

## CAPITOLO 5

### Le fonti internazionali del diritto penale: la CEDU

SOMMARIO: §1. I trattati internazionali e il sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: 1.1 Gli obblighi internazionali di incriminazione. - §2. La rilevanza della CEDU nell'ordinamento nazionale: 2.1 La (non) "comunitarizzazione" della CEDU. - §3. Gli effetti delle sentenze della CEDU. - §4. Il principio di legalità nella CEDU. - §5. I corollari del principio di legalità nella CEDU (rinvii). - §6. La concezione "autonomista" dei reati e delle pene: 6.1 Il potere diffuso di riqualificazione. - §7. Oltre la CEDU: l'estensione delle garanzie costituzionali agli illeciti amministrativi sostanzialmente penali: 7.1 La sproporzione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. - §8. I riflessi del diritto CEDU sul diritto nazionale. - §9. I rimedi alla violazione della Convenzione: 9.1 La revisione convenzionale o europea. - §10. Il nuovo rimedio *ex art. 628bis c.p.p.* - §11. I rimedi esperibili dai "fratelli minori": 11.1 La decisione adottata dalle Sezioni Unite.

#### 1. I trattati internazionali e il sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

L'art. 117, comma 1, Cost. impone, come si è avuto modo di osservare nelle pagine precedenti, al legislatore statale e regionale di esercitare la funzione legislativa nel rispetto degli obblighi comunitari e dei trattati internazionali.

In tal modo la Costituzione eleva le fonti internazionali a parametro di legittimità delle fonti ordinarie, assegnando alle disposizioni dei trattati il valore di norme interposte tra la legge costituzionale e gli atti normativi di rango primario.

Ne consegue che, anche in materia penale, i vincoli derivanti da trattati internazionali conclusi dallo Stato italiano impongono al legislatore di rispettarne il contenuto e, di conseguenza, rendono illegittime le norme nazionali con essi contrastanti, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Le fonti internazionali rilevanti in materia penale sono molteplici e possono essere suddivise in **due macro-categorie**, a seconda che si tratti di **trattati volti ad assicurare la cooperazione tra gli Stati** aderenti, al fine di contrastare e reprimere fenomeni criminali di carattere transnazionale (al pari di quanto previsto in ambito europeo dall'art. 83 TFUE), ovvero di **trattati che mirino a sancire determinate garanzie a favore del reo**.

Nella prima categoria rientrano, a titolo esemplificativo, i trattati in materia di genocidio (tra cui la Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, adottata il 9 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite), di discriminazione razziale (**Convenzione di New York del 7**

marzo 1966), di riduzione in schiavitù (Convenzione supplementare – alla convenzione base del 1926 – relativa all’abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù, firmata a Ginevra il 17 settembre 1956), nonché di sfruttamento della prostituzione (Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione, adottata a New York il 21 marzo 1950 e seguita dalla Convenzione dell’Aja del 16 dicembre 1970), di pirateria (Convenzione di Ginevra sull’alto mare del 29 aprile 1958) e di traffico di sostanze stupefacenti (tra cui le Convenzioni firmate all’Aja il 23 gennaio 1922, a New York il 30 marzo 1961 e a Vienna il 21 febbraio 1971).

In disparte l’elencazione meramente esemplificativa e priva di esaustività, occorre evidenziare che **si tratta di fonti internazionali volte a stimolare l’adozione da parte degli Stati contraenti di misure efficaci di contrasto ai rispettivi fenomeni criminosi**, anche attraverso la previsione di sanzioni penali. L’attuazione delle relative disposizioni, spesso meramente programmatiche, è perciò rimessa ai legislatori nazionali, cui spetta la formulazione della fattispecie criminosa e l’individuazione delle conseguenti sanzioni.

Il secondo ordine di fonti, invece, si caratterizza per la diversa funzione assoluta, che non mira a stimolare l’introduzione di nuove o più severe norme incriminatrici, bensì a **promuovere il rispetto delle garanzie dei consociati** nei confronti dell’esercizio del potere sanzionatorio da parte degli Stati contraenti. Si tratta di testi normativi dal contenuto più ampio, che non si limita alla materia penale, interessando in via generale i principali diritti dei cittadini.

Si pensi alla **Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 26 agosto 1789**, ovvero alla già esaminata **Carta di Nizza** – prima che assumesse il valore giuridico dei Trattati europei – o al **Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966** (su cui si tornerà nella prossima sezione, dedicata alla successione di norme penali nel tempo).

