

Lorenzo Acconciamesa

Sull'inesistenza di un obbligo internazionale di stand still e la conseguente liceità giuridica internazionale dell'eliminazione del reato d'abuso d'ufficio

(doi: 10.12829/115910)

Diritti umani e diritto internazionale (ISSN 1971-7105)

Fascicolo 3, settembre-dicembre 2024

Ente di afferenza:

Università Luiss (luiss)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Sull'inesistenza di un obbligo internazionale di *stand still* e la conseguente liceità giuridica internazionale dell'eliminazione del reato d'abuso d'ufficio

Lorenzo Acconciamesa*

1. Introduzione: l'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale

Con ordinanza del 24 settembre 2024 la Sezione III penale del Tribunale di Firenze ha sollevato una questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 1, primo comma, lett. b), della legge 9 agosto 2024, n. 114, il quale ha disposto l'abrogazione della fattispecie di reato di «abuso d'ufficio» di cui all'art. 323 del codice penale (c.p.)¹, che dunque risulta non più penalmente rilevante. Peraltro, all'evidente scopo di sospendere il decorso del termine di prescrizione nei rispettivi giudizi *a quo* in attesa della pronuncia di legittimità costituzionale, la medesima questione è stata sollevata, sulla base degli stessi parametri e delle stesse argomentazioni, da diversi altri organi giudiziari dinnanzi ai quali siano pendenti processi in materia di abuso d'ufficio².

Tra i parametri di legittimità costituzionale invocati dal giudice remittente figurano, per quanto qui rileva, gli art. 11³ e 117, comma primo, Cost.⁴,

* Dottore di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti presso l'Università degli Studi di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza Bologni, 8 – 90134, Palermo, in co-tutela con l'École Doctorale de Droit de la Sorbonne, Département de Droit International et Européen, dell'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, lorenzoacc95@gmail.com. L'autore lavora come giurista nella Cancelleria della Corte europea dei diritti umani. Tuttavia, il presente contributo riflette le opinioni dell'autore, espresse a titolo personale, e non vincola in alcun modo la Corte.

¹ Tale disposizione prevede che «l'art. 323 del codice penale è abrogato». Quest'ultimo disponeva, al primo comma, che «[s]alvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni».

² Si vedano Tribunale di Locri, Sezione GUP, ordinanza di remissione alla Corte costituzionale del 30 settembre 2024; Tribunale di Firenze, Sezione GIP-GUP, ordinanza di remissione alla Corte costituzionale del 3 ottobre 2024; Tribunale di Busto Arsizio, Sezione penale, ordinanza di remissione alla Corte costituzionale del 21 ottobre 2024; Tribunale di Firenze, Sezione III penale, ordinanza di remissione alla Corte costituzionale del 25 ottobre 2024; Tribunale di Bolzano, Sezione penale, ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'11 novembre 2024.

³ Il presente contributo non intende occuparsi di questioni, pur sollevate dal giudice remittente, relative al rispetto del diritto dell'Unione europea.

quest'ultimo per come integrato dagli art. 7, par. 4, 19 e 65, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 (di seguito 'Convenzione contro la corruzione' o 'Convenzione di Merida'), firmata dall'Italia il 9 dicembre 2003 e ratificata ed eseguita sulla base della legge 3 agosto 2003, n. 116.

Il giudice fiorentino ritiene che l'abrogazione del reato di abuso di ufficio si ponga in contrasto con un preciso obbligo di criminalizzazione⁵, o meglio di *non decriminalizzazione*, che si ricaverebbe dall'interpretazione congiunta delle citate disposizioni della Convenzione di Merida, lette alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato. Premettendo che il testo e il contenuto delle singole disposizioni saranno oggetto di più approfondita analisi nei successivi paragrafi del presente contributo, il ragionamento del Tribunale di Firenze si fonda sulle seguenti premesse. In primo luogo, l'oggetto e scopo del trattato in questione è quello di lotta alla corruzione in tutte le sue forme, incluse condotte che pur non rientrano in senso stretto nella definizione di corruzione come, appunto, l'abuso d'ufficio. In secondo luogo, e in tale ottica, l'art. 19 prevede un obbligo degli Stati parte del trattato di prendere in considerazione l'adozione di misure legislative o di altro tipo volte a introdurre nel proprio ordinamento il reato di abuso di funzioni o posizioni, fornendo una definizione di tale fattispecie simile a quella fatta propria dall'abrogato art. 323 c.p. In terzo luogo, l'art. 65, par. 1, prevede che gli Stati parte debbano adottare le misure necessarie, legislative ed amministrative, in conformità con i principi fondamentali del proprio diritto interno, per l'assicurare l'esecuzione del trattato.

In tale contesto, l'obbligo di non abrogare la norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio si giustificerebbe, sempre a detta del giudice remittente, per due ordini di ragioni. In primo luogo, secondo una certa dottrina internazionalista esisterebbe, da un punto di vista generale, un obbligo internazionale degli Stati di non abrogare una norma interna che, esistente al momento della ratifica di un trattato, vi dia ese-

⁴ Si ricordi che, ai sensi di tale disposizione, «[l]a potestà legislativa è esercitata [...] nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Come stabilito nelle note sentenze gemelle (Corte costituzionale, sentenze del 24 ottobre 2007, n. 348 e 349), i trattati internazionali fungono da parametri interposti di legittimità costituzionale: nell'ipotesi di contrasto tra una norma di legge e un obbligo pattizio, la prima risulterebbe incostituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost.

⁵ Per obblighi di criminalizzazione si intendono «the international duties to criminalize certain conduct and, as a necessary consequence, to create a corresponding criminal offence at the national level» (B.I. BONAFÉ, "Constitutional Judicial Review and International Obligations of Criminalization", in *International Criminal Law Review* 2021, p. 660 ss., p. 661). Si ricordi che le norme internazionali che stabiliscono obblighi di criminalizzazione non sono *self-executing*, in quanto la loro attuazione richiede l'adozione di una specifica disposizione legislativa nell'ordinamento interno (si veda, ad esempio, Tribunale speciale per il Libano, Camera d'appello, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, caso n. STL-11-01/I/AC/R176bis, decisione interlocutoria sul diritto applicabile del 16 febbraio 2011, par. 76: «as a general rule, international norms criminalizing conduct are non-self-executing, for their implementation requires national legislation defining the crime and the relevant penalty»).

cuzione⁶. In secondo luogo, e con specifico riferimento alla Convenzione contro la corruzione, un tale obbligo deriverebbe dall'interpretazione del citato art. 19 alla luce dell'art. 7, par. 4, secondo cui gli Stati membri si adoperano, conformemente ai principi del proprio diritto interno, al fine di adottare, *mantenere* e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse. Ora, e per farla breve, il Tribunale di Firenze ha ritenuto che, se letto alla luce del suddetto art. 7, par. 4, l'art. 19 della Convenzione contro la corruzione imporrebbe agli Stati che, come l'Italia, già prevedevano il reato di abuso d'ufficio al momento della ratifica del trattato, un obbligo di non abrogare la fattispecie già vigente⁷. Per dirla con le parole delle parti civili che, nel giudizio *a quo*, hanno richiesto di sollevare la questione di legittimità costituzionale, esisterebbe quindi un

obbligo internazionale di *stand still* – cioè l'obbligo internazionale di mantenere le cose così come sono, la cui struttura va riassunta in questi termini: «se il tuo sistema legale già conosce il reato di abuso d'ufficio, devi mantenere in vigore tale figura delittuosa».⁸

La questione che si pone all'attenzione della Corte costituzionale (di seguito anche solo 'la Corte'), quindi, è quella di determinare se, nell'abrogare la norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, il Parlamento abbia violato un obbligo internazionale, gravante sull'Italia, di criminalizzazione o, quando meno, non decriminalizzazione di tale fattispecie di reato. Sul punto, occorre osservare che la Corte costituzionale italiana si è, per prassi, mostrata particolarmente deferente nei confronti degli obblighi internazionali di criminalizzazione⁹. Tuttavia, occorre ricordare che l'art. 25, comma secondo, della Costituzione, che sancisce il principio di legalità in materia penale (*nulla poena et nullum crimen sine lege*), rimette al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare e preclude, quindi, che sia il potere giudiziario, inclusa la Corte costituzionale, a criminalizzare una determinata condotta¹⁰. Sulla base di tale principio, la Corte costituzionale ha in generale dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale volte a ottenere il ripristino di norme incriminatrici abrogate, espressive di una volontà di criminalizzazione non più attuale¹¹. Tuttavia, la stessa Corte ha ammesso la legittimità

⁶ Tribunale di Firenze, Sezione III penale, ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 24 settembre 2024, p. 13.

⁷ Ivi, p. 15.

⁸ Ivi, p. 11.

⁹ Si veda l'approfondita analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale realizzata in B.I. BONAFÉ, "Constitutional Judicial Review and International Obligations of Criminalization", cit., p. 661, secondo cui «the case law of the Court is quite deferential to international obligations and, despite significant constitutional constraints surrounding criminal law-making, the Court seems prepared to let criminalization obligations have various legal effects in the Italian legal order».

