⁶³ Su quest'operazione legislativa, v. il commento fortemente critico di S. SEMINARA, [Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.](#), in questa *Rivista*, 19 luglio 2024; nonché, A. ROIATI, *Il riassetto dei delitti contro la pubblica amministrazione: la reviviscenza della fattispecie distrattiva, l'abrogazione dell'abuso d'ufficio ed il convitato di pietra del peculato per appropriazione*, in *Arch. pen.*, 2024, n. 3, p. 1 ss.

⁶⁴ Cass., sez. VI, 23 ottobre 2024, n. 4520.

⁶⁵ Cfr. l'annotazione di D. GUIDI, *La Suprema Corte si pronuncia sull'ambito di applicazione del nuovo art. 314-bis c.p.*, in corso di pubblicazione su *Giur. it.*

Specularmente, l'art. 314-*bis* c.p. consente di preservare una nicchia applicativa residua anche nell'oggi angusto perimetro del traffico di influenze illecite (su cui si veda *infra*). Così, nel caso "Mafia Capitale", le condotte di favoritismo nei pagamenti alle cooperative riconducibili a Salvatore Buzzi, poste in essere dall'ex sindaco di Roma Gianni Alemanno, sono state riqualificate come indebita destinazione ai sensi dell'art. 314-*bis* c.p. In tal modo, la Corte ha potuto confermare la condanna per traffico di influenze illecite, reato che oggi richiede espressamente il fine di ottenere un atto costituente reato vantaggioso, rigettando l'istanza di revoca presentata dalla difesa⁶⁶.

Il quadro normativo appare, dunque, tutt'altro che cristallizzato e destinato verosimilmente a ulteriori evoluzioni.

7. Il delitto di traffico di influenze illecite: un dilemma ancora irrisolto.

È il momento di volgere l'attenzione all'altra fattispecie oggetto dell'intervento della legge Nordio: il traffico di influenze illecite.

Si tratta di un reato-avamposto, concepito per offrire una tutela anticipata ai beni e agli interessi della pubblica amministrazione, ma che rischia in concreto di alimentare procedimenti penali fondati su indizi labili o elementi sintomatici di tenue consistenza, spesso più funzionali a generare scandali mediatici che ad accertare effettive responsabilità. Emblematico, in tal senso, il caso di una ministra costretta alle dimissioni pur senza essere mai stata indagata, per un'ipotesi di traffico imputata al compagno, poi archiviata senza esiti.

Sul piano legislativo, la tormentata vicenda del traffico di influenze illecite è, a dir poco, sconcertante: essa rappresenta, anzi, il paradigma della crisi della legislazione penale nel nostro Paese, l'emblema di un modo di legiferare approssimativo e privo di autentica consapevolezza sistematica.

Il tema, tuttavia, resta di grande rilievo, poiché investe uno snodo cruciale delle democrazie contemporanee: i limiti di liceità della rappresentanza di interessi particolari nei processi decisionali pubblici. Una tale rappresentanza – e l'attività ad essa connessa dei gruppi di pressione o degli operatori professionali del lobbismo – se adeguatamente regolata, potrebbe addirittura contribuire al miglioramento qualitativo delle decisioni pubbliche, anziché rappresentarne un fattore di inquinamento.

Il problema, semmai, risiede nel mancato intervento del legislatore sul piano extrapenale: la patologia del lobbismo distorto avrebbe dovuto essere affrontata, anzitutto, con una disciplina chiara, trasparente ed efficace sul piano amministrativo e regolatorio. Pare però che questa sia una missione impossibile nel nostro paese, a giudicare dagli innumerevoli progetti andati a vuoto, sicché anche in questo caso il diritto penale è stato elevato in chiave emergenziale a *prima* anziché *ultima ratio*.

⁶⁶ Cass., sez. I, 7 febbraio 2025, n. 5041, rv. 287431-01, segnalata in questa Rivista, [Traffico di influenze finalizzato all'abuso d'ufficio distrattivo: nessuna abolitio criminis. La Cassazione conferma il rigetto dell'istanza di revoca della condanna dell'ex Sindaco di Roma Alemanno](#), 13 febbraio 2025.

Entrata nel nostro ordinamento tra gli squilli di tromba della lotta alla corruzione, la fattispecie del traffico di influenze illecite è divenuta ben presto orfana, priva di una reale volontà politica e “disponibilità” giurisprudenziale a “sostenerla” con coerenza.

La parabola di questo reato nel contesto italiano – breve, frammentaria e tutt’altro che lineare – è così accidentata da rendere arduo persino abbozzarne i contorni in questa sede.

Basti un esempio, pur a costo di semplificare troppo. Tizio, su sollecitazione dell’amico Caio, raccomanda il figlio di quest’ultimo presso un pubblico funzionario affinché ottenga un incarico. La raccomandazione, di per sé, non costituisce reato⁶⁷. Come osservava Giorgio Manganelli in un pezzo di magistrale ironia apparso sul *Corriere* nel 1982, «la raccomandazione, atto di pacifica ingiustizia, ha sapore più di “peccato” che di reato». Ma immaginiamo che, qualche tempo prima, Caio avesse invitato Tizio a cena offrendogli un pasto sontuoso, oppure gli avesse spianato la strada per l’ammissione a un esclusivo circolo privato. Che cosa accadrebbe se un pubblico ministero, animato da uno zelo sospettoso, tentasse di collegare questi episodi? Saremmo ancora nell’ambito dell’amicizia o già sul crinale incerto del traffico di influenze?