### 1.1 *Gli obblighi internazionali di incriminazione*

Le fonti sovranazionali (ivi comprese quelle di diritto dell’Unione Europea) possono altresì prevedere in campo agli Stati firmatari obblighi di tutela di determinati beni giuridici anche attraverso la previsione di apposite fattispecie penali.

In tal caso, tuttavia, va evidenziato che la fonte della responsabilità penale non va individuata nel trattato internazionale che pone in capo allo Stato l’obbligo di incriminazione, bensì, in via esclusiva, nelle norme interne adottate dal Legislatore in ottemperanza a tali obblighi.

Il principio di Riserva di legge impone infatti un’esclusiva in capo al Parlamento in materia penale – pur con le eccezioni e le deroghe già esaminate – che non consentirebbe invasioni di campo da parte di fonti sovranazionali.

A tale impostazione si è invero obiettato che, quand’anche una fattispecie penale fosse disciplinata da una fonte sovranazionale, la sua vigenza nell’Ordinamento interno dipenderebbe sempre e comunque da una legge dello Stato, che tale fonte sovranazionale abbia ratificato.

Mancano tuttavia, ad oggi, ipotesi di fattispecie penali dettate da trattati o accordi internazionali, che tuttavia in più occasioni hanno posto in capo allo Stato italiano un obbligo di tutela penale, nei termini sopra indicati.

È quanto previsto, ad esempio, dalla c.d. Convenzione di Merida, delle Nazioni Unite, in materia di corruzione, oggetto di una rilevante e recente pronuncia della Corte costituzionale, con sent. 95/2025, che è intervenuta in ordine alla paventata violazione degli obblighi derivanti dalla citata convenzione per effetto dell'abrogazione del delitto di abuso d'ufficio da parte del Legislatore italiano, con L. 114/2024.

La questione implica ulteriori e altrettanto rilevanti questioni, relative all'ammissibilità di una pronuncia della Consulta con effetti *in malam partem* (oggetto di esame nel Cap. 3 della presente Sezione) e in ordine agli effetti successivi di un'eventuale sentenza di accoglimento, che dichiari incostituzionale una norma con effetti favorevoli per il reo, quale quella abrogatrice di una norma incriminatrice (su cui si tornerà nella Sez. II della presente Parte).

In particolare, il delitto di abuso di ufficio, fino alla sua abrogazione, è stato disciplinato dall'**art. 323 c.p.**, che negli anni ha subito numerose e sempre più incisive modifiche.

Nella sua **ultima formulazione**, l'art. 323 c.p. puniva, "*salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un 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*".

Tale disposizione è il frutto di numerosi interventi normativi, succedutisi nel tempo, a partire dalla riscrittura dell'articolo con **L. 86/1990**, seguita dalla **riforma del 1997**, con **L. n. 234**, ha operato una prima stretta sulla tipicità della fattispecie criminosa, completata nel **2020**, con il **D.L. n. 76, convertito senza modifiche con L. 120/2020**, che ha nettamente ristretto l'area penalmente rilevante di comportamenti di abuso d'ufficio, realizzando un'**abolizione anticipata di fatto** della fattispecie penale.

Il **bene giuridico tutelato** dal delitto di abuso d'ufficio era pacificamente **individuato nel buon andamento e nell'imparzialità** dell'attività della Pubblica Amministrazione, pur presentando natura **plurioffensiva**, laddove la condotta criminosa sia realizzata in danno di terzi (Cass., sez. VI, 14 novembre 2006, n. 40694).

Si trattava di un **reato proprio**, che presupponeva la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

La **condotta criminosa** consisteva nel procurare per sé o per altri un ingiusto vantaggio **patrimoniale** ovvero nell'arrecare a terzi un **danno ingiusto**, purché il reo avesse agito "*intenzionalmente*" e "*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*".

Era altresì necessaria, a seguito del **D.L. 76/2020**, la 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*". La riforma del 2020 ha così eliminato ogni dubbio in merito alla non rilevanza della violazione di principi generali e dell'eccesso di potere, escludendo altresì il riferimento ai **regolamenti**, nonché limitando le condotte penalmente rilevanti ai casi di esercizio di un **potere vincolato**.

La norma incriminatrice puniva altresì la condotta di **omessa astensione** in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto e negli altri casi **prescritti dalla legge**.