¹⁰ Si vedano Corte di cassazione, sentenza del 5 luglio 2012, n. 38085, p. 118, par. 2, Corte di cassazione, sentenza del 14 giugno 2013, n. 37088, p. 51-52, par. 2.1, più ampiamente esaminate in D. AMOROSO, "The Duties of Criminalization under International Law in the Practice of Italian Judges: An Overview", in *International Criminal Law Review* 2021, p. 641 ss., p. 653.

¹¹ Corte costituzionale, sentenza del 18 gennaio 2022, n. 8, par. 7, che rinvia a una serie di precedenti.

di un tale controllo di costituzionalità con effetti *in malam partem*, volto a ottenere il ripristino di norme incriminatrici abrogate, laddove ad essere censurato è lo «scorretto esercizio del potere legislativo»¹² oppure, ed è questo il caso che ci riguarda, «ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost.»¹³. Tuttavia, pur se ammissibile, l'operazione richiesta alla Corte costituzionale resta a nostro parere particolarmente delicata: una pronuncia di incostituzionalità in tale materia costituirebbe, dal punto di vista sistemico, una forte ingerenza nella sfera di discrezionalità del legislatore quanto alla scelta dei fatti da tutelare tramite lo strumento penalistico e, dal punto di vista della tutela dei diritti individuali, una deroga al principio di legalità in materia penale. E allora, nel caso di specie si impone sulla Corte un particolare onere di diligenza quanto alla identificazione e alla interpretazione del supposto obbligo internazionale che avrebbe l'effetto di rendere incostituzionale la scelta del legislatore di decriminalizzare l'abuso d'ufficio.

In un tale contesto, il presente contributo intende fornire alcuni chiarimenti in merito alla portata e al contenuto degli obblighi che, in tale materia, sussistono ai sensi del diritto internazionale. Dopo aver interpretato le disposizioni rilevanti della Convenzione contro la corruzione (sezione 2), si procederà a verificare se l'obbligo o gli obblighi in essa sanciti siano stati rispettati, nel caso di specie, da parte del legislatore italiano (sezione 3), per poi trarre delle conclusioni di carattere generale quanto alle possibili conseguenze, sul piano internazionale, di una pronuncia di incostituzionalità nel senso richiesto dal giudice remittente.

2. L'interpretazione delle disposizioni rilevanti della Convenzione contro la corruzione

La tesi prospettata dal Tribunale di Firenze, secondo cui esisterebbe un obbligo internazionale di *stand still*, ovvero di non decriminalizzare l'abuso d'ufficio, è stata accolta favorevolmente dai primi commentatori, tra cui si situa chi ha sostenuto che, in questo caso, non si starebbe chiedendo alla Corte costituzionale altro che «prendere sul serio i trattati»¹⁴.

A noi sembra che, se proprio i trattati vogliono essere presi sul serio, una conclusione tanto forte, per le ragioni che abbiamo indicato sopra, quanto quella prospettata nell'ordinanza di remissione debba essere fondata su una rigorosa interpretazione delle disposizioni pattizie rilevanti, da realizzare alla luce dei criteri sanciti agli art. 31

¹² Corte costituzionale, sentenza del 6 marzo 2019, n. 37, par. 7.1, e i precedenti citati: «In tali ipotesi, qualora la disposizione dichiarata incostituzionale sia una disposizione che semplicemente abrogava una norma incriminatrice preesistente [...], la dichiarazione di illegittimità costituzionale della prima norma non potrà che comportare il ripristino della seconda, in effetti mai (validamente) abrogata».

¹³ *Ibidem*, con riferimenti ai precedenti rilevanti.

¹⁴ S. SPINA, «*Taking Treaties Seriously*. Diritto internazionale e abrogazione del reato di abuso d'ufficio al banco di prova della Corte costituzionale», in *Questione giustizia*, 3 ottobre 2024, disponibile su www.questionegiustizia.it. Si veda anche G.L. GATTA, «Abolizione dell'abuso d'ufficio. A Firenze una prima ordinanza di remissione alla Consulta. Esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione (o di stand-still)», in *Sistema penale* 2024, p. 71 ss.

e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 22 maggio 1969 (di seguito 'Convenzione di Vienna'). E ci sembra ancora che, laddove tale operazione interpretativa venga propriamente realizzata, nessuno degli argomenti prospettati dal giudice fiorentino per sostenere l'esistenza di un obbligo internazionale di non decriminalizzazione dell'abuso d'ufficio regga¹⁵. Ma procediamo con ordine.

2.1. L'assenza, nell'art. 19, di un obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio

In primo luogo, il Tribunale di Firenze giustifica la tesi prospettata sulla base di una 'certa dottrina internazionalista' secondo cui nell'ipotesi in cui

*l'ordinamento interno preveda già, al momento dell'assunzione dell'obbligo internazionale, una norma interna pienamente conforme a quella internazionale, sullo Stato contraente grava un vero e proprio obbligo, sul piano internazionale, consistente nel non abrogare tale norma, atteso che la efficacia di tale norma risulterebbe rafforzata e vincolata dal collegamento esistente con la norma internazionale a cui lo Stato è tenuto ad adeguarsi.*¹⁶

E questo, ci sembra, non può essere messo in discussione, ma a condizione che la norma interna desse attuazione a un *obbligo* sancito nel trattato¹⁷, con l'ovvia conseguenza che la sua abrogazione implica una situazione di *inadempimento* dello Stato rispetto all'obbligo internazionale in questione¹⁸. Nel caso di specie, ciò porta a chiedersi se la Convenzione di Merida sancisca un obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio, questione a cui lo stesso Tribunale di Firenze ha risposto in senso negativo, conclusione che ci sembra condivisibile per le ragioni che seguono.

Al riguardo, occorre notare che l'assenza di un obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio nell'art. 19 della Convenzione contro la corruzione emerge già laddove ci si limiti a fare ricorso al primo tra i criteri di interpretazione dei trattati, ossia un'interpretazione in buona fede «in accordance with the ordinary meaning

¹⁵ Sul punto, si veda Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 7 ottobre 2024, la quale ha rifiutato di sollevare analoga questione di legittimità costituzionale osservando, con motivazioni quasi integralmente condivisibili, come la Convenzione contro la corruzione non sancisca né un obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio, né un obbligo di non retrogressione rispetto all'eventuale criminalizzazione di tale condotta.

¹⁶ Tribunale di Firenze, Sezione III penale, ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 24 settembre 2024, p. 13, enfasi in originale.

¹⁷ Sul se un tale obbligo sussista anche quando la norma interna non dia attuazione a un obbligo pattizio, ma contribuisca più genericamente al raggiungimento dello scopo del trattato, si veda *infra*, alla sezione 2.3.

¹⁸ Si veda, ad esempio, Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, *L.R. et al v. Slovak Republic*, UN Doc. CERD/C/66/D/31/2003 del 10 marzo 2005, par. 10.7, in cui il Comitato ha ritenuto che l'abrogazione, e la sostituzione con misure meno effettive, di una legislazione volta a garantire il diritto all'abitazione, per come sancito dall'art. 5 (e) (iii) della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, abbia implicato una violazione di tale disposizione. In quel caso, tuttavia, era il contenuto dell'obbligo – la progressiva realizzazione del diritto all'abitazione – a implicare che l'abrogazione di una misura volta a garantire tale diritto determinasse una situazione di inadempimento dell'obbligo internazionale in questione.

to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose», come sancito dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna. Come desumibile in modo chiaro dal testo delle specifiche disposizioni pattizie, e altresì specificato nella *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption* (di seguito anche solo 'la Guida'), le disposizioni di quest'ultima «do not have all the same level of obligation»¹⁹, essendo possibile ripartirle in tre categorie: (a) un primo gruppo include le disposizioni che impongono «mandatory requirement», ossia quelle che sanciscono una «obligation to take legislative or other measures»; (b) un secondo gruppo, tra cui rientrano l'art. 7, in materia di misure volte a garantire la trasparenza nel settore pubblico²⁰, e l'art. 19, in materia di abuso d'ufficio²¹, indica degli «optional requirement», i quali sanciscono delle «obligation to consider»; (c) un terzo gruppo sancisce meramente delle «optional measures», ossia delle misure che «States parties may wish to consider»²². Con riferimento alle disposizioni del secondo tipo, la Guida specifica che gli Stati parte «are urged to consider adopting a certain measure and to make a genuine effort to see whether it would be compatible with their legal systems» (enfasi aggiunta)²³. A nostro parere, pertanto, la qualificazione che la Guida fa del secondo gruppo di disposizioni come «opzionali» è impropria: tali disposizioni non sono facoltative; esse stabiliscono un vero e proprio obbligo internazionale, che tuttavia non prescrive il raggiungimento di un determinato risultato, bensì una mera condotta, che consiste nella seria presa in considerazione della possibilità di adottare una certa misura. Ne deriva che, come pure ha sostenuto il giudice fiorentino, l'art. 19 non sancisce una mera raccomandazione, bensì un obbligo internazionale. Tuttavia, come emerge chiaramente dal testo della disposizione, il contenuto di tale obbligo differisce da quelli di criminalizzazione in quanto tale, imponendo invece agli Stati di fare un ragionevole sforzo di valutare la possibilità di inserire la fattispecie criminosa di abuso d'ufficio nel proprio ordi-

¹⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption*, seconda edizione, 2012, par. 11.

²⁰ L'art. 7, par. 4, dispone che «[e]ach State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavor to adopt, maintain and strengthen systems that promote transparency and prevent conflicts of interest» (enfasi aggiunta).