È precisamente in questa zona grigia della vita di relazione – sospesa tra favore, cortesia, rispetto e sospetto – che la fattispecie ha mostrato le sue ambiguità più profonde. Di fronte a un’incriminazione tanto evanescente, capace di proiettare l’ombra del penalmente rilevante anche su gesti comuni della socialità, per quanto talvolta equivoci, tutti – politici, imprenditori, accademici, avvocati, professionisti e persino magistrati – hanno finito per temerne la sinistra vischiosità e l’imprevedibilità degli esiti applicativi.

Il problema è esploso con l’entrata in vigore della legge “spazzacorrotti” (l. n. 3/2019)⁶⁸, quando la norma sul traffico di influenze illecite si è trasformata in un contenitore privo di contorni e di fondo: l’inasprimento parossistico del precetto apparve come l’ultimo, disperato tentativo di rianimare un reato già quasi clinicamente defunto. Venne persino soppresso l’elemento finalistico dell’atto antidoveroso, che rappresentava – nel disegno del legislatore del 2012 – l’unico vero argine all’espansione incontrollata della fattispecie, convertita così in una figura potenzialmente onnivora, senza limiti determinati e determinabili.

In tale configurazione, il delitto avrebbe meritato una decisa censura da parte del giudice delle leggi per manifesta violazione del principio di sufficiente determinatezza o precisione. E invece, la giurisprudenza ha scelto la via della sopravvivenza ortopedico-interpretativa⁶⁹, avventurandosi in ardite torsioni ermeneutiche nel tentativo di tenerlo

⁶⁷ Lo ha affermato in modo esplicito anche la giurisprudenza di legittimità in alcune pronunce: Cass., sez. VI, 4 ottobre 2023, n. 40428, rv. 285276-01; Cass., sez. V, 30 settembre 2019, n. 40061, rv. 278314-01; Id., 21 luglio 2014, n. 32035, rv. 261753-01.

⁶⁸ Sia consentito il rinvio a V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell’ordinamento italiano dopo la legge “spazzacorrotti”*, in S. GIAVAZZI – V. MONGILLO – P.L. PETRILLO (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e diritto penale*, Torino, 2019, p. 265 ss.

⁶⁹ Dettagli e riferimenti bibliografico-giurisprudenziali in V. MONGILLO, [Il traffico di influenze illecite nell’ordinamento italiano. Crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile](#), in questa *Rivista*, 2 novembre

in vita, finendo – paradossalmente – per accelerarne l’implosione. Infatti, consapevole del rischio che la disposizione potesse sfuggire di mano a causa della sua eccessiva vaghezza, la giurisprudenza, dopo la novella del 2019, ha tentato di contenerne gli effetti attraverso un’opera di tassativizzazione sul piano soggettivo: si è così sostenuto che fosse illecita solo la mediazione volta a ottenere, da parte del pubblico agente, non già un semplice atto contrario ai doveri d’ufficio, ma addirittura la commissione di un reato vantaggioso⁷⁰. Una lettura restrittiva che, nel tentativo di recuperare razionalità, finiva però per restringere l’ambito applicativo ben oltre quanto previsto dalla stessa formulazione originaria, introducendo *ex novo* requisiti selettivi non esplicitati nel dettato normativo.

Inoltre, il legislatore del 2019 tentò di far confluire la figura del millantato credito, abrogata, all’interno della fattispecie di traffico di influenze, nel dichiarato intento di razionalizzare e semplificare il sistema. E qui la vicenda ha assunto contorni quasi grotteschi. Le Sezioni Unite, chiamate a dirimere una ridda di sentenze contrastanti in seno alla VI Sezione⁷¹, hanno stabilito che «non sussiste continuità normativa tra il reato di traffico di influenze illecite di cui all’art. 346-bis c.p., come modificato dall’art. 1, comma 1, lett. t), l. 9 gennaio 2019, n. 3, ed il reato di millantato credito “corruttivo” di cui all’art. 346, comma 2, c.p., abrogato dall’art. 1, comma 1, lett. s), l. n. 3 cit., le cui condotte potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa, in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito “corruttivo”, purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie incriminatrice»⁷².

Rimaneva tuttavia un nodo irrisolto: che fare delle millanterie previste dal primo comma del vecchio art. 346 c.p.? Anche in queste, infatti, si rinviene una componente di inganno, quantomeno sotto forma di esagerazione fraudolenta o di ostentazione artificiosa di un credito effettivamente esistente.

Sotto questo profilo, il residuo spazio applicativo della truffa appare decisamente esiguo: è evidente, infatti, quanto risulti poco plausibile l’ipotesi di una querela avanzata da chi, nel tentativo fallito di corrompere o di esercitare indebite pressioni su un pubblico agente, lamenti di essere stato tratto in inganno da una falsa rappresentazione del credito vantato dall’intermediario.

Si è così giunti alla legge n. 114/2024, che ha riscritto per la seconda volta la fattispecie, adottando una formulazione, almeno negli intenti, diametralmente opposta a quella previgente. A differenza del reato di abuso d’ufficio, il legislatore non ha potuto procedere alla sua completa abrogazione: in questo caso, infatti, esiste certamente un obbligo internazionale di incriminazione, assunto volontariamente dallo Stato italiano,

2022.

⁷⁰ Cass., sez. VI, 9 novembre 2021, n. 40518, rv. 282119-01; Id., 13 gennaio 2022, n. 1182, rv. 282453-01.

⁷¹ Cass., sez. un., 15 maggio 2024, n. 19357.