Si trattava di un **reato d'evento**, individuato alternativamente in un **ingiusto vantaggio patrimoniale** per sé o per altri o in un **danno ingiusto altrui**.

L'**elemento soggettivo** del delitto è stato modificato, come anticipato, nel 1997, eliminando il dolo specifico introdotto nella formulazione del 1990 e sostituendolo con il dolo generico, nella forma del **dolo intenzionale**.

Come anticipato, il delitto di abuso d'ufficio è stato oggetto di un più recente intervento di abrogazione dell'art. 323 c.p., ad opera della **L. 9 agosto 2024, n. 114**, entrata in vigore il successivo 25 agosto 2024.

Per effetto dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., il legislatore è altresì intervenuto sul testo degli artt. **322bis, 323bis, 323ter e 346bis c.p.**, per espungere i relativi riferimenti al delitto di abuso d'ufficio.

L'intervento abrogativo dell'art. 323 c.p. attuato con L. 114/2024 è stato oggetto di **numerose questioni di legittimità costituzionale**, sollevate dai giudici di merito e dalla stessa Corte di Cassazione (Cass., sez. VI, ord. 7 febbraio 2025, n. 9442), quattordici delle quali sono state oggetto della **sent. 3 luglio 2025, n. 95, della Corte costituzionale**.

I parametri di legittimità costituzionale invocati dai giudici *a quibus* sono stati **l'art. 3 Cost., l'art. 97 Cost.**, nonché gli **artt. 11 e 117, comma 1, Cost.**, quest'ultimo in relazione agli obblighi internazionali discendenti dalla già menzionata Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, ratificata e resa esecutiva con la L. 3 agosto 2009, n. 116, c.d. **Convenzione di Mérida**.

In particolare, è stato sostenuto che la scelta legislativa di abolire il delitto di abuso di ufficio contrasterebbe con gli obblighi internazionali derivanti dalla **Convenzione di Mérida**, dalla quale deriverebbe, a carico degli Stati parte che **già prevedessero** nel rispettivo ordinamento penale l'incriminazione dell'abuso d'ufficio al momento della ratifica della Convenzione, un **“divieto di regresso” (o obbligo di stand still)**, e dunque il divieto di abrogare l'art. 323 c.p. Nel rimettere la questione alla Consulta, la Corte di cassazione ha invece ritenuto che l'abolizione del delitto di abuso d'ufficio abbia piuttosto determinato la **violazione dell'obbligo di mantenere standard di efficace attuazione della UNCAC** nel suo complesso, nonché rispetto allo specifico obiettivo di assicurare l'efficace attuazione dei **sistemi di prevenzione** della corruzione.

Sono stati inoltre sollevati dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza e di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., in quanto il legislatore avrebbe creato irragionevoli **disparità di trattamento** tra condotte dotate di **analogo contenuto offensivo**, lasciando altresì prive di sanzione penale condotte più gravi di altre, che continuano a essere qualificate come reati.

Infine, l'abolizione del delitto di abuso d'ufficio avrebbe, secondo parte dei giudici rimettenti, creato un **vuoto di tutela** contro aggressioni particolarmente gravi ai principi del **buon andamento e imparzialità** della Pubblica Amministrazione, così **violando l'art. 97 Cost.**

Con la citata sentenza del **3 luglio 2025, n. 95**, la Corte costituzionale ha dichiarato **inammissibili** le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento

agli artt. 3, 11 e 97 Cost. e **non fondate** le questioni di legittimità sollevate con in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost.

Affermata la possibilità di un proprio intervento in materia penale, quand'anche con effetti *in malam partem* (su cui si tornerà nella Sezione seconda della presente parte), la Corte ha in primo luogo esaminato le questioni di legittimità costituzionale riguardanti la denunciata **violazione degli artt. 3 e 97 Cost.**

La Corte ha evidenziato, al riguardo, che **il legislatore gode di ampia discrezionalità nella delimitazione delle condotte punibili**, che tuttavia è sottoposta ad un **controllo particolarmente attento** in relazione alle scelte di **incriminazione**, in quanto necessariamente limitative dei diritti fondamentali della persona (Corte cost. 46/2024); al contrario, deve essere riconosciuta **in termini assai ampi rispetto alle scelte di non punire determinate condotte** in precedenza incriminate, stante il principio di **sussidiarietà**, per cui la tutela penale deve rappresentare l'*extrema ratio* (Corte cost. 84/2024).