²¹ L'art. 19 dispone che «[e]ach State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity» (enfasi aggiunta).

²² United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption*, cit., par. 2. Si veda anche il par. 3, secondo cui la Guida contiene «information [...] concerning mandatory requirements, which if not already incorporated into domestic legislation will require amending existing or passing new legislation; optional requirements, which involve issues States parties are obliged to take under serious consideration; and measures that are purely optional but which States parties may wish to consider putting in place».

²³ Ivi, par. 12, enfasi aggiunta.

namento²⁴, operazione che, come chiarito dalla Guida e in virtù dell'art. 65, par. 1, della Convenzione di Merida, implica una previa valutazione della compatibilità della misura in questione con l'ordinamento giuridico interno²⁵.

Peraltro, l'impossibilità di ricavare un obbligo di criminalizzazione dall'art. 19 della Convenzione di Merida emerge anche dai *travaux préparatoires* che, ai sensi dell'art. 32 della Convenzione di Vienna, costituiscono un mezzo sussidiario di interpretazione del trattato. Un'analisi di questi ultimi, infatti, mostra proprio come le disposizioni riguardanti «a more controversial range of conduct» (rispetto a quelle più tipicamente riconducibili alla definizione di corruzione), sulla cui necessità di criminalizzazione gli Stati hanno fatto fatica a trovare un accordo, sono state volontariamente redatte in termini non strettamente vincolanti²⁶. Questo emerge chiaramente dai negoziati che hanno portato all'adozione dell'art. 19. Ed infatti, nelle tre proposte originarie del testo della disposizione, presentate da Messico, Colombia e Turchia alla prima sessione del Comitato *ad hoc* incaricato della negoziazione del trattato, tenutasi a Vienna dal 21 gennaio al 1° febbraio 2002, la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio veniva prospettata come un obbligo²⁷. Tuttavia, proprio durante la prima sessione del Comitato *ad hoc*, diverse delegazioni hanno espresso dei dubbi quanto all'opportunità e alla fattibilità di includere un articolo che criminalizzasse tale tipo di condotta, mentre altre hanno sostenuto che, laddove si intendesse introdurre una tale disposizione nel trattato, «careful consideration and formulation would be necessary». Al riguardo, è stato notato come il concetto di «abuso di funzioni» esistesse in diversi sistemi giuridici, ma come fosse necessa-

²⁴ Tutti i commenti rilevanti concordano sul fatto che gli Stati non sono tenuti, ai sensi dell'art. 19, a criminalizzare l'abuso d'ufficio, bensì a prendere in considerazione tale possibilità. Si vedano, ad esempio, C. ROSE, *International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, 2015, p. 97; K.W. ABBOTT, «Corruption, Fight Against», in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, par. 23; C. ROSE, «Article 19: Abuse of Functions», in C. ROSE, M. KUBICIEL, O. LANDWEHR (eds), *The United Nations Convention Against Corruption: A Commentary*, Oxford, 2019, pp. 210 ss., p. 211.

²⁵ L'art. 65, par. 1, dispone che «[e]ach State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure implementation of its obligations under this Convention».

²⁶ C. ROSE, *International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, cit., p. 108: «these provisions did not garner the same consensus because negotiators could not reach agreement on whether such conduct ought to be criminalized in the first place. The drafters chose especially weak non-mandatory language for these provisions, as they indicate that States Parties “shall consider” criminalization».

²⁷ United Nations Office on Drugs and Crime, *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention Against Corruption*, United Nations Publications, 2010, p. 191. Le proposte utilizzavano le seguenti espressioni: «Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences [...] (proposta del Messico e della Colombia); «Each State Party shall take the necessary legislative and other administrative measures to criminalize, in accordance with basic principles of its domestic law [...]». La Turchia ha successivamente accettato di adeguarsi al testo proposto dal Messico, a condizione che fosse inserita la clausola di compatibilità con i principi fondamentali del diritto interno, che tuttavia non è stata in ultima battuta inclusa.

rio considerare attentamente se esso fosse anche sufficientemente condiviso sul piano internazionale, «which would be a requisite for inclusion in the draft convention»²⁸. Durante la quinta sessione, tenutasi a Vienna dal 10 al 21 marzo 2003, la Croazia, in consultazione con (si noti bene) Italia e Canada, ha coordinato un gruppo informale costituito nell'ambito del Comitato *ad hoc* al preciso scopo di formulare un'alternativa relativa al testo della disposizione sull'abuso di funzioni, lavoro culminato con la proposta del Vice-Presidente del Comitato di modificare la formulazione in termini di obbligo di presa in considerazione: «Each State Party [may] [shall] consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence [...]»²⁹. Il testo finale, adottato durante la sesta sessione, tenutasi dal 21 luglio all'8 agosto 2003, ha fatto propria l'attuale formula di compromesso, secondo cui «Each State Party *shall consider adopting* [...]» (enfasi aggiunta)³⁰. Ciò che emerge dai lavori preparatori, dunque, è la difficoltà di trovare un accordo su una disposizione che introducesse un vero e proprio obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio, per poi arrivare a una soluzione di compromesso: da un lato, si è scelto di introdurre un obbligo internazionale (come dimostrato dall'uso del termine *shall*); dall'altro lato, tuttavia, tale obbligo consiste nella mera presa in considerazione della possibilità di criminalizzare l'abuso d'ufficio, senza imporre uno specifico risultato.

In un tale contesto, e in assenza di accordi successivi in materia, potrebbe provare a sostenersi che la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio sia divenuta obbligatoria sulla base della formazione di una «subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation», prassi che, ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna, funge da strumento di interpretazione autentica del trattato. Ed infatti, nel secondo rapporto sullo *State of Implementation of the United Nations Convention Against Corruption*, preparato dall'*United Nations Office on Drugs and Crimes*, si legge che la maggior parte degli Stati parte del trattato prevedono o hanno introdotto disposizioni volte a criminalizzare l'abuso d'ufficio:

All but few States parties have adopted measures to criminalize the abuse of functions by public officials. In one State, only disciplinary sanctions are available, given that the conduct in question is prohibited under public services regulations. In other cases, legislation has been drafted to introduce a corresponding offence or to ensure the full implementation of the provision under review. In most States parties, national legislation (or, in rare cases, common law) contains a general offence that includes the main constituent

²⁸ Ivi, p. 192. Sul punto si veda anche C. ROSE, *International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, cit., p. 112: «Although the concept of abuse of functions (as set out in Article 19) exists in several legal systems, for example, the negotiators had doubts about whether there was sufficient common understanding at an international level to merit inclusion in the Convention».

²⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention Against Corruption*, cit., p. 193.

³⁰ Ivi, p. 194.

elements of article 19—under titles such as “abuse of power or authority”, “abuse of authority and failure to discharge official duties”, “abuse of public office”, “criminal breach of trust”, “abuse of official position” or “misconduct in public office”—focusing on the violation of laws by a public official in the discharge of his or her functions, through the willful performance of an act or the failure to perform his or her duty.³¹

Tuttavia, il rapporto osserva anche come «[t]here are, however, jurisdictions where no general offence, encompassing the basic forms of conduct envisaged under the Convention, exists» e che un gran numero di Stati ritiene che le condotte descritte dall'art. 19 siano sufficientemente coperte da altre, più specifiche, fattispecie di reato previste nei propri ordinamenti interni³². Stando così le cose, ci sembra che vi siano almeno due ragioni che impediscono di considerare che si sia formata una prassi successiva nel senso di rendere obbligatoria la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio. In primo luogo, in quanto, come si è visto, permangono Stati che non hanno criminalizzato tale fattispecie di reato. Tuttavia, tale circostanza non è di per sé determinante, in quanto la prassi in questione non deve coinvolgere tutti gli Stati parte del trattato, essendo sufficiente che gli Stati rimasti inattivi accettino (ossia, non si oppongano) la prassi degli altri³³. In secondo luogo, e soprattutto, poiché, ai fini della formazione di una tale prassi, è necessario che gli Stati tengano la condotta rilevante con il convincimento che la stessa sia obbligatoria ai sensi del trattato³⁴, circostanza difficile da provare nel momento in cui, come nel caso in esame, è il testo stesso del trattato a prospettare quella condotta come non obbligatoria.

Pertanto, l'assenza di consenso internazionale in merito alla necessità di criminalizzare l'abuso d'ufficio emerge anche se si esce dal contesto della Convenzione contro la corruzione, in quanto nessun altro strumento internazionale o regionale volto alla lotta della corruzione contiene esplicite disposizioni su tale fattispecie³⁵.

³¹ United Nations Office on Drugs and Crime, *State of Implementation of the United Nations Convention Against Corruption*, seconda edizione, Vienna, 2017, p. 48. Si veda anche C. ROSE, “Article 19: Abuse of Functions”, cit., p. 217: «Although Article 19 is a semi-mandatory criminalization provision, a substantial majority of States parties have adopted laws or other measures criminalizing abuse of functions».

³² United Nations Office on Drugs and Crime, *State of Implementation of the United Nations Convention Against Corruption*, cit., p. 49.

³³ O. DÖRR, “Article 31. General Rule of Interpretation”, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Berlino, 2018, p. 559 ss., p. 599, par. 83.

