

Marco **Fratini**

Manuale *Sistematico*
di **Diritto**
Penale

edizione
2025-2026

 **NeldirittoEditore**


METODOMAGISTRATO
ACCADEMIA DEL DIRITTO

La sentenza che dichiara incostituzionale la norma successiva favorevole non mira quindi a far rivivere la norma precedente, perché quella norma non è stata mai validamente abrogata o modificata.

“Se il possibile effetto in *malam partem* della sentenza della Corte costituzionale inibisse la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell’ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie, ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali.

La responsabilità penale, che la legge italiana prevede per l’inosservanza delle fattispecie penali connesse alle direttive comunitarie, per dare alle stesse maggior forza, diverrebbe paradossalmente una barriera insuperabile per l’accertamento della loro violazione (Corte Cost. n. 28/2010).

Ciò consente di affermare che la Corte costituzionale può sindacare la legittimità della norma favorevole che determina inadempimento dell’obbligo europeo di tutela penale senza incorrere nella violazione della riserva di legge. Un’ulteriore apertura in questo senso si può trarre dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che ha dichiarato l’incostituzionalità della equiparazione tra droghe pesanti e droghe leggere: “se non si determinasse la ripresa dell’applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.p.r. n. 309 del 1990 – rileva la Corte 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 tenuto a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost”.

4.1.1. *La violazione degli obblighi internazionali di tutela penale: il caso dell’abrogazione dell’abuso d’ufficio*

Un’ulteriore conferma della possibilità da parte della Corte costituzionale di sindacare norme in *bonam partem* per violazione di un obbligo di tutela penale stabilito dal diritto sovranazionale si trae dalla recente decisione relativa all’abrogazione dell’abuso d’ufficio (Corte cost. n. 95 del 2025).

La Corte ha affermato che il sindacato in *malam partem* è consentito in caso di violazione sia di obblighi discendenti dal diritto dell’Unione europea, sia di obblighi internazionali di natura pattizia, in quanto:

i) l’art. 117, primo comma, Cost., sancisce a carico del legislatore (statale e regionale) il generale obbligo di rispettare i «vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario» e gli «obblighi internazionali»;

ii) il dato testuale dell’art. 117, primo comma, Cost. equipara i vincoli derivanti dal diritto dell’Unione e quelli statuiti dal diritto internazionale pattizio;

Gli obblighi di criminalizzazione stabiliti dal diritto internazionale pattizio sono liberamente accettati dallo stesso Parlamento per il tramite della legge che autorizza la ratifica dei singoli trattati. Si deve dunque ritenere che, autorizzando la ratifica, il

Parlamento abbia consapevolmente condiviso le scelte compiute dalla Convenzione internazionale in merito all'*an* e alle specifiche condizioni della criminalizzazione.

L'effetto della violazione degli obblighi unionali e internazionali da parte della legge è identico, e consiste nella illegittimità costituzionale della legge stessa, statale o regionale, salva naturalmente la possibilità per il giudice comune, rispetto al solo diritto dell'Unione europea dotato di effetto diretto, di disapplicare la legge nazionale o regionale che risulti con esso incompatibile.

L'abrogazione dell'art. 323 c.p. ad opera della l. 114/2024 è stata di recente sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale, per sospetta violazione degli obblighi gravanti sul nostro Paese in virtù dell'adesione alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (la cd. Convenzione di Merida) del 2003.

Con l'ordinanza 9442/2025, la Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale ritenendo che, nonostante l'assenza di un obbligo internazionale di penalizzazione dell'abuso d'ufficio, l'abrogazione dell'art. 323 c.p. si ponga in contrasto con gli obblighi di perseguimento e mantenimento di *standard* di efficace prevenzione e repressione della corruzione espressamente sanciti dalla Convenzione e vincolanti per gli Stati firmatari.

Secondo i giudici di legittimità il legislatore interno, nell'abrogare il reato di abuso d'ufficio, non ha correlativamente rafforzato il livello di prevenzione della corruzione sul piano amministrativo, né può ritenersi che il *deficit* rispetto agli obiettivi di tutela fissati a Merida sia stato colmato per effetto dell'introduzione del reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili, dal momento che l'abrogato art. 323 c.p. e la nuova disposizione di cui all'art. 314-*bis* c.p., come visto, hanno perimetri coincidenti solo in parte.

La Corte costituzionale, tuttavia, ha ritenuto di non condividere i rilievi formulati dalla Suprema Corte e ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, lett. b), della l. 114/2024, "ritenendo che dalla Convenzione non sia ricavabile né l'obbligo di prevedere il reato di abuso d'ufficio, né il divieto di abrogarlo ove già presente nell'ordinamento nazionale".