⁷² Per un commento, cfr. V. MONGILLO, *Millantato credito e traffico di influenze illecite dalle Sezioni unite alla legge Nordio: un tramonto parallelo?*, in *Giur. it.*, 2025, n. 1, p. 169 ss.; G. PONTEPRINO, *Cronaca di un finale annunciato. In attesa dell’ennesima riforma le Sezioni unite restringono i margini applicativi dell’art. 346-bis c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, n. 7, p. 884.

che – a partire dalla legge del 2019 – ha cessato di rinnovare le riserve alla Convenzione del Consiglio d'Europa⁷³, che all'art. 12 contempla la figura del traffico. Per quanto riguarda la Convenzione ONU, vale quanto già osservato in relazione all'abuso d'ufficio: *shall consider adopting* e dunque nessun obbligo di incriminazione del traffico di influenze; e difatti diversi Stati parte della Convenzione – tra cui la Germania – continuano a rifiutarne risolutamente l'introduzione nel proprio ordinamento.

La legge Nordio ha così scelto di restringere fortemente l'ambito di tipicità del traffico penalmente rilevante.

Il nuovo art. 346-*bis* c.p. richiede ora che i rapporti tra il mediatore e il pubblico ufficiale siano “reali” (non più meramente asseriti) e “intenzionalmente utilizzati” (non solo vantati).

L'utilità corrisposta o promessa deve avere natura economica, mentre il minimo edittale è stata innalzato a un anno e sei mesi.

Ben più interessante, tuttavia, è il tentativo del legislatore di sciogliere il nodo concettuale alla base della “mediazione illecita”, da sempre caratterizzata da un nucleo di illiceità specifica indefinita, soprattutto in assenza di una disciplina organica sul *lobbying*. La riforma introduce finalmente una definizione normativa, che cumula i tre criteri emersi nei principali formanti giurisprudenziali e dottrinali: così si è stabilito che per “altra mediazione illecita” «si intende la mediazione per indurre il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-*bis* a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito».

Ma quali condotte penalmente rilevanti potrebbero astrattamente rientrare nella finalità perseguita dalle parti dell'accordo? L'abuso d'ufficio è stato abrogato ed è così venuto meno questo giunto normativo. Rimangono ipotesi minori, come l'omissione di atti d'ufficio, la rivelazione di segreti, l'indebita destinazione di risorse, ecc., e forse alcune contravvenzioni, che difficilmente potranno sorreggere un'applicazione significativa della norma.

L'*abolitio criminis* parziale ha di fatto neutralizzato, in larga parte, la portata applicativa del delitto. In prospettiva, pare plausibile pronosticare un qualche spazio operativo residuale solo per il traffico a fini corruttivi e, soprattutto, nella dimensione internazionale. Si pensi all'intermediario che riceva un mandato a corrompere senza possibilità di provare l'istigazione o l'effettivo mercimonio corruttivo con il pubblico agente straniero⁷⁴.

In definitiva, un'altra norma originariamente presentata come la panacea normativa contro la corruzione sembra avviarsi a un progressivo esaurimento funzionale. Il legislatore aveva in mente la figura del “faccendiere abituale”, nella sua accezione sociologico-mediatica. Tuttavia, non è riuscito a calare la norma nello stampo di una condotta sufficientemente determinata. Ha inquadrato il bersaglio, ha puntato

⁷³ Tali riserve, rinnovabili ogni tre anni (art. 38 dalla Convenzione), sono consentite per alcune previsioni, tra cui quella concernente il traffico di influenze, dall'art. 37 della Convenzione.

⁷⁴ Per un'analisi più articolata, cfr. V. MONGILLO, *Il nuovo traffico di influenze illecite: evoluzione e dilemmi di un nodo irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, n. 9, p. 1124 ss.

l'arma ma non ha saputo calibrare il tiro. E così, la disposizione incriminatrice ha finito per soffrire di un'eccedenza criminologica, incapace di trovare un'effettiva corrispondenza nel sistema penale positivo e nella applicazione giurisprudenziale.

8. Il traffico di influenze tra obblighi internazionali e legalità costituzionale.

Anche rispetto alla riformulazione restrittiva del traffico di influenze illecite è stata sollevata una questione di costituzionalità. Ciò è avvenuto ad opera del Tribunale di Roma⁷⁵, in un procedimento riguardante presunte mediazioni illecite per la fornitura di mascherine cinesi durante il Covid (vicenda in cui intermediari avrebbero ottenuto denaro promettendo vantaggi nei contratti pubblici). Anche in questo caso il giudice ha ritenuto che la riforma contrasti con obblighi internazionali assunti dall'Italia (artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 12 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa).

Il GUP di Roma, facendo propria la tesi sostenuta dalla Procura di Roma, intravede, così, nelle limitazioni introdotte dalla recente novella legislativa un inadempimento convenzionale.

Le criticità del nuovo dettato normativo, che ha comportato la parziale soppressione del delitto di traffico di influenze illecite, riguardano principalmente tre aspetti: a) l'assenza di riferimento a relazioni anche soltanto "supposte"; b) la mancata considerazione di ogni possibile vantaggio indebito (non solo "economico") quale contropartita della condotta; c) una definizione troppo restrittiva di "mediazione illecita", ora necessariamente finalizzata a un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato vantaggioso.

Nel caso esaminato dal giudice romano è il terzo profilo a rilevare, giacché la riformulazione – e il parallelo venir meno della possibilità di ancorare il dolo specifico alla figura dell'abuso d'ufficio, nel frattempo abrogata – ha reso praticamente inapplicabile la previsione normativa.