³⁴ Ivi, p. 598, p. par. 81: «Practice of the parties is only relevant under lit b if it occurs “in the application” of the treaty, which plainly indicates that, just as for the development of international customary law, a subjective link is required under lit b: the parties whose practice is under consideration must regard their conduct to fall within the scope of application of the treaty concerned and in principle to be required under that treaty. They must act the way they do for the purpose of fulfilling their treaty obligations, ie their subsequent conduct must be motivated by the treaty obligation».

³⁵ C. ROSE, *International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, cit. p. 110: «a number of these non-mandatory criminalization provisions do not appear to have been incorporated in any previous international or regional treaties (namely, the articles on [...] the abuse of functions [...])». Ed infatti, disposizioni solo in parte riconducibili all'art. 19 sono

Alla luce di quanto sopra, ci sembra difficile sostenere che l'eventuale criminalizzazione dell'abuso d'ufficio, antecedente alla ratifica della Convenzione di Merida da parte dello Stato interessato, possa avere l'effetto di modificare il contenuto dell'obbligo internazionale sancito dall'art. 19. In particolare, ci sembra che il giudice remittente confonda due piani che sono e devono restare distinti: da un lato, la definizione del contenuto dell'obbligo internazionale in questione e, dall'altro lato, le misure legislative che, implicitamente o esplicitamente, siano volte a dare attuazione interna a quell'obbligo. Per tale ragione, lo stesso art. 65, par. 1, della Convenzione contro la corruzione, invocato dal remittente, non ha alcuna incidenza in tal senso: esso prescrive l'adozione delle misure volte a dare esecuzione agli obblighi pattizi, ma non incide in alcun modo sul contenuto di tali obblighi³⁶ se non, come qualcuno ha ipotizzato (ma tale tesi non ci sembra condivisibile), nel senso opposto di ridurre la portata obbligatoria, dato che condiziona l'adempimento degli obblighi pattizi alla compatibilità delle misure in essi indicate con i principi fondamentali degli ordinamenti interni³⁷.

Resta vero che, in una tale ipotesi (ossia qualora l'ordinamento interno già criminalizzi l'abuso d'ufficio), l'art. 19 non cessa per ciò solo di sancire un obbligo. Esso imporrà, in particolare, un obbligo di senso contrario: laddove l'ordinamento interno preveda già la fattispecie criminosa dell'abuso d'ufficio, la Convenzione di Merida imporrebbe allo Stato di non abrogare tale disposizione se non a seguito di un'adeguata valutazione, da realizzare in buona fede, della sua compatibilità con i principi generali dell'ordinamento interno.

2.2. L'impossibilità, testuale e sistematica, di ricavare un obbligo di non decriminalizzazione dell'abuso d'ufficio dall'art. 7, par. 4

Altra questione è se, come pure sostenuto dal giudice remittente, un obbligo di non abrogare la fattispecie criminosa dall'abuso d'ufficio sia ricavabile interpretando il suddetto art. 19 alla luce dell'art. 7, par. 4, della Convenzione contro la corruzione, il quale dispone che «Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavour to adopt, *maintain* and strengthen systems that promote transparency and prevent conflicts of interests» (enfasi aggiunta). Invocando espressamente il criterio dell'interpretazione siste-

rinvenibili esclusivamente nella Convenzione interamericana contro la corruzione del 1996, e nel Protocollo contro la corruzione adottato nel 2001 dalla Comunità per lo sviluppo dell'Africa australe.

³⁶ O. LANDWEHR, "Article 65: Implementation of the Convention", in C. ROSE, M. KUBICIEL, O. LANDWEHR (eds), *The United Nations Convention Against Corruption: A Commentary*, Oxford, 2019, pp. 643 ss., p. 644: «the first paragraph of Article 65 does not seem to add anything to the obligations contained in the substantive chapters of the Convention».

³⁷ *Ibidem*: «Article 65(2) could be seen as a clarification that even where there is no explicit provision in a specific article, the Convention does not oblige States parties to change their laws if such a change contradicted fundamental principles of their domestic law». Tuttavia, l'autore ritiene (e tale posizione ci sembra condivisibile) che tale interpretazione non sia accettabile, in quanto contraria al principio di effettività nel raggiungimento dell'oggetto e dello scopo del trattato.

matica, di cui all'art. 31 (par. 3, lett. c)) della Convenzione di Vienna, il tribunale fiorentino ritiene che dall'interpretazione congiunta dei due articoli derivi che gli obblighi discendenti dall'art. 19 «vadano declinati diversamente [...] a seconda del fatto che lo Stato aderente abbia o meno già adottato nel proprio ordinamento la fattispecie d'abuso d'ufficio». In particolare:

- a) lo Stato parte che non abbia introdotto la fattispecie prima dell'adesione alla Convenzione di Merida, sarà tenuto a valutare concretamente e seriamente la sua introduzione in conformità al proprio diritto interno, dovendo compiere uno *sforzo reale* per vedere se essa sia compatibile con il proprio ordinamento giuridico; di talché, laddove tale compatibilità sussista, lo Stato contraente, onde intenda adeguarsi all'obbligo internazionale, sarà ragionevolmente tenuto ad introdurlo;
- b) lo Stato parte che invece, come l'Italia, abbia già introdotto la fattispecie prima dell'adesione alla Convenzione di Merida e che ha, dunque, già positivamente valutato la conformità della fattispecie rispetto al proprio diritto interno – dovendo mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse (art. 7, comma 4, Convenzione di Merida) – per adeguarsi all'obbligo internazionale di cui all'art. 19, sarà tenuto a non abrogare la fattispecie già vigente, viepiù senza la contestuale adozione di alcuna misura preventiva e/o repressiva-sanzionatoria caratterizzata da concreta ed effettiva dissuasività.³⁸

Per quanto tale interpretazione possa apparire a prima vista convincente, al punto da indurre diversi altri tribunali a reiterarla, essa ci sembra smentita dal tenore testuale e dalla collocazione sistematica dell'art. 7, par. 4, all'interno della Convenzione di Merida. Quest'ultima, si ricordi, si compone di sette capitoli: il Capitolo I sancisce disposizioni di carattere generale; il Capitolo II, in cui si colloca l'art. 7, si occupa di «preventive measures»; il Capitolo III, ove si trova l'art. 19, sancisce obblighi in materia di «criminalization and law enforcement»; il Capitolo IV tratta invece di «international cooperation»; il Capitolo V disciplina questioni di «asset recovery»; il Capitolo VI tratta di «technical assistance and information exchange», mentre il Capitolo VII si occupa di «mechanisms for implementation». Come si è detto, l'art. 7, intitolato «Public sector», si colloca nel Capitolo II, che tratta di *misure di prevenzione*. La Guida chiarisce che gli art. 7-9 si occupano di «questions related to transparency in the public sector». A tal fine, l'art. 7 indica che gli Stati sono tenuti a considerare o a sforzarsi di adottare misure volte a garantire la trasparenza nell'ambito del reclutamento di pubblici ufficiali (par. 1), dei criteri per le candidature e posizioni pubbliche (par. 2), del finanziamento dei partiti politici (par. 3) e della prevenzione dei conflitti di interesse (par. 4). In relazione a quest'ultimo, la *Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption* chiarisce che «[f]or all holders of public of-

³⁸ Tribunale di Firenze, Sezione III penale, ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 24 settembre 2024, p. 15.

fice, and depending on the office concerned, States Parties should ensure general provisions on conflicts of interests, incompatibilities and related issues»³⁹.

Posto quanto sopra, ci sembra impossibile utilizzare l'art. 7, par. 4, per desumere dall'art. 19 un obbligo di non decriminalizzazione dell'abuso d'ufficio, per due motivi. In primo luogo, lo stesso art. 7, par. 4, in ragione del proprio tenore testuale, in quanto sancisce un mero obbligo di impegnarsi a realizzare qualcosa («Each State Party *shall* [...] *endeavour* to adopt, maintain [...]»); enfasi aggiunta), rientra tra quelli che la Guida definisce *optional requirements*, ossia tra quelle disposizioni che stabiliscono un mero obbligo di prendere in considerazione la possibilità di adottare una certa misura⁴⁰. Dunque, anche ammettendo che esso possa essere utilizzato per interpretare l'art. 19 (circostanza che pure escludiamo, per le ragioni esposte di qui a breve), ci sembra difficile sostenere che una disposizione che impone un obbligo di *sforzarsi* di raggiungere un determinato risultato (e non di raggiungerlo) possa essere utilizzata per rendere obbligatorio ciò che un'altra disposizione obbliga meramente a *prendere in considerazione* (e non ad adottare).

In secondo luogo, l'ordinanza di rimessione sembra presentare l'art. 7, par. 4, come una disposizione di carattere generale che, utilizzando il termine «maintain», obbliga gli Stati a non adottare misure che retrocedono rispetto all'attuazione della Convenzione contro la corruzione o al raggiungimento del suo scopo. Tuttavia, il testo, il titolo e la collocazione sistematica dell'art. 7 rendono chiaro che esso non costituisce una disposizione di carattere generale, che possa eventualmente integrare altre disposizioni del trattato, bensì una disposizione con un campo di applicazione ben determinato: esso si occupa delle misure volte a prevenire la corruzione tramite la garanzia della trasparenza nel settore pubblico e, con specifico riferimento al par. 4, in relazione alle misure volte a prevenire i conflitti di interesse e le cause di incompatibilità con funzioni pubbliche. Ed infatti, se si guardano i lavori preparatori della disposizione⁴¹, emerge come «the drafters intended to call for transparency specifically in relation to the declaration of income and financial interests by public officials and in connection with conflict of interests, and not for transparency generally in the public sector»⁴².

³⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption*, New York, 2009, p. 16.

⁴⁰ Si veda anche J.B. TERRACINO, «Article 7: Public Sector», in C. ROSE, M. KUBICIEL, O. LANDWEHR (eds), *The United Nations Convention Against Corruption: A Commentary*, Oxford, 2019, pp. 65 ss., p. 67: «In the case of Article 7, semi-mandatory means that States are obliged to endeavour. [...] In this case, States parties are under an obligation of conduct, which require them to genuinely contemplate, or consider such measures, but not to achieve any specific result. States are therefore required, at a minimum, to initiate and hold discussions on all the elements contained in Article 7 and their feasibility, appropriateness and accordance with the fundamental principles of their legal system».

⁴¹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention Against Corruption*, cit., pp. 85 ss.

⁴² J.B. TERRACINO, «Article 7: Public Sector», cit., p. 76.

L'art. 7, par. 4, dunque, non può essere interpretato come incorporante un obbligo di carattere generale di mantenere in vigore le misure prese in esecuzione del trattato in questione, o che contribuiscono in qualsiasi modo a realizzarne lo scopo.

2.3. L'inesistenza, in diritto internazionale generale e in virtù dell'art. 65, par. 2, di un obbligo di *stand still* o di non retrogressione

Per ricapitolare, a nostro parere l'art. 19, che sia preso isolatamente o in combinazione all'art. 7, par. 4, non può essere interpretato nel senso tale da obbligare gli Stati membri a criminalizzare, o non decriminalizzare, l'abuso d'ufficio, a prescindere dal fatto che tale fattispecie di reato fosse prevista o meno nell'ordinamento interno al momento della ratifica della Convenzione di Merida. Altra questione è se, come pure sembra in qualche modo suggerire il giudice remittente, esista in diritto internazionale un obbligo generale di *stand still* o di non retrogressione. Secondo tale obbligo, qualora lo Stato parte di un trattato adotti misure che, pur non vincolanti i sensi dello stesso, contribuiscano a realizzarne l'oggetto e lo scopo, tale Stato sarebbe vincolato a mantenere in vigore tali misure.

Al riguardo, occorre innanzitutto notare che non vi sia alcun indice che consenta di ritenere che un tale obbligo di *stand still* esista in diritto internazionale generale. In assenza di una chiara prassi in tal senso, questioni non espressamente disciplinate da un trattato non possono che restare nell'ambito del dominio riservato degli Stati. Peraltro, a conferma dall'assenza di un tale obbligo nel diritto internazionale generale può notarsi come, laddove si è pur sostenuta l'esistenza di un obbligo internazionale di non regressione, il suo fondamento è stato rinvenuto nel testo di specifiche disposizioni pattizie. Degno di nota è ad esempio l'art. 2, par. 1, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, secondo il quale «[e]ach State Party to the present Covenant undertake to take steps [...] with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures». Secondo l'interpretazione resa dal Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, tale disposizione sancisce un obbligo di «progressive realization» dei diritti sanciti dal Patto, con la conseguenza che misure regressive possono essere giustificate solo in casi eccezionali⁴³. Sulla base del testo dell'art. 26 del-

⁴³ Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 1: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, UN Doc. n. E/1991/23 del 14 dicembre 1990, par. 9: «[Article 2(1)] imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goals. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources». Si vedano anche Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13)*, UN Doc. n. E/C.12/1990/10 dell'8 dicembre 1999, par. 45, secondo cui [t]here is a strong presumption of impermissibility of any retrogressive measures taken in relation to the right to education»; Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, UN Doc. n. E/C.12/2000/4 dell'11 agosto 2000, par. 32, in cui si ribadisce lo stesso in relazione al

la Convenzione americana sui diritti umani⁴⁴, la stessa posizione è stata adottata dalla Commissione⁴⁵ e dalla Corte⁴⁶ interamericana dei diritti umani. Come è evidente, in tali casi è la previsione espressa di un obbligo internazionale di *realizzazione progressiva* che rende incompatibile con il trattato rilevante l'abrogazione di misure legislative che contribuiscono a realizzarne in misura maggiore lo scopo. Al di fuori dell'ambito della tutela dei diritti economici, sociali e culturali, l'esistenza di un obbligo internazionale di non retrogressione è stata sostenuta con riferimento alle misure volte alla protezione dell'ambiente, ma anche in questo caso facendo riferimento a specifiche disposizioni pattizie contenute in trattati in materia commerciale, ambientale e di investimenti⁴⁷, o ancorando la tutela ambientale ai diritti sociali, in particolare al diritto alla salute⁴⁸.

In ogni caso, pur a voler ipotizzare l'esistenza in diritto internazionale generale di un obbligo di non retrogressione con riferimento a misure che contribuiscono a realizzare lo scopo di un trattato pur senza essere obbligatorie ai sensi dello stesso, l'operatività di tale obbligo in relazione alla Convenzione contro la corruzione sarebbe a nostro parere esclusa dalla clausola di salvaguardia sancita all'art. 65, par. 2, della stessa. Secondo tale disposizione, infatti, «[e]ach State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating corruption».

Dato che specifiche indicazioni in merito all'interpretazione di tale disposizione non possono rinvenirsi né nella Guida legislativa alla Convenzione contro la

diritto alla salute; Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Article 15, Para. 1 (c) of the Covenant)*, UN Doc. n. E/C.12/GC/17 del 12 gennaio 2006, par. 27, in relazione al diritto d'autore; Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant)*, UN Doc. n. E/C.12/GC/18 del 6 febbraio 2006, par. 21, in relazione al diritto al lavoro; Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 21: Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Art. 15, Para. 1 (a) of the Covenant)*, UN Doc. n. E/C.12/GC/21 del 21 dicembre 2009, par. 46, in relazione al diritto a partecipare alla vita culturale.

⁴⁴ Tale disposizione sancisce che «[t]he States Parties undertake to adopt measures [...] with a view to achieving progressively, by legislation or other appropriate means, the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the protocol of Buenos Aires».

⁴⁵ Commissione interamericana dei diritti umani, *Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador*, rapporto del 20 marzo 2009, par. 106: «Article 26 of the American Convention creates for the States Parties the general obligation to strive constantly for the realization of the economic, social, and cultural rights. This obligation, in turn, entails the obligation not to adopt retrogressive measures in respect of the level of development achieved».

⁴⁶ Corte interamericana dei diritti umani, *Five Pensioners v. Peru*, Serie C n. 98, sentenza del 28 febbraio 2003, par. 147.

⁴⁷ Si veda A.D. MITCHELL, J. MUNRO, "An International Law Principle of Non-Retrogression from Environmental Protections", in *International and Comparative Law Quarterly* 2023, pp. 35 ss.

⁴⁸ Consiglio dei diritti umani, *Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations relating to the Enjoyment of the Right to a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*, John H. Knox, UN Doc. A/HRC/25/53 del 30 dicembre 2013, par. 55.

corruzione, né nei lavori preparatori (dove il testo non ha suscitato alcuna particolare discussione), possiamo provare a trarre spunti dall'interpretazione di una simile clausola di salvaguardia, ossia l'art. 53 della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (CEDU). Esso dispone, infatti, che «[n]othing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party». Come riconosciuto dalla Corte europea dei diritti umani (di seguito 'Corte europea'), tale disposizione implica che gli Stati parte del trattato sono liberi di riconoscere, nel proprio diritto interno o in ragione della ratifica di altri trattati internazionali, una più ampia tutela dei diritti sanciti dalla CEDU⁴⁹. La Corte europea ha chiarito che, laddove ciò si verifichi, la CEDU vieta che il più elevato standard di protezione sia applicato in modo discriminatorio⁵⁰ e impone che esso sia applicato in modo compatibile con le altre garanzie stabilite dal trattato⁵¹, in tal senso rafforzandone l'operatività⁵². Tuttavia, la Corte europea ha più volte ribadito che la più ampia tutela fornita dal diritto interno rispetto a quanto obbligatorio ai sensi della CEDU, ammessa ai sensi dell'art. 53, non può essere invocata per estendere il campo di applicazione⁵³ e il contenuto⁵⁴ degli obblighi pattizi. Inoltre, pur senza citare espressamente l'art. 53, la Corte europea ha riconosciuto come legittima la scelta di un legislatore nazionale di abrogare una legislazione domestica che forniva garanzie maggiori ri-

⁴⁹ Corte europea dei diritti umani, *Nersesyan v. Armenia*, ricorso n. 15371/07, decisione del 19 gennaio 2010, par. 25.

⁵⁰ Corte europea dei diritti umani, *Beeler v. Switzerland* [GC], ricorso n. 78630/12, sentenza dell'11 ottobre 2022, par. 61, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali: «where a State decides to go beyond its obligations [...] – a possibility open to it under Article 53 of the Convention – it cannot, in the application of that right, take discriminatory measures within the meaning of Article 14».

⁵¹ Corte europea dei diritti umani, *O.M. v. Hungary*, ricorso n. 9912/15, sentenza del 5 luglio 2017, par. 47.

⁵² J. GERARDS, "Article 53 ECHR and Minimum Protection by the European Court of Human Rights", in *European Convention on Human Rights Law Review* 2022, p. 451 ss., p. 470.