Con riferimento, al principio di uguaglianza, la Corte ha altresì evidenziato che ove pure, in ipotesi, venissero a crearsi per effetto di un intervento del legislatore **intollerabili disparità di trattamento** o esiti **irragionevoli, il riequilibrio potrebbe essere operato dalla Corte solo “verso il basso”, in bonam partem, e mai in malam partem** (Corte cost. 411/1995; ord. 437/2006 e 580/2000).

Con riferimento infine all'**art. 97 Cost.** e al denunciato vuoto di tutela rispetto a modalità di aggressione al **buon andamento e alla imparzialità** della Pubblica Amministrazione, di rilievo costituzionale, la Corte ha affermato che **le esigenze costituzionali di tutela sottese all'art. 97 Cost. non richiedono necessariamente l'attivazione della tutela penale**, ben potendo essere soddisfatte attraverso una pluralità di strumenti alternativi preventivi e sanzionatori diversi dal diritto penale: strumenti che debbono, anzi, preferirsi – in omaggio al principio di *extrema ratio* – sempre che siano in grado di assicurare un'efficace tutela ai beni in questione.

Il richiamo all'**art. 11 Cost.** contenuto in talune delle ordinanze di rimessione alla Corte è stato ritenuto inconfidente, sul presupposto che tale parametro di legittimità costituzionale viene in rilievo allorché vengano in considerazione **obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea**, di cui tuttavia non si fa alcuna menzione, con conseguente inammissibilità delle relative questioni.

La Corte costituzionale è invece entrata nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento **all'art. 117, comma 1, Cost.** in relazione alle norme della **Convenzione di Mérida**.

In ordine all'**ammissibilità delle questioni**, di cui ha dubitato l'Avvocatura dello Stato, la Consulta ha osservato che il dato testuale dell'art. 117, comma 1, Cost. **equipara** i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione e quelli statuiti dal diritto internazionale pattizio, dalla violazione di tali obblighi da parte della legge statale o regionale discendendo in **entrambi i casi** l'illegittimità costituzionale della legge medesima.

Questo meccanismo opera **anche per le leggi penali**, alla sua operatività non ostando – in particolare – il principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

Il rispetto della *ratio* anche “democratica” del principio di legalità in materia penale è comunque **assicurato** dal coinvolgimento del Parlamento nel procedimento di **ratifica** delle convenzioni internazionali.

Tanto premesso, il giudice delle leggi ha evidenziato che l'effetto della **violazione degli obblighi internazionali** da parte della legge, statale o regionale che sia, consiste nella **illegittimità costituzionale** della norma primaria interna, da dichiararsi da parte della Corte.

Con particolare riferimento alla **materia penale**, la Consulta osserva che il **principio di legalità** in costituisce certamente un principio **fondamentale** dell'ordinamento costituzionale, ma non può ritenersi violato allorché una norma di diritto internazionale pattizio si limiti a imporre un **obbligo di criminalizzazione**, cioè a vincolare il legislatore nazionale a **introdurre o mantenere** nel proprio ordinamento una legge penale che incrimini una data tipologia di condotta, in quanto la **responsabilità penale di un individuo non discenderà direttamente dall'atto di diritto dell'Unione o dall'obbligo internazionale** ma esclusivamente dalla **legge nazionale attuativa dell'obbligo internazionale**, una volta che questa sia stata effettivamente introdotta nell'ordinamento dal legislatore nazionale.

L'eventuale dichiarazione dell'illegittimità costituzionale di una **legge abrogativa** di una legge penale rispettosa di un obbligo unionale o internazionale di criminalizzazione, ritenendo che la sua abrogazione contravvenga a tale obbligo, comporterebbe quindi il solo effetto di **ripristinare la vigenza di una legge nazionale abrogata illegittimamente, perché in violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.**, sicché la responsabilità penale degli individui continuerebbe a **fondarsi sull'originaria disciplina stabilita dal legislatore**, e dunque a essere basata sulla legge statale vigente al momento del fatto (ferma l'impossibilità di punire i fatti commessi durante il periodo in cui la norma incriminatrice sia stata illegittimamente abrogata, in forza dell'art. 25, comma 2, Cost.).