Pur riconoscendo la perspicacia di talune tesi articolate dal giudice remittente, è opportuno evidenziarne le notevoli complessità, le quali invitano necessariamente alla prudenza, e non solo per gli effetti *in malam partem* che provocherebbe l'accoglimento della questione.

Quest'ultimo profilo critico è già stato esaminato riflettendo sull'*abolitio* dell'abuso d'ufficio.

In aggiunta occorre ora ragionare, in relazione al traffico di influenze, sui possibili conflitti tra l'adempimento degli obblighi sovranazionali di repressione e i principi fondamentali del diritto penale costituzionale, in particolare: il principio di legalità e irretroattività e il suo corollario della tassatività/determinatezza delle fattispecie.

⁷⁵ Trib. Roma, ord. 31 gennaio 2025, n. 47, su cui v. la nota di G.L. GATTA, [Traffico di influenze illecite e riforma Nordio: il g.u.p. di Roma solleva questione di legittimità costituzionale nel processo per la fornitura delle mascherine cinesi \(Covid\)](#), in questa Rivista, 4 febbraio 2025.

La tensione deriva dal fatto che la comunità internazionale – per perseguire efficacemente crimini gravi a proiezione transnazionale – esorta o richiede agli Stati di adottare leggi penali severe e coordinate; d’altro canto, ogni ordinamento interno è chiamato a farlo nel rispetto dei propri principi fondamentali.

Tra questi principi, com’è noto, campeggia il *nullum crimen, nulla poena sine lege*, che ha rango supremo negli Stati di diritto contemporanei, vietando di punire condotte in assenza di una legge penale chiara e preesistente.

Sul piano della determinatezza delle fattispecie, l’interferenza sovranazionale sui principi costituzionali interni può manifestarsi quando convenzioni o direttive richiedono di tipizzare condotte in modo estremamente ampio e generico, e pertanto incompatibile col principio di precisione.

È proprio il caso del traffico di influenze. È doveroso sottolineare, infatti, come la disposizione pattizia di riferimento (art. 12 della Convenzione penale contro la Corruzione del Consiglio d’Europa⁷⁶) costituisca un caso macroscopico di vaghezza e imprecisione, che implica un ampio margine di apprezzamento da parte dei legislatori nazionali e sembra quasi reclamare un intervento volto a ricondurre la fattispecie a un *minimum* di tassatività.

Si pensi, in particolare, al carattere “*improper*” attorno a cui gravita, nella previsione ultranazionale, il nucleo di disvalore dell’influenza che l’intermediario deve impegnarsi a esercitare in favore del committente: un predicato riportato nel testo inglese della Convenzione europea e finanche (incomprensibilmente) omesso nella traduzione non ufficiale italiana, allegata alla legge di ratifica ed esecuzione del 28 giugno 2012, n. 110.

Ad ogni modo, la locuzione resta indeterminata e chi si attendesse un soddisfacente ausilio ermeneutico dall’*Explanatory Report* accluso alla Convenzione rimarrebbe deluso⁷⁷. Qui ci si limita ad asserire che l’obiettivo è colpire il comportamento di quelle persone che sono nelle vicinanze del potere e cercano di ottenere vantaggi da questa posizione, contribuendo a creare una *atmosphere of corruption*; aggiungendo che è *improper* un’attività di influenza sorretta dal *corrupt intent* dell’intermediario che sia remunerato dal proprio cliente. Tale formula soggettivistica appare elusiva e inconcludente, anche perché la nozione convenzionale di *corruption* è assai più ampia di quella di reato di corruzione secondo il diritto interno, ed evoca qualsiasi forma di abuso di un potere affidato fiduciarmente a un pubblico agente (*agent*) dall’amministrazione

⁷⁶ Questo il testo nella versione ufficiale in inglese: «Article 12 – Trading in influence: Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an *improper influence* over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result» (corsivi nostri).

⁷⁷ Council of Europe, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, European Treaty Series – No. 173, Strasbourg, 27 gennaio 1999, *sub* art. 12, par. 64.

(*principal*). Come per l'abuso d'ufficio, al di là di possibili rilievi (*soft law*!) che potranno presumibilmente essere rivolti all'Italia in sede di *peer review* periodica dal GRECO⁷⁸, può realmente asserirsi che un legislatore desideroso di rendere afferrabile tale anodina espressione (*improper*) violerebbe, in modo incostituzionale, la stessa Convenzione?

La scelta compiuta, al riguardo, dalla Legge Nordio è poco felice sul piano tecnico e sicuramente criticabile dal punto di vista politico-criminale, ma non per questo necessariamente contraria a Costituzione⁷⁹. Infatti, come a breve si preciserà, la pretesa di un pedissequo adeguamento a una piattaforma normativa così generica comporterebbe delle frizioni con il dettato costituzionale – sotto il profilo dell'ossequio dovuto al principio di legalità/determinatezza della legge penale – anche significativamente più gravi di quelle che deriverebbero dal mancato adeguamento al dovere di legiferare in modo coerente con gli obblighi internazionali ai sensi dell'art. 117 Cost.

Al di là della questione rilevante nel procedimento che ha occasionato l'ordinanza di rimessione, una sensibile genericità esibisce, nella disposizione-tipo sovranazionale, pure l'espressione "supposta influenza" e indeterminato appare lo stesso concetto di "qualsiasi vantaggio indebito". Sul primo versante, ad accrescere i dubbi è anche l'affermazione contenuta nel sopra citato *Rapporto esplicativo*, secondo cui l'interesse tutelato dal reato è la trasparenza e l'imparzialità nei processi decisionali delle amministrazioni pubbliche⁸⁰: una condotta truffaldina può mettere a repentaglio tali interessi? Circa il secondo aspetto, già il legislatore del 2012 motivò la scelta di aggiungere, nella descrizione del reato, il contrassegno della "patrimonialità", in relazione al vantaggio dato o promesso al pubblico agente, per l'esigenza di fugare ogni dubbio circa l'atipicità di una mera raccomandazione⁸¹.