⁵³ Corte europea dei diritti umani, *Djeri and Others v. Latvia*, ricorsi n. 50942/20 e 2022/21, sentenza del 18 luglio 2024, par. 95: «The approach taken by the Constitutional Court was perfectly consistent with Article 53 of the Convention which allows the State Parties to adopt a broader interpretation entailing stronger protection of the rights and freedoms in question within their respective domestic legal systems. However, this does not affect the Court's finding that Article 2 of Protocol No. 1 to the Convention is not applicable in the circumstances of the present case; the Constitutional Court's findings cannot be taken to expand the scope of the relevant provision under the Convention». Sul punto, si vedano anche Corte europea dei diritti umani, *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC], ricorsi n. 68273/14 e 68271/14, sentenza del 22 dicembre 2020, par. 93; Corte europea dei diritti umani, *Krombach v. France*, ricorso n. 67521/14, decisione del 20 febbraio 2018, par. 39.

⁵⁴ Corte europea dei diritti umani, *Rocella v. Italy*, ricorso n. 44764/16, sentenza del 15 giugno 2023, par. 54; Corte europea dei diritti umani, *Marinoni v. Italy*, ricorso n. 27801/12, sentenza del 18 novembre 2021, par. 60; Corte europea dei diritti umani, *Di Martino and Molinari v. Italy*, ricorsi n. 15931/15 e 16459/15, sentenza del 25 marzo 2021, par. 39.

spetto a quanto imposto dalla CEDU⁵⁵. Pertanto, le misure più favorevoli, che pur godono di una certa protezione ai sensi della Convenzione europea, restano rilevanti fino a quando esse siano volontariamente adottate e mantenute in vigore dagli Stati⁵⁶, sui quali non grava invece un obbligo di non abrogarle⁵⁷.

Pertanto, come è stato osservato, ci sembra possa concludersi che l'art. 65, par. 2, della Convenzione di Merida si limita a ribadire che gli Stati membri sono liberi di adottare misure che, pur andando oltre quanto imposto dal trattato, contribuiscono a realizzarne lo scopo, ovvero la lotta alla corruzione⁵⁸. Tuttavia, né il testo della disposizione o il suo iter negoziale, né i rilevanti principi generali del diritto internazionale, inducono a ritenere che tali misure diventino vincolanti ai sensi della Convenzione, al punto da non poter essere più abrogate. Di conseguenza, l'eventuale criminalizzazione dell'abuso d'ufficio da parte di uno Stato parte della Convenzione contro la corruzione non può rendere tale criminalizzazione obbligatoria ai sensi dello stesso trattato.

3. La valutazione della compatibilità del reato di abuso d'ufficio con l'ordinamento giuridico italiano, anche alla luce degli obblighi internazionali sui diritti umani

Alla luce di quanto sopra, a noi sembra possa concludersi che quello che deriva dall'art. 19 della Convenzione di Merida sia un mero obbligo di carattere *procedurale*, analogo agli obblighi che la CEDU pone in capo agli Stati membri nel momento in cui adottano misure legislative di carattere generale che incidono sul godimento

⁵⁵ Corte europea dei diritti umani, *Filat v. Moldova*, ricorso n. 11657/16, sentenza del 7 dicembre 2021, par. 33: «Pour ce qui est de l'entrée en vigueur pendant la détention litigieuse de la nouvelle rédaction de l'article 186 du CPP [...], il n'appartient pas à la Cour de questionner ce choix du législateur moldave dans la mesure où l'article 5 § 4 de la Convention n'impose aucune restriction à la liberté pour les États contractants de décider d'instaurer ou non des garanties supplémentaires à celles exigées par cette disposition».

⁵⁶ J. GERARDS, "Article 53 ECHR and Minimum Protection by the European Court of Human Rights", cit., p. 474: «The complementarity or reinforcement reading of Article 53 [...] can only serve this function as long as a State – voluntarily – decides to provide such higher protection».

⁵⁷ Peraltro, anche quando il giudice Pinto De Albuquerque ha in qualche modo ipotizzato l'esistenza di un obbligo di non retrogressione quanto alle misure più protettive coperte dall'art. 53, tale conclusione è stata giustificata sulla base della specifica natura della CEDU quale trattato volto alla tutela dei diritti umani e sulla base del riferimento, nel suo Preambolo, allo scopo di «progressive realisation» di tali diritti (si veda Corte europea dei diritti umani, *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC], ricorsi n. 60367/08 e 961/11, sentenza del 25 gennaio 2017, Opinione dissidente del giudice Pinto de Albuquerque, par. 23). In ogni caso tali argomenti, oltre ad essere stati contraddetti da altri giudici (*ibidem*, Opinione concorrente della giudice Nussberger, par. 4; Opinione concorrente della giudice Turković, par. 7), sono fondati sulle specificità della CEDU, e non sarebbero trasponibili alla Convenzione contro la corruzione.

⁵⁸ O. LANDWEHR, "Article 65: Implementation of the Convention", cit., p. 645: «The Convention only seeks to impose minimum standards. States parties are, in principle, free to go beyond the Convention and adopt stricter or more severe measures. Article 65(2) makes this point explicit, even though there is no obvious need for it, as this conclusion would follow from the normal methods of interpretation and general principles of international law».

dei diritti fondamentali in essa sanciti. In tali casi, la Corte europea esamina non tanto il risultato dell'iter legislativo, bensì la qualità del dibattito parlamentare che ha portato all'adozione di una determinata disposizione normativa, dovendosi convincere del fatto che siano stati realizzati, da parte del legislatore, un'analisi e un bilanciamento ragionevole dei diversi interessi in gioco⁵⁹. In modo analogo, quello sancito dall'art. 19 della Convenzione di Merida non è un obbligo di risultato, bensì un *obbligo di mezzi*, che consiste nel dovere del legislatore, unico organo competente a introdurre nell'ordinamento interno una fattispecie di reato, di prendere in considerazione, in buona fede, la possibilità di introdurre la fattispecie di abuso d'ufficio nell'ordinamento interno; tale obbligo, in virtù dell'art. 65, par. 1, della stessa Convenzione, deve essere adempiuto valutando la compatibilità del reato in questione con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno.

Ora, se si leggono i lavori preparatori della disposizione che ha disposto la decriminalizzazione dell'abuso d'ufficio, emerge come l'obbligo di prendere in considerazione la possibilità di mantenere in vigore tale fattispecie di reato e la sua compatibilità con l'ordinamento interno è stato adempiuto. Nella relazione introduttiva del DDL n. 8 in Senato si legge, in particolare, come la riforma si inserisce nel solco di «plurimi interventi normativi volti a dare maggiore determinatezza alla disposizione (effettuati del 1990, nel 1997, nel 2012 e nel 2020)», interventi che tuttavia non sono riusciti a mettere fine alla persistenza di un consistente squilibrio tra iscrizioni della notizia di reato e decisioni di merito, «anche dopo le modifiche volte a ricondurre la fattispecie entro più rigorosi criteri descrittivi». Tale situazione, secondo la relazione introduttiva, ha fatto emergere «una anomalia che ha portato alla scelta proposta con il presente disegno di legge». In ogni caso, osserva la relazione, anche a seguito della decriminalizzazione dell'abuso d'ufficio, il sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione resta «un apparato di repressione estremamente articolato», fermo in ogni caso che l'abuso di poteri o funzioni o la violazione di doveri imposti dalla legge resta una circostanza aggravante rispetto alla commissione di altre fattispecie criminose commesse dal pubblico ufficiale. La relazione, inoltre, lascia aperta la «possibilità di valutare in prospettiva futura specifici interventi additivi volti a sanzionare, con formulazioni circoscritte e precise, condotte meritevoli di pena in forza di eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria». In conclusione, la relazione ha ritenuto che l'abrogazione in questione non lasci l'ordinamento sprovvisto di strumenti, preventivi e repressivi, volti alla tutela dei rilevanti interessi pubblici, perseguendo al contempo l'interesse di alleggerire il carico di lavoro degli organi giudiziari determinato dal carattere eccessivamente vago della fattispecie criminosa in questione.

⁵⁹ Sul punto si vedano, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 48876/08, sentenza del 22 aprile 2013, par. 108; Corte europea dei diritti umani, *L.B. v. Hungary* [GC], ricorso n. 36345/16, sentenza del 9 marzo 2023, par. 125, secondo cui la Corte si occupa non tanto del risultato del processo legislativo, bensì della «quality of the parliamentary review».

A noi sembra che, senza entrare nel merito del se tale scelta sia condivisibile o opportuna dal punto di vista di politica interna, le ragioni fornite siano sufficienti a ritenere rispettato l'obbligo di carattere procedimentale sancito dall'art. 19 della Convenzione di Merida. Il legislatore, infatti, ha indicato le ragioni per le quali ritiene che la permanenza della fattispecie di abuso d'ufficio sia incompatibile con principi (quelli di tassatività e determinatezza della fattispecie penale) ed esigenze (la corretta e spedita amministrazione della giustizia) dell'ordinamento giuridico interno. Allo stesso tempo, ha argomentato sul perché ritiene che le finalità perseguite dalla Convenzione contro la corruzione possano essere sufficientemente raggiunte tramite altri strumenti, preventivi e repressivi, vigenti nell'ordinamento italiano. Ai fini del rispetto dell'obbligo internazionale in questione, non è necessario che tali ragioni siano necessariamente condivisibili o condivise, analisi che in ogni caso dipenderebbe dal punto di vista adottato⁶⁰.