Il **vincolo di natura costituzionale**, previsto dall'art. 117, comma 1, Cost. non incide, secondo la Corte, sulle **prerogative del Legislatore** e quindi non viola il **principio di legalità**, dal momento che 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; anche dopo la ratifica di un trattato, inoltre, il Parlamento può discostarsi da tali obblighi con le modalità previste dallo stesso diritto internazionale, e in particolare promuovendo un **emendamento** al trattato, ovvero **denunciandolo**.

Tanto premesso, la Corte evidenzia che la **Convenzione di Mérida** è stata **ratificata** dallo Stato italiano con L. 116/2009, **senza riserve**, sicché deve ritenersi pienamente vincolante per il legislatore, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

Entrando tuttavia nel merito degli obblighi derivanti dalla Convenzione, la Consulta osserva che l'unica disposizione specificamente dedicata all'abuso d'ufficio è l'**art. 19**, che tuttavia si limita a statuire che gli Stati parte hanno l'**obbligo di considerare la criminalizzazione** della fattispecie in questione, in passato riconducibile alla disciplina dell'art. 323 c.p.; non si tratta dunque di un obbligo di criminalizzazione bensì di un impegno a prendere in considerazione l'opportunità di punire il reato di abuso d'ufficio.

Tuttavia, secondo una parte dei giudici rimettenti, la disposizione in commento dovrebbe essere **interpretata sistematicamente** con altre disposizioni della Con-

venzione e con la *ratio* complessiva di quest'ultima, sì da comportare – se non l'obbligo di introdurre *ex novo* il reato, per gli ordinamenti che non lo contemplavano al momento della ratifica della Convenzione – quanto meno **un obbligo di “non regressione” nella tutela penale**, e dunque un **divieto di abrogare** la corrispondente incriminazione, ove già esistente.

Vengono richiamati, in tal senso **l'art. 1**, che include nelle **finalità** della convenzione “la promozione e il **rafforzamento** delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace”, tra le quali si collocherebbero la criminalizzazione di condotte preparatorie o in vario modo collegate alla corruzione vera e propria, come quelle di abuso delle funzioni pubbliche; **l'art. 5**, che impegna gli Stati parte a elaborare, applicare e mantenere “**politiche di prevenzione** contro la corruzione efficaci e coordinate che [...] rispecchino i principi dello stato di diritto, di buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, d'integrità, di trasparenza e di responsabilità”; **l'art. 65, par. 1**, da cui discende il generale obbligo degli Stati di adottare tutte le **misure necessarie**, incluse quelle di natura legislativa, per assicurare **l'esecuzione degli obblighi convenzionali**; **l'art. 65, par. 2**, da cui si desume il principio secondo cui gli Stati **possono** adottare **misure più severe** di quelle previste dalla Convenzione; nonché, soprattutto **l'art. 7, par. 4**, che stabilisce l'obbligo a carico degli Stati di adoperarsi, “conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, al fine di **adottare, mantenere e rafforzare** i sistemi che favoriscono la **trasparenza** e prevengono i **conflitti d'interesse**”.

La Corte costituzionale ha tuttavia disatteso tale interpretazione, ribadendo che la Convenzione fa nascere in capo allo Stato italiano **un mero obbligo di “considerare” tale introduzione**, mediante una valutazione di compatibilità della fattispecie con i principi dell'ordinamento nazionale nonché una ponderazione dei *pro* e i *contra* di tale opzione.

Tale impegno viene espressamente qualificato come “**obbligazione di mezzi**” dalla Corte, mediante un'attenta valutazione della possibilità di dotarsi dell'incriminazione in questione, a fronte della complessità dei fattori in gioco e della rilevanza di tutti gli interessi coinvolti.

Viene altresì evidenziato che **non vi è alcuna disposizione pattizia che impedisca** al legislatore nazionale, una volta compiuta – prima o dopo la ratifica della Convenzione – la scelta di incriminare le condotte di abuso d'ufficio, **di ritornare sui propri passi, abrogando la norma incriminatrice**.

Ad avviso della Corte costituzionale, il legislatore italiano, come si evince dai lavori preparatori, ha **adempiuto all'obbligo pattizio** di valutazione in ordine alla criminalizzazione (in termini di mantenimento) della fattispecie di abuso d'ufficio, **scegliendo – legittimamente e liberamente – di abrogare l'art. 323 c.p.**

Con particolare riferimento all'invocato art. 7 della Convenzione, la Corte ha altresì evidenziato che l'obbligo di “adottare, mantenere e rafforzare” misure che favoriscano la trasparenza e prevengano conflitti di interesse – da cui deriverebbe un **obbligo di *stand still*** e un **divieto di regressione** per il legislatore italiano, secondo la prospettiva dei giudici rimettenti – non appare rilevante.