Questa breve ricostruzione aiuta a intuire i problemi e le insidie che spesso accompagnano la trasposizione di strumenti internazionali negli ordinamenti nazionali. Sicuramente, del tutto improvvida è stata la decisione del legislatore del 2019 di

⁷⁸ A livello di Unione Europea (la c.d. piccola Europa), l'ultima *Relazione sullo Stato di diritto* 2024 ha espresso preoccupazioni «per la nuova legge che abroga il reato di abuso d'ufficio e limita l'ambito di applicazione del reato di traffico di influenza», in quanto «potrebbe avere implicazioni per l'individuazione e l'indagine di casi di frode e corruzione» e così «compromettere la lotta contro la corruzione» (p. 21). Al contempo, si è lamentata la persistente mancanza di una regolamentazione specifica sulle attività di *lobbying* (p. 25).

⁷⁹ È appena il caso di aggiungere che una lettura parimenti restrittiva, con i distinguo sopra ricordati, era già stata offerta dalla Cassazione (v. *supra*): anche questa interpretazione doveva essere ritenuta incostituzionale?

⁸⁰ *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, loc. cit. Si aggiunge che il reato «permette alle Parti contraenti di affrontare la c.d. "background corruption", che mina la fiducia dei cittadini nell'equità (*fairness*) dell'amministrazione pubblica» (traduzione nostra).

⁸¹ Notò, infatti, la ministra Paola Severino, dopo il via libera definitivo alla legge del 2012 che porta il suo nome, che la norma sul traffico di influenze illecite «è stata profondamente modificata dalle forze politiche che hanno introdotto l'aggettivo 'patrimoniale' al termine interferenze. Così invito i deputati, che hanno sostenuto che segnalare o raccomandare qualcuno diventa un reato, a leggere il testo. A loro chiederei: ma voi vi fate pagare per segnalare o raccomandare qualcuno? Se vi fate pagare è reato se no, non lo è»: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2012/06/14/incandidabilita-condannati-dal-2013-si-della-camera-a-ordine-del-giorno-pd/263120>.

rinunciare ad apporre (*rectius*, riproporre) qualsiasi riserva all'art. 12 della fonte convenzionale.

Allo stato, la norma convenzionale "interposta" si pone in patente attrito con un principio fondamentale del nostro sistema penale, come detto il canone della legalità *sub specie* di precisione o determinatezza. In quanto principio di rilievo costituzionale, esso sarebbe sicuramente opponibile all'ingresso di qualunque norma di livello sub-costituzionale o infra-costituzionale pattizia in potenziale contrasto. Inoltre, quale "principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo", potrebbe operare come "controlimite" finanche contro norme di diritto dell'UE⁸². Come, infatti, ha ben chiarito la vicenda *Taricco*, la primazia delle fonti eurounitarie sul diritto interno incontra un limite insormontabile nell'esigenza di salvaguardare i principi costituzionali fondamentali, a cui certamente appartiene il principio di legalità, in tutti i suoi corollari.

Con riferimento alla norma convenzionale in esame, occorre rilevare che alle già evidenziate criticità sotto il profilo del principio di legalità si aggiungono vistose carenze sul versante del principio di offensività, che rappresenta un altro pilastro nella configurazione del volto costituzionale del diritto penale. Ne deriva che il vincolo "esterno" di matrice sovranazionale, qui richiamato a fondamento dell'obbligo di incriminazione, debba ritenersi neutralizzato dall'interazione con molteplici vincoli costituzionali interni.

Tale esigenza di bilanciamento risulta ancor più stringente qualora dovesse consolidarsi l'idea, pur teoricamente sostenibile ma sopra messa in discussione, della praticabilità di una declaratoria di incostituzionalità della norma nazionale con effetti *in malam partem*, ossia tali da determinare la "riesumazione" della precedente fattispecie incriminatrice. In simile scenario, il sindacato sulla legittimità della fonte convenzionale – e sulla sua effettiva conformità ai principi fondamentali del diritto penale – dovrebbe farsi particolarmente rigoroso e penetrante.

Nel caso in disamina, a nostro avviso, la Corte costituzionale dovrebbe comunque escludere che la fonte sovranazionale evocata sia idonea a integrare un parametro interposto rilevante ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., e per tale ragione dichiarare infondata la relativa questione di legittimità.

⁸² Cfr. Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24 e sent. 31 maggio 2018, n. 115 (nella vicenda *Taricco*). Ricordiamo che la Corte Giust. UE, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, stabilì che la disciplina italiana della prescrizione (che poteva condurre a elevati tassi di prescrizione dei reati di frode fiscale) contrastava con il diritto dell'Unione, imponendo al giudice nazionale di disapplicare le norme sulla prescrizione nei grandi casi di frode in materia di imposta sul valore lesivi degli interessi finanziari dell'UE. L'approdo decisorio della Corte eurounitaria equivaleva, in concreto, ad applicare *ex post* un regime più severo a scapito dell'imputato, prolungando i termini di punibilità e dunque con effetti peggiorativi *in malam partem*. Sulla distinzione tra "controlimiti" in senso stretto e "controlimiti allargati", questi ultimi comprensivi di tutti i principi costituzionali, "fondamentali" o meno, e in grado di limitare l'ingresso nell'ordinamento interno di norme di rango sub-costituzionale o infra-costituzionale di fonte pattizia (norma interposta), cfr. V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, p. 295 s., 307, 316 ss., il quale cita, in materia di «controlimiti allargati» quali limiti all'ingresso di fonti convenzionali, anche la sent. n. 264/2012 della Consulta.