Peraltro, la valutazione del legislatore italiano assume maggiore rilievo se si considera che, a parere di chi scrive, l'esame della compatibilità della fattispecie dell'abuso d'ufficio con i principi dell'ordinamento giuridico interno deve essere realizzata anche alla luce degli altri obblighi internazionali assunti dallo Stato, tra cui si situano gli obblighi in materia di rispetto dei diritti umani. Ed è a tali obblighi che, nel menzionare i problemi della fattispecie d'abuso d'ufficio in termini di tassatività e determinatezza, sembra implicitamente fare riferimento la citata relazione introduttiva.

Al riguardo, occorre notare che la fattispecie di abuso d'ufficio solleva dubbi di compatibilità con i requisiti di chiarezza, determinatezza e prevedibilità imposti dall'art. 7 CEDU, il quale sancisce il principio di legalità in materia penale. La Corte europea dei diritti umani non ha mai avuto modo di esaminare l'art. 323 del c.p. italiano alla luce delle garanzie derivanti da tale disposizione pattizia. Tuttavia, nel caso *Liivik c. Estonia* essa si è occupata dell'art. 161 del codice penale estone, rubricato «misuse of official position», il quale risultava formulato in termini simili all'art. 323 del c.p. italiano⁶¹. In quel caso, dopo aver esaminato il modo in cui la disposizione in questione era stata interpretata dai giudici interni,

⁶⁰ Ad esempio, laddove il punto di vista sia quello della lotta alla corruzione in tutte le sue forme, può notarsi come dubbi sull'opportunità della riforma in questione sono stati espressi dal Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), organo istituito nel 1999 nel quadro di un Accordo parziale allargato del Consiglio d'Europa per monitorare il rispetto da parte degli Stati membri degli standard e delle norme anti-corruzione elaborate dall'organizzazione. Si veda, in particolare, Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), *Quinto ciclo di valutazione. Prevenzione della corruzione e promozione dell'integrità nei governi centrali (funzioni esecutive di alto livello) e nelle forze dell'ordine. Italia*, rapporto n. GrecoEval5Rep(2023)5, adottato il 22 marzo 2024, pubblicato il 28 agosto 2024, par. 13, che ha osservato come «alcuni recenti sviluppi legislativi potrebbero destare preoccupazioni. È stata preparata una proposta di legge per l'abolizione del reato di abuso d'ufficio [...]». Tuttavia, laddove il punto di vista sia quello del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, vi sarebbero ragioni che propendono nel senso contrario.

⁶¹ La disposizione sancisce che «[i]ntentional misuse by an official of his or her official position, if it causes significant damage to the rights or interests of a person, enterprise, agency or organization protected by law or to national interests, shall be punished by a fine or up to three years' imprisonment».

la Corte europea ha concluso che «the interpretation and application of Article 161 in the present case involved the use of such broad notions and such vague criteria that the criminal provision in question was not of the quality required under the Convention in terms of its clarity and the foreseeability of its effects»⁶². Nel raggiungere tale conclusione, la Corte europea ha preso anche in considerazione il fatto che «the clarity and foreseeability of the underlying principles of Article 161 of the Criminal Code have been put in doubt both by Parliament and the Supreme Court»⁶³. Ciò che può desumersi da tale sentenza è che la fattispecie dell'abuso di ufficio non risulta talmente vaga e generica da essere di per sé incompatibile con le esigenze dell'art. 7 CEDU, ma, a tal fine, richiede senza dubbio di essere sufficientemente specificata e chiarita dalla giurisprudenza interna. Ciò è dimostrato dalla più recente pronuncia resa nel caso *Norman c. Regno Unito*, in cui la Corte europea ha esaminato la compatibilità della fattispecie di «misconduct in public office», prevista nel Regno Unito dalla *common law*. In quel caso, la Corte europea ha ritenuto che, alla luce del modo in cui la fattispecie era stata ricostruita dai giudici interni nel caso concreto, la condanna del ricorrente poteva considerarsi fondata su una norma sufficientemente prevedibile. Tuttavia, ha aggiunto che «[t]he Court does not exclude that there may be cases in which, given their specific facts, prosecution and conviction for misconduct in public office were arguably not foreseeable»⁶⁴. In ogni caso, come dimostrato dal recentissimo caso *Saakashvili c. Georgia*, disposizioni simili possono essere considerate compatibili con l'art. 7 CEDU laddove siano sufficientemente specificate nella rilevante giurisprudenza interna. In particolare, la Corte europea ha ritenuto che l'art. 332, comma secondo, del codice penale georgiano, che definisce la fattispecie di «abuse of official authority», fosse compatibile con l'art. 7 CEDU, anche, e soprattutto, in ragione dei chiarimenti forniti nella giurisprudenza interna⁶⁵.

Al contempo, seri dubbi sulla compatibilità di una simile fattispecie con le garanzie di chiarezza e prevedibilità imposte dal principio di legalità in materia penale e dalle esigenze dello Stato di diritto sono stati espressi dalla Commissione europea per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), anch'essa organo del Consiglio d'Europa. Quest'ultima, per dopo aver riconosciuto che disposizioni penali in materia di abuso d'ufficio o di funzioni sono rinvenibili nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa⁶⁶, e che esse possono effettivamente rispondere a esigenze di crimina-

⁶² Corte europea dei diritti umani, *Liivik v. Estonia*, ricorso n. 12157/05, sentenza del 25 giugno 2006, par. 101.

⁶³ Ivi, par. 103.

⁶⁴ Corte europea dei diritti umani, *Norman v. the United Kingdom*, ricorso n. 41387/17, sentenza del 6 luglio 2021, par. 69.

⁶⁵ Corte europea dei diritti umani, *Saakashvili v. Georgia*, ricorsi n. 6232/20 e 22394/20, sentenza del 23 maggio 2024, par. 145.

⁶⁶ Per uno studio di simili disposizioni negli ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa, si veda Commissione europea per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *Keeping Political and Criminal Responsibility Separate. Provisions of National Criminal*

lizzazione di condotte non facilmente predeterminabili in astratto⁶⁷, ha affermato che «such blanket criminal provisions are *deeply problematic*, both with regard the qualitative requirements of Article 7 of the ECHR and other basic requirements under the rule of law, such as predictability and legal certainty, and that they are also particularly vulnerable to political misuse»⁶⁸. Per tale ragione, la Commissione di Venezia ha invitato gli Stati membri a farne un uso il più possibile limitato e circoscritto⁶⁹. Peraltro, le conclusioni della Commissione di Venezia sono state fatte proprie e reiterate anche dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella risoluzione 1950(2013), dove si è ribadito il rischio di incompatibilità della fattispecie di abuso d'ufficio con le esigenze dell'art. 7 CEDU e dello Stato di diritto, e si sono invitati gli Stati ad applicare simili disposizioni in modo restrittivo ed esclusivamente nei casi più gravi⁷⁰.

Dunque, nonostante non possa concludersi che la fattispecie di abuso d'ufficio sia di per sé incompatibile con le esigenze dell'art. 7 CEDU, sussistono ragioni per avere dubbi in tal senso. Di conseguenza, nel far riferimento alle incertezze e problematiche causate dal deficit di tassatività della fattispecie, il legi-

Law in the Field of Abuse of Office, studio n. CDL-REF(2012)041 del 15 marzo 2013 Disposizioni penali in materia di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio sono rinvenibili in trentaquattro Stati membri del Consiglio d'Europa, segnatamente Albania, Andorra, Armenia, Austria, Belgio, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Moldavia, Montenegro, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Russia (pur se ormai espulsa dal Consiglio d'Europa), San Marino, Serbia, Slovacchia, Spagna, Svezia, Svizzera, Macedonia del Nord, Ucraina, e Regno Unito.

⁶⁷ Commissione europea per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *Report on the Relationship between Political and Criminal Ministerial Responsibility*, rapporto n. CDL-AD(2013)001 dell'11 marzo 2013, par. 100: «Criminal provisions prohibiting “abuse of office”, “misuse of powers”, “excess of authority” or similar offences are to be found in a number of European legal systems, and the Venice Commission recognises that there may be a perceived need for such general clauses, which may cover many various forms of grave offences that public officials may commit, and which it is not easy to regulate in detail in advance».

⁶⁸ *Ibidem*, enfasi aggiunta.

⁶⁹ *Ivi*, par. 102: «On this basis the Venice Commission considers that national criminal provisions on “abuse of office”, “excess of authority” and similar expressions should be interpreted narrowly and applied with a high threshold, so that they may only be invoked in cases where the offence is of a grave nature, such as for example serious offences against the national democratic processes, infringement of fundamental rights, violation of the impartiality of the public administration and so on. They should be related only to the exercise of public power, and to the extent possible it should be defined to what sorts of actions they refer, either in the statutes themselves, in the preparatory works or through relevant case law by the courts, ombudsmen and other institutions. Furthermore additional criteria should be required, such as for example a requirement of intention or gross negligence. For cases of “abuse of office” or “excess of authority” involving economic interests a requirement of intent of personal gain, either for the person concerned or for example a political party, may also be considered appropriate. Finally the minimum and maximum penalties of such “blanket” provisions should be moderate, and should be below the penalty ranges provided by more specific offenses, like for example corruption».