La Corte ha infatti osservato che **l'art. 7** è inserito nel **Cap. 2** della Convenzione, in cui sono disciplinati gli obblighi relativi ai sistemi di «**prevenzione**» del-

la corruzione, mentre gli obblighi **repressivi** di natura **penale** sono disciplinati dal successivo **Cap. 3 (argomento topografico)**; **l'art. 7, par. 4, non impone alcuna specifica misura allo Stato contraente**, lasciando allo stesso **ampia discrezionalità** rispetto all'obiettivo di introdurre, mantenere e rinforzare i sistemi di prevenzione della corruzione (**argomento letterale**); i «sistemi» cui si riferisce l'art. 7, par. 4, peraltro, sono unicamente quelli finalizzati alla **promozione** della «trasparenza», estraneo alla sfera di tutela dell'abrogata incriminazione dell'abuso d'ufficio, e alla **prevenzione dei «conflitti di interessi»**, che assumeva rilievo come **mera possibile modalità della condotta**, incentrata primariamente sul **risultato** di danno al privato o di ingiusto vantaggio per il pubblico agente (**argomento funzionale**).

Ne consegue, secondo il giudice delle leggi, **l'impossibilità di ipotizzare che dagli obblighi di natura puramente preventiva di cui all'art. 7, par. 4, possa derivarsi in via interpretativa il divieto di abrogare una disposizione incriminatrice**, la cui introduzione la stessa Convenzione rinuncia espressamente, nella naturale *sedes materiae* dedicata agli obblighi di natura penale, a indicare come doverosa per gli Stati parte.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 117, comma 1, Cost. sono state pertanto ritenute **infondate**.

La pronuncia assume in ogni caso **importante rilievo** nella misura in cui afferma, incidentalmente, l'astratta **possibilità di dichiarare l'incostituzionalità di una norma interna che, abrogando una fattispecie criminosa, violi un (effettivo) obbligo di incriminazione di matrice internazionale o unionale**.

## 2. La rilevanza della CEDU nell'ordinamento nazionale

Particolare rilevanza, nel panorama delle fonti internazionali che interessano la materia penale, assume la **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)**, adottata a Roma dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in data 4 novembre 1950, e ratificata in Italia con **L. 4 agosto 1955, n. 848**.

A partire dall'entrata in vigore della Convenzione sono stati adottati **quattordici protocolli aggiuntivi, oggi divenuti quindici ma presto destinati a divenire sedici**.

È infatti avvenuta con **L. 15 gennaio 2021, n. 11** la ratifica, anche da parte dell'Italia (per ultima), del Protocollo n. 15, con entrata in vigore il 1° agosto 2021, laddove è ancora *in itinere* il procedimento di ratifica del protocollo n. 16, a seguito dello stralcio avvenuto a fine 2019 rispetto al protocollo ratificato.

**Il Protocollo n. 15**, come ratificato, ribadendo il principio di sussidiarietà e il c.d. margine di apprezzamento degli Stati membri nel garantire i diritti e le libertà definiti nella Convenzione, introduce modifiche alla procedura davanti alla CEDU. Viene prevista, in particolare, la riduzione da 6 a 4 mesi del termine per il ricorso dalla definitiva pronuncia interna; ulteriori novità riguardano anche il sistema di rinvio della competenza alla Grande Camera, con l'eliminazione del sistema di veto attualmente concesso agli Stati membri e alla vittima.

Con l'entrata in vigore del **Protocollo n. 16**, per la quale è invece richiesta la ratifica di soli 10 Stati, raggiunta nel 2018 (l'Italia ha sottoscritto nel 2013 il protocollo in esame senza tuttavia ancora ratificarlo), si prevede l'introduzione del **c.d. parere consultivo su questioni**

**di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli**; si tratta di un meccanismo per certi versi analogo al rinvio pregiudiziale esperibile di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

I **Protocolli n. 1, 4, 6 e 7** hanno invece integrato il novero dei diritti e delle libertà sanciti dalla CEDU, mentre il **Protocollo n. 2** ha conferito alla Corte di Strasburgo il potere di emanare pareri consultivi. Il **Protocollo n. 9** ha introdotto i ricorsi individuali davanti alla Corte. Gli altri protocolli riguardano invece l'organizzazione delle istituzioni predisposte dalla Convenzione e la relativa procedura.