Anzi, la questione appena esaminata andrebbe per certi versi ribaltata, perché a noi pare che siano la legge di ratifica della Convenzione, nella parte che ha recepito l'art. 12, unitamente all'art. 1, comma 10, della l. n. 3/2019, che l'ha resa integralmente vincolante (impedendo al Governo il rinnovo di qualsiasi riserva e quindi imponendo un recepimento senza limitazioni), a potersi esporre a una valutazione di contrarietà alla Costituzione. Su queste basi, non può escludersi che il giudice delle leggi, in sede di scrutinio di costituzionalità dell'art. 346-bis c.p., possa decidere di andare oltre una sentenza di rigetto per infondatezza della *quaestio legitimitatis* concernente la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e rivendicare la potestà di dichiarare illegittime, piuttosto, le norme concernenti il parametro interposto, sollevando dinanzi a sé, *ex officio*, la relativa questione⁸³. L'esito, in tal caso, sarebbe una declaratoria di incostituzionalità delle norme da ultimo menzionate, nella parte in cui il loro combinato disposto consente "l'ingresso" nell'ordinamento italiano di un dovere di criminalizzazione contrario al principio di legalità-precisione, quale controlimite costituzionale.

9. Cenni alla proposta di direttiva UE anticorruzione: l'importanza dell'armonizzazione europea e i costi del diritto penale.

Qualche cenno merita anche la recente proposta di direttiva europea contro la corruzione⁸⁴ che, se approvata, renderà vincolanti numerose fattispecie incriminatrici, comprese quelle che, nella Convenzione ONU, hanno un carattere solo semi-vincolante (*shall consider adopting*)⁸⁵.

Il testo – attualmente oggetto di serrata negoziazione, nel contesto del c.d. Trilogo, tra Commissione, Parlamento e Consiglio – presenta profili positivi sotto il profilo dell'armonizzazione e del rafforzamento della risposta europea alla corruzione. Tuttavia, la proposta risente di una filosofia di fondo discutibile, riassumibile nella tendenza panpenalistica a "punire tutto" e "punire di più", come se il diritto penale fosse una risorsa taumaturgica, inesauribile e priva di costi.

Sotto questo aspetto emergono notevoli incongruenze. La proposta, come si evince nella *Relazione*, sembra dimenticare che il ricorso al penale non è mai "a costo zero", né in termini di risorse impiegate dal sistema giudiziario, né tantomeno in termini di impatti sociali. La penalizzazione eccessiva o sproporzionata porta inevitabilmente con sé costi elevatissimi, che si manifestano attraverso sovraccarichi giudiziari, stigmatizzazione sociale eccessiva o ingiustificata, e spesso anche nel deterioramento di

⁸³ Su questa possibilità, per tutti, V. MANES, *La proposizione*, cit., p. 317, nt. 494, dove si cita A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2013, p. 3 ss.

⁸⁴ Il titolo completo è: «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione sulla lotta contro la corruzione in cui sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione Europea e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo e del Consiglio», COM/2023/234 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM%3A2023%3A234%3AFIN>.

⁸⁵ Per un'illustrazione analitica si rinvia al nostro V. MONGILLO, *Strengths and Weaknesses*, cit.

componenti fondanti della civiltà giuridica, come il garantismo, la presunzione di innocenza e la certezza del diritto⁸⁶. Nel campo dei reati contro la p.a. sono in ballo anche i principi di separazione dei poteri, di democraticità e la funzionalità dell'agire amministrativo.

Appare, pertanto, inappagante la motivazione addotta per giustificare l'assenza di una "valutazione di impatto" nella sezione introduttiva della proposta, in cui si sostiene, con superficialità allarmante, che non vi sia alcun bisogno di un'analisi dei costi-benefici – tanto delle norme di prevenzione quanto di quelle di repressione – proprio perché combattere la corruzione è una finalità intrinsecamente virtuosa e universalmente condivisa⁸⁷.

Una simile filosofia riduce pericolosamente il diritto penale a strumento simbolico, dimenticando che ogni incriminazione deve sempre rispondere – a partire dalla lezione di Beccaria – ai principi di necessità, proporzionalità e ragionevolezza. Al contrario, la proposta sembra avvalorare un approccio irrealistico e semplicistico secondo cui ogni incremento di tutela penale (anche l'abuso d'ufficio nel settore privato, anche norme penali dalle maglie larghe) sarebbe automaticamente giustificato dagli obiettivi di contrasto alla corruzione.

Inoltre, l'UE possiede certamente competenza nel campo della lotta alla corruzione, intesa in senso ampio e non limitato ai soli reati di corruzione *stricto sensu* (art. 83 TFUE)⁸⁸, ma alcune previsioni, come quelle relative al già menzionato abuso d'ufficio nel settore privato, appaiono decisamente incoerenti con la delimitazione di tale competenza. Altre norme appaiono profondamente problematiche e sproporzionate, destando inquietudine soprattutto per quanto concerne l'obbligo di incriminare l'arricchimento illecito derivante da fatti corruttivi (art. 13). Questa figura criminosa, pur conosciuta da qualche ordinamento occidentale, rappresenta, senza mezzi termini, un'aberrazione giuridica⁸⁹. Essa rischia di compromettere principi fondamentali come il *ne bis in idem* sostanziale e la presunzione di innocenza, così da richiedere – ove messi in pericolo – l'attivazione di un meccanismo di salvaguardia, mediante il "freno di emergenza" previsto all'art. 83, comma 3, TFUE.