⁷⁰ Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Keeping Political and Criminal Responsibility Separate*, risoluzione n. 1950(2013) del 28 giugno 2013, parr. 3.4. e 3.5.

slatore italiano ha realizzato una valutazione della compatibilità di tale fattispecie con i principi dell'ordinamento giuridico italiano, per come integrati dai rilevanti obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti umani. Ancora una volta, al fine di rispettare l'obbligo procedimentale sancito dall'art. 19 della Convenzione di Merida, ciò sembra più che sufficiente.

4. Conclusioni: le possibili conseguenze di una pronuncia di incostituzionalità sul rispetto del principio di legalità in materia penale

In conclusione, ci sembra di poter ritenere che non sussiste, in capo allo Stato italiano, un obbligo di criminalizzare, o non decriminalizzare, l'abuso d'ufficio. A nostro parere, l'avvenuta abrogazione dell'art. 323 c.p. non integra un illecito internazionale e non impone alla Corte costituzionale di rimediare allo stesso per il tramite di una pronuncia di incostituzionalità fondata sull'art. 117 Cost., per come integrato dalle citate disposizioni della Convenzione contro la corruzione. Al contrario, sarebbe tale eventuale pronuncia a esporre l'Italia al rischio di incorrere in responsabilità internazionale.

In primo luogo, laddove la Corte costituzionale accolga la prospettata questione e si pronunci nel senso dell'incostituzionalità dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., l'applicazione di tale disposizione al fine di condannare imputati per fatti precedenti all'abrogazione, ma i cui procedimenti siano ancora pendenti, o per fatti commessi nel periodo in cui la norma era abrogata, esporrebbe l'Italia al rischio di violare il principio di retroattività della *lex mitior*, ossia della norma penale più favorevole, sancito in maniera implicita dall'art. 7 CEDU. Come chiarito dalla Grande camera della Corte europea in *Scoppola c. Italia (n. 2)*, infatti, tale principio impone che «where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant»⁷¹. Dunque, l'imputato deve essere giudicato sulla base della legge più favorevole tra tutte quelle intervenute tra il momento della commissione del fatto e il momento della sentenza definitiva; legge che, nel caso di specie, prevedeva l'irrilevanza penale del fatto. E questo indipendentemente dalla circostanza per cui il fatto sia stato commesso prima o dopo l'adozione della legge che ha decriminalizzato la fattispecie. L'eventualità che in tale scenario si materializzi, ossia che siano pronunciate condanne per abuso d'ufficio per fatti precedenti all'abrogazione della disposizione, non è del tutto improbabile. Ed infatti, secondo la Corte costituzionale, il principio di retroattività della norma penale più favorevole, a differenza del principio di irretroattività

⁷¹ Corte europea dei diritti umani, *Scoppola v. Italy (no. 2)* [GC], ricorso n. 10249/03, sentenza del 17 settembre 2009, par. 109. Si veda anche Corte europea dei diritti umani, *Advisory opinion concerning the use of the "blanket reference" or "legislation by reference" technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law*, opinione consultiva n. P16-2019-001 del 29 maggio 2020, par. 80.

della norma penale sfavorevole, avrebbe carattere derogabile, laddove vi siano «giustificazioni oggettivamente ragionevoli» e, inoltre, presupporrebbe che la norma più favorevole sia costituzionalmente legittima⁷². Senonché, nella giurisprudenza della Corte europea non sembra rinvenibile alcun elemento che porti ad ammettere, da un lato, la derogabilità del principio di applicazione retroattiva della *lex mitior*⁷³, posto che il principio di legalità in materia penale viene considerato inderogabile nella sua interezza⁷⁴, né, dall'altro, il condizionamento della sua applicazione alla validità o costituzionalità della norma più favorevole. Di conseguenza, l'applicazione dell'art. 323 c.p. a fatti commessi prima dell'eventuale pronuncia di incostituzionalità della norma abrogativa esporrebbe l'Italia al rischio di violazione dell'art. 7 CEDU. Per tale ragione, nell'ipotesi in cui tale pronuncia di incostituzionalità venga adottata (ipotesi che, in ogni caso, non auspichiamo), sarebbe quanto meno necessario che la questione della successione delle leggi penali nel tempo venga risolta sulla base della posizione adottata al riguardo dalla Corte di cassazione italiana. Quest'ultima ha infatti affermato che, in ragione del principio di retroattività della *lex mitior*, la norma incriminatrice ripristinata per effetto di una dichiarazione di incostituzionalità non può essere applicata, senza ombra di dubbio, rispetto a fatti commessi nel periodo di vigenza della norma abrogativa ma, per ragioni di eguaglianza sostanziale, neppure a fatti commessi precedentemente all'abrogazione ma rispetto ai quali il processo sia ancora pendente⁷⁵.

⁷² Corte costituzionale, sentenza del 23 novembre 2006, n. 394, par. 6.4: «il principio di retroattività della norma penale più favorevole in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima. Il nuovo apprezzamento del disvalore del fatto, successivamente operato dal legislatore, può giustificare – in chiave di tutela del principio di eguaglianza – l'estensione a ritroso del trattamento più favorevole, a chi ha commesso il fatto violando scientemente la norma penale più severa, solo a condizione che quella nuova valutazione non contrasti essa stessa con i precetti della Costituzione. La *lex mitior* deve risultare, in altre parole, validamente emanata: non soltanto sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta e, in generale, della disciplina delle fonti [...]; ma anche sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali».

⁷³ Si veda, al riguardo, Corte europea dei diritti umani, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* [GC], ricorsi n. 2312/08 e 34179/08, sentenza del 18 luglio 2012, Opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque, sottoscritta anche dal giudice Vučinić, par. 9, secondo cui il principio di retroattività della norma più favorevole, al pari di quello di irretroattività della norma penale sfavorevole, sarebbe inderogabile. A detta di tali giudici «[t]hese principles are part of the rules of customary international law, binding on all States, and are peremptory norms with the effect that no other rule of international or national law may derogate from them. In other words, the principle of legality in the field of criminal law, both in its positive and negative versions, is *jus cogens*».

⁷⁴ Sul carattere inderogabile si veda, tra le tante, Corte europea dei diritti umani, *Ilseher v. Germany* [GC], ricorsi n. 10211/12 e 27505/14, sentenza del 4 dicembre 2018, par. 202: «the guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency».

⁷⁵ Corte di cassazione, sentenza del 18 maggio 2017, n. 34834, par. 2.11. Ma si veda anche la critica a tale pronuncia di F. VIGANO, «Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di

In secondo luogo, e visto il possibile deficit di determinatezza della fattispecie di abuso d'ufficio, il ripristino della vigenza dell'art. 323 c.p. esporrebbe l'Italia al possibile rischio di violazione dell'art. 7 CEDU sotto il profilo della prevedibilità, anche con riferimento alle condanne intervenute per fatti successivi alla dichiarazione di incostituzionalità. Si tratta, lo ribadiamo, di una semplice ipotesi, in quanto la valutazione di compatibilità della fattispecie di abuso d'ufficio con le garanzie imposte dall'art. 7 CEDU imporrebbe un'analisi approfondita della giurisprudenza interna rilevante, alla luce delle circostanze del caso concreto; questione che fuoriesce chiaramente dall'ambito del presente scritto.

Resta il fatto che, a nostro parere, il diritto internazionale non obbliga la Corte costituzionale, per le ragioni di cui sopra, ad accogliere la prospettata questione di legittimità costituzionale, quanto meno sotto il profilo (di nostra competenza) dell'art. 117 Cost.

ABSTRACT. On the Non-existence of an International Obligation of Stand Still and the Consequent International Lawfulness of the Elimination of the Crime of Abuse of Functions

On 24 September 2024 the Florence District Court requested the Italian Constitutional Court to rule, *inter alia*, on the question whether the recent decriminalization of the criminal offence of «abuse of office» is compatible with Italy's international obligations, as enshrined in the United Nations Convention Against Corruption and, accordingly, whether it is compatible with Article 117(1) of the Italian Constitution. This article aims at demonstrating that the UN Convention Against Corruption does not impose any obligation to criminalize, or not to decriminalize, abuse of office and that, as a consequence, no international wrong can be attributed to Italy. By contrast, should the Constitutional Court hold that the decriminalization of abuse of office is incompatible with the Italian Constitution, Italy would be exposed to the risk of breaching, on different grounds, the principle of legality in criminal matters, as enshrined in Article 7 of the European Convention on Human Rights.

Keywords: Convention against Corruption; principle of legality; adaptation of domestic law to international law; duties of criminalization; non-retrogression obligation.

illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione”, in *Diritto penale contemporaneo* 2017, pp. 298 ss., p. 301, secondo cui «[n]è la soluzione del necessario effetto retroattivo della norma di favore dichiarata incostituzionale risulta imposta dalle esigenze di rispetto dell'art. 7 CEDU (e dunque dall'art. 117, co. 1 Cost.): la Corte di Strasburgo, semplicemente, non si è infatti mai confrontata specificamente con il problema, che avrebbe ad avviso di chi scrive meritato una soluzione diametralmente opposta – e in linea con le chiare indicazioni provenienti dalla stessa giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale – da parte della nostra [Suprema Corte]».