In particolare, la Convenzione si caratterizza per l'istituzione di un organo giurisdizionale chiamato a garantire il rispetto delle norme della CEDU da parte degli Stati contraenti, con la possibilità di irrogare sanzioni a carico degli Stati inadempienti e di produrre effetti, sebbene in via mediata, nell'ordinamento nazionale.

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha sede a Strasburgo ed è composta da un numero di giudici pari a quello degli Stati contraenti, eletti per sei anni dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. I giudici siedono nella Corte a titolo individuale e non rappresentano nessuno Stato. La Corte pronuncia in composizione semplice, divisa per sezioni, o in composizione di Grande Camera, per le controversie di maggior rilievo.

La giurisdizione della **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo** (istituita nel 1959) presentava originariamente base volontaria e doveva pertanto essere accettata dagli Stati contraenti; i ricorsi dei privati, inoltre, erano soggetti ad un controllo preliminare circa la loro ammissibilità da parte di un apposito organo, la Commissione, che tentava una composizione stragiudiziale delle controversie.

Con l'adozione del **Protocollo n. 11** alla Convenzione, nel 1998, la giurisdizione della Corte è stata resa obbligatoria per gli Stati contraenti e la relativa procedura è stata semplificata e resa più efficiente per far fronte al crescente numero di controversie.

Il ricorso alla Corte da parte dei privati è tuttavia ammesso solo quando gli ordinari mezzi di impugnazione siano stati inutilmente esperiti e non abbiano pertanto consentito l'eliminazione della violazione del diritto CEDU.

Tutte le sentenze definitive della Corte sono vincolanti per gli Stati convenuti interessati e il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa è responsabile del controllo dell'esecuzione di dette sentenze.

Nell'ordinamento nazionale la CEDU ha ben presto assunto importante rilevanza, ponendo tuttavia il problema circa l'efficacia delle sue disposizioni, nonché delle pronunce della Corte di Strasburgo.

Prima della modifica dell'art. 117, comma 1, Cost., apportata dalla L. cost. 3/2001, mancava una norma nella Costituzione che consentisse di determinare il **rango gerarchico delle norme CEDU** nel sistema nazionale delle fonti.

Parte della giurisprudenza e della dottrina individuava nelle disposizioni di cui agli **artt. 10 e 11 della Carta costituzionale** il fondamento normativo all'efficacia della CEDU nell'ordinamento nazionale.

Tale soluzione, tuttavia, non appariva convincente, posto che l'art. 10 Cost. fa espresso riferimento alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, così richiedendo la portata universale dei precetti cui si rivolge, che non è ravvisabile in relazione alla CEDU.

Del pari si è ritenuto non confacente il richiamo dell'art. 11 Cost., in quanto non è dato ravvisare tra gli effetti della Convenzione una cessione di sovranità, che la

disposizione costituzionale consente, in condizioni di parità con altri Stati, per assicurare la pace e la giustizia.

Le incertezze circa il fondamento costituzionale dell'efficacia delle norme CEDU nell'ordinamento nazionale sono state **colmate con la novella dell'art. 117 Cost.**, che – come si è già avuto modo di evidenziare – al comma 1 prevede che il legislatore, statale e regionale, debba rispettare, nell'esercizio della potestà legislativa, i **vincoli che derivino da trattati internazionali**.

Tale disposizione è stata valorizzata dalla **Corte costituzionale, nelle sentenze gemelle 348 e 349/2007**, proprio nell'ottica di individuare il rango gerarchico della Convenzione nel sistema delle fonti; la Corte costituzionale ha pertanto preso in considerazione le norme costituzionali che prima della novella del 2001 erano evocate a fondamento dell'efficacia della CEDU nell'ordinamento interno, aderendo alle critiche sopra esposte circa la possibilità di ricondurla agli artt. 10 e 11 Cost.

Del pari, **nelle sentenze in commento si è escluso che la CEDU potesse essere assimilata all'ordinamento europeo in ragione della riconducibilità dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU ai principi generali del diritto europeo**: si è infatti osservato, al riguardo, che tale qualificazione – oggi espressamente riconosciuta dall'art. 6 TUE – non incide sull'efficacia generale delle norme CEDU nell'ordinamento nazionale poiché *“tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali”*.