Secondo la Corte, non ricorre un obbligo internazionale di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio. Nessun elemento evincibile dal testo o dalla *ratio* dell'art. 19 della Convenzione di Merida autorizza a concludere che lo Stato sarebbe obbligato a introdurre (o a mantenere) nel proprio ordinamento l'incriminazione delle condotte di abuso di ufficio.

L'unica disposizione della Convenzione di Merida specificamente dedicata all'abuso d'ufficio è l'art. 19: tale disposizione si limita a statuire che gli Stati parte hanno l'obbligo di considerare la criminalizzazione di condotte in larga misura corrispondenti a quelle di abuso d'ufficio: cioè di valutare i *pro* e i *contra* di tale opzione.

Ciò che unicamente rileva, dal punto di vista della Convenzione, è che lo Stato adempia l'obbligazione (concepita come di mezzi, non già di risultato) di valutare la possibilità di dotarsi dell'incriminazione di determinate condotte.

Non vi è alcuna ragione per ritenere che, una volta compiuta – prima o dopo la ratifica della Convenzione – la scelta di incriminare le condotte di abuso d'ufficio, lo stesso art. 19 precluda allo Stato di ritornare sui propri passi, e di (ri)considerare i *pro* e i *contra* dell'incriminazione, eventualmente pervenendo alla conclusione di abolirla.

Da nessuna disposizione della convenzione di Merida è evincibile, anche solo implicitamente, un “divieto di regressione” (o obbligo di “*stand still*”) nella repressione dell’abuso d’ufficio, cioè un divieto assoluto di abrogare la relativa incriminazione.

5. Il diritto dell’Unione europea come fonte di cause di giustificazione

Si è detto che le norme europee non possono produrre effetti sfavorevoli senza la mediazione del legislatore nazionale, neppure se dotate di efficacia diretta. Esse possono invece essere direttamente fonte di cause di giustificazione, per lo più mediante l’attribuzione di diritti.

Questa affermazione postula che si acceda alla tesi secondo cui la riserva di legge si estende solo alle norme penali in *malam partem* e non a quelle “favorevoli” (o quantomeno non a quelle che prevedono cause di giustificazione). Sul tema v. *supra*.

6. Diritto dell’Ue ed effetti riduttivi del penalmente rilevante

L’analisi del rapporto tra diritto dell’Unione europea e diritto penale consente di mettere in evidenza gli effetti che il primo esercita sul secondo. Sul piano qualitativo, è possibile distinguere tra effetti riduttivi ed effetti espansivi del penalmente rilevante o dell’afflittività della sanzione penale.

Le norme di fonte UE possono in primo luogo esplicitare — attraverso i meccanismi della disapplicazione e dell’interpretazione conforme — un effetto di neutralizzazione di una norma incriminatrice nazionale o della sanzione penale da essa prevista.

È quel che è accaduto al delitto di inottemperanza all’ordine di allontanamento intimato dal questore di cui all’art. 14 co. 5-ter T.u. immigrazione: la norma prevedeva la pena della reclusione per lo straniero che non coopera al buon esito della procedura espulsiva. La Corte di Giustizia, con la sentenza El Dridi del 28 aprile 2011, ha rilevato il contrasto dell’art. 14 co. 5-ter T.u. immigrazione con la direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri): l’inflizione di una pena detentiva per una violazione correlata alla procedura di espulsione può compromettere l’obiettivo della direttiva, ritardando il rimpatrio dello straniero. Di qui la conclusione della Corte nel senso della disapplicazione della norma del T.u. immigrazione (che è stata modificata successivamente alla pronuncia della Corte di Giustizia, con previsione della sola pena della multa).

Un ulteriore esempio di effetto riduttivo dell’area del penalmente rilevante è fornito dalle norme penali in materia di raccolta di scommesse, che la Corte di giustizia (sent. 6 marzo 2007, Placanica) ha ritenuto incompatibili con le disposizioni del Trattato (dotate di effetto diretto) che sanciscono la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento.

Più di recente parte della dottrina ha ravvisato profili di contrasto con il diritto comunitario, con particolare riferimento al principio della libera circolazione delle merci in ambito UE (artt. 34 e 36 TFUE), in relazione alle modifiche apportate dal d.l. 48/2025 (cd. d.l. sicurezza) agli artt. 1, 2 e 4 della l. 242/2016, recante “disposizioni per la promozione della coltivazione della filiera agroalimentare della canapa”, con le quali il