Da ciò deriva chiaramente l'importanza cruciale di confezionare norme sovranazionali che rispettino un rigoroso e corretto bilanciamento, specie se si tratta di obblighi assoluti (come quelli che la Commissione vorrebbe introdurre, finora con il

⁸⁶ In generale, sugli effetti collaterali dello strumento penale, si veda, anche in chiave costituzionale e con prevalente riferimento alla criminalità economica e dell'ente collettivo, da ultimo, lo studio monografico di M. GALLI, *Gli effetti collaterali della pena*, Torino, 2024.

⁸⁷ «Incorporando principalmente obblighi e norme internazionali e lasciando un margine esiguo ad azioni alternative, la presente proposta di direttiva viene eccezionalmente presentata senza una valutazione d'impatto che l'accompagni. È inoltre improbabile che l'iniziativa abbia impatti e costi economici, ambientali o sociali rilevanti o che comportino spese significative. Allo stesso tempo dovrebbe andare a beneficio dell'economia e della società nel loro complesso».

⁸⁸ Il concetto di "corruption" non si riduce ai reati di corruzione in senso stretto ma evoca una nozione socio-criminologica ("sfera di criminalità" secondo l'art. 83 del TFUE).

⁸⁹ Non si dimentichi, al riguardo, la declaratoria di incostituzionalità del possesso ingiustificato di valori (art. 708 c.p.): Corte cost., sent. 1 novembre 1996, n. 370.

sostegno energico del Parlamento UE e una più cauta ritrosia del Consiglio UE⁹⁰) e non di mere raccomandazioni. L'obiettivo non deve essere solo armonizzare formalmente le legislazioni nazionali: occorre anche assicurare che questo processo di omogeneizzazione si estenda alle garanzie fondamentali, evitando che l'arma penale divenga un mezzo sproporzionato e controproducente.

In definitiva, è essenziale che il legislatore europeo faccia propri questi principi, ricordando che lo *ius terribile* è una risorsa limitata e gravosa, che non può essere spesa indiscriminatamente, nemmeno sotto il pretesto, per quanto virtuoso e condivisibile, di un efficace contrasto alla corruzione.

10. Epilogo: recuperare una legislazione penale rispettosa dei principi evitando un "panpenalismo sovranazionalista".

Non resta che tirare le fila delle considerazioni sin qui svolte.

L'abuso d'ufficio richiederà, verosimilmente, un ulteriore intervento legislativo "correttivo", volto a colmare almeno le lacune di tutela meno accettabili.

Un esito virtuoso, tuttavia, presuppone una chiara presa di coscienza, da parte di tutti gli attori del diritto, che la tutela effettiva della legalità amministrativa non discende da un esasperato panpenalismo, bensì da un quadro regolatorio meno farraginoso, dalla promozione della dignità e della competenza dei funzionari pubblici, da una buona azione preventiva, da un robusto senso civico e da un equilibrato assetto istituzionale tra poteri, come dimostrano le esperienze dei Paesi più evoluti e funzionali.

Anche la morale della favola in tema di traffico di influenze risulta nitida. La lezione che dovremmo avere appreso dalle goffe e paradossali vicende della fattispecie è che non si dovrebbe incriminare finché non si è in grado di tipizzare nel rispetto del principio costituzionale di precisione⁹¹. La scienza della legislazione precede, logicamente e funzionalmente, quella della giurisdizione, la quale non può né deve farsi carico di colmare solipsisticamente le più gravi carenze dell'attività legislativa.

La soluzione a problemi così spinosi, che sono quelli classici del bilanciamento tra interessi contrapposti, i quali si riflettono ordinariamente sulla confezione dei tipi penali, non può venire certo dalla acritica aderenza a standard penalistici internazionali mal congegnati. La loro ricezione – se non ponderata – può, infatti, condurre a tipizzazioni penalistiche eccessivamente vaghe, in tensione con i requisiti costituzionali di precisione, offensività e proporzione, e destinate a un'applicazione incerta, se non infausta.

⁹⁰ Ad es. nell'Orientamento generale espresso dal Consiglio dell'UE sulla proposta di direttiva, Bruxelles, 17 giugno 2024, si prevede la facoltatività dell'incriminazione dell'abuso d'ufficio («Gli Stati membri [...] possono prendere le misure necessarie affinché [...] l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo, sia punibile come reato, se intenzionale»). Va notato, peraltro, che la fattispecie delineata dal progetto eurounitario presentato dalla Commissione è limitata agli abusi a vantaggio, senza considerare le condotte arbitrarie con danno intenzionalmente cagionato a terzi.

⁹¹ Sia consentito di nuovo il rinvio a V. MONGILLO, *La lotta alla corruzione*, cit., p. 573 s.

Un'implementazione attenta delle obbligazioni internazionali impone, invece, il rispetto dei principi interni di chiarezza nella costruzione del tipo penale; in caso contrario, dovrebbe venire in soccorso un controllo giurisdizionale rigoroso sulla qualità delle norme penali risultanti: tutto il contrario di un appiattimento sulla fonte esterna incompatibile con i principi interni.

In epoca di neopunitivismo e populismo penale, i meccanismi di controllo del potere legislativo – in particolare quelli di costituzionalità – sembrano attraversare una fase di progressivo affievolimento. Il controllo di legittimità, tanto nella sua dimensione giurisdizionale quanto in quella affidata ai corpi intermedi della democrazia, fatica ad arginare la crescente pressione esercitata da una volontà politica sempre più permeata da istanze securitarie e punitive.