Prima della riformulazione dell'art. 6 TUE, che ha enunciato l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione, e su cui si tornerà più diffusamente nel prosieguo, **si inoltre è sostenuto che l'appartenenza di tutti gli Stati al Consiglio d'Europa e la sottoscrizione della CEDU comportasse di per sé la sua “comunitarizzazione”**, nel senso della sua integrazione con il sistema dei trattati europei, di cui condividerebbe l'efficacia diretta negli ordinamenti nazionali. Questa tesi non ha trovato tuttavia riscontro ed è stata sconfessata dai giudici della Corte costituzionale, i quali hanno evidenziato l'autonomia soggettiva internazionale dell'attuale Unione Europea, che non consente di ritenere la Convenzione parte del diritto dell'Unione.

**Allo stesso modo la Corte costituzionale ha escluso che la CEDU assuma nell'ordinamento nazionale il rango di legge ordinaria**, mutuandolo dalla legge di ratifica della Convenzione, e ha evidenziato che la disposizione di riferimento per risolvere la questione del valore giuridico della CEDU va ormai individuata nel già menzionato comma primo dell'art. 117 Cost.

La Corte ha precisato che la soluzione che riconduce le norme CEDU agli obblighi internazionali di cui all'art. 117, comma 1, Cost., non ne determina il valore di norme costituzionali, limitandosi ad operare **un rinvio mobile** (cioè un richiamo, di carattere non specifico e puntuale, a norme che possono mutare nel tempo) alla Convenzione, *«la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”»*.

Si tratta pertanto di **una fonte che, in forza del rinvio operato dalla Costituzione, si colloca tra quest'ultima e la legge primaria e costituisce un parametro di legittimità costituzionale**, unitamente alla disposizione di rinvio.

La medesima situazione si presenta a fronte del rinvio *ex artt.* 7 e 8 Cost. ai Patti Lateranensi e alle intese con le altre religioni, ovvero nel rapporto tra la legge delega, disciplinata dall'art. 76 Cost., e il decreto legislativo o, infine, in caso di norme europee non direttamente applicabili nell'ordinamento nazionale, che costituiscono parametro di legittimità costituzionale, unitamente all'art. 117 Cost., rispetto alla normativa interna.

## 2.1 *La (non) "comunitarizzazione" della CEDU*

Anche la questione del rango normativo da riconoscersi alla CEDU è stata interessata dal Trattato di Lisbona e dalla novella dell'art. 6 TUE, cui si è fatto riferimento nel Capitolo precedente.

Come già osservato, infatti, la nuova formulazione del Trattato sull'Unione Europea prevede, al **par. 2 dell'art. 6** che *"L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"*. Nel contempo, tuttavia, la disposizione precisa che *"Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati"*.

Le disposizioni di cui al par. 2 sono completate dal par. 3, in cui si afferma che *"I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"*.

**Da un lato, dunque, il testo del Trattato sancisce l'adesione dell'Unione Europea, quale autonomo soggetto di diritto internazionale, alla Convenzione; dall'altro, qualifica però i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU come principi generali dell'ordinamento europeo.**

La formulazione della norma, nella parte in cui sancisce l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, ha spinto parte della giurisprudenza nazionale a considerare il diritto della Convenzione come fonte dell'Unione stessa, con conseguente applicazione del già esaminato principio del primato.

Tale impostazione conduce a ritenere disapplicabili le disposizioni nazionali che si pongano in contrasto con le norme CEDU, come sostenuto dal **Consiglio di Stato, con sent. 1220/2010**, in cui incidentalmente i giudici amministrativi hanno affermato che gli articoli della Convenzione sono *"divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009"*.

Le spinte della giurisprudenza nazionale nel senso dell'equiparazione tra il diritto CEDU e il diritto dell'Unione Europea sono state tuttavia sopite dalla Corte costituzionale, che ha fatto chiarezza sulle conseguenze della riscrittura dell'art. 6 TUE con la **sent. 80/2011**; in tale occasione, infatti, la Corte ha confermato le conclusioni cui era già pervenuta nelle sentenze del 2007 (nel testo della sentenza si legge infatti che *"Restano, per converso, pienamente attuali i principi al riguardo affermati da*