Se questo è il nodo di fondo, appare – forse solo in apparenza – paradossale lo spostamento di baricentro che la tematica esaminata pare profilare nel controllo di costituzionalità: anziché essere esercitato per contenere l'espansione del diritto penale, come imporrebbe una concezione garantista dello Stato di diritto, esso viene sempre più spesso invocato, e a gran voce, per legittimare nuove spinte alla (ri)criminalizzazione.

In tale scenario, il ricorso al diritto penale come strumento ordinario di governo di conflitti sociali rischia di trasformarsi, da *extrema ratio* come dovrebbe essere secondo una visione illuminata, in una regola priva di qualsiasi sorveglianza critica, con evidenti ricadute sulla tenuta sistemica dei principi basilari e sulla funzione stessa della pena in una democrazia costituzionale.

Concludiamo da dove è principiata la nostra analisi: non possiamo più permetterci fughe nel penale che rischino di tradursi in corse verso il nulla.

Occorre tornare a una vera scienza della legislazione, su cui tutti gli operatori possano fare affidamento⁹². Questo imperativo vale tanto per il diritto penale dei “marginali” – si pensi all'ennesimo, assai allarmante decreto-sicurezza (d.l. n. 48/2025) – quanto per il diritto penale dei colletti bianchi e dei “socialmente integrati”.

Una scienza della legislazione degna di questo nome impone la ricerca di un equilibrio ragionevole e sostenibile, all'interno dell'ordinamento, tra l'adempimento degli obblighi sovranazionali e internazionali di criminalizzazione e il rispetto dei «principi fondamentali del diritto interno», a cominciare da quelli di matrice costituzionale (come, del resto, afferma espressamente lo stesso art. 65 dell'UNCAC).

Un'armonizzazione minima e una cooperazione internazionale efficace contro fenomeni criminali globali servono a evitare che nelle discrasie legislative si annidino sacche di impunità.

Tuttavia, il legislatore, nel dare seguito a impegni internazionali, deve rispettare i (contro)limiti costituzionali, che rappresentano intangibili conquiste di civiltà giuridica e pietre angolari invalicabili a presidio della libertà di tutti.

Occorre ribadire questi concetti elementari, perché una sorta di “diritto penale globale senza garanzie” non è una fantasmatica chimera, ma una concreta minaccia. Il

⁹² Di recente, una riflessione collettanea è stata dedicata al tema in C.E. PALIERO – V. MONGILLO – R. BARTOLI (a cura di), *La scienza della legislazione penale. Riforme e prospettive di razionalizzazione*, Napoli, 2024.

costituzionalismo multilivello deve servire a evitare la fuga dai principi e dalle garanzie e non tradursi in un ulteriore volano di deterioramento dei sistemi penali e dello Stato di diritto, già fin troppo provati da decenni di espansione disordinata e retorica della punizione.

Pertanto, il diritto penale, *ultima ratio* dell'ordinamento, non può essere imposto per via eteronoma senza il filtro delle garanzie democratiche e costituzionali interne. L'apertura alla dimensione europea e internazionale dei singoli Stati deve essere perseguita senza smarrire l'anima garantista delle Carte fondamentali. Questo afflato, che si ricollega anche alla tradizione liberal-illuministica, include principi elementari: *a)* il diritto penale è soggetto al principio di legalità con tutti i suoi corollari; *b)* la tutela penale non è l'unica forma di salvaguardia di un bene giuridico (sussidiarietà ed *extrema ratio*), sicché pretendere in eterno un obbligo di tutela penalistica in relazione a determinate condotte rischia di cristallizzare il ruolo dello *ius criminale* anche dove non è più necessario, ostacolando politiche di depenalizzazione legittime e consolidando il lamentato eccesso di penalizzazione (che oggi riguarderebbe l'abuso d'ufficio e domani potrebbe riguardare un'infinità di altri reati anche a matrice europea o internazionale); *c)* le scelte penali sono la massima espressione della discrezionalità politica e della sovranità nazionale, con la conseguenza che un obbligo di *standstill* in questo ambito limiterebbe irragionevolmente l'autonomia del legislatore, in attrito potenziale con il principio democratico e la stessa mutevolezza delle esigenze sociali.

La posta in gioco, nel caso di specie, non riguarda solo il destino di due fattispecie incriminatrici particolarmente travagliate e controverse – l'abuso d'ufficio e il traffico di influenze illecite – ma investe, ben più profondamente, il rapporto tra legalità penale e garanzie costituzionali, tra politica criminale e tenuta dello Stato di diritto. Breve: in ballo sono l'identità del sistema penale, la divisione dei poteri, e forse le ultime, fragili trincee a difesa di un diritto penale già troppo espanso e ormai oltre la soglia della sostenibilità.

Temiamo, altrimenti, che il "panpenalismo sovranazionalista", lasciato dilagare senza adeguati contrappesi, possa assestare il colpo di grazia a un apparato normativo già esausto, a causa di eccessi, ambiguità, demagogie e ipertrofie punitive.

Soleva dire Francesco Carrara che «nelle dottrine giuridiche i principii formano tra loro una perpetua catena»⁹³: spezzarne un anello compromette la tenuta e l'equilibrio dell'insieme.

Cerchiamo di evitare che il sistema penale, smontato un pezzo alla volta, si trasformi in un castello di sabbia: fragile, incoerente e destinato a essere travolto da troppe onde.

⁹³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. II, 5ª ed., Lucca, 1877, p. 159.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**