

**L'abrogatio sine abolitione: l'improvvisa notorietà, a seguito del concorso in magistratura 2023, di un concetto penalistico poco conosciuto**

*"Abrogatio sine abolitione": the sudden notoriety, following the 2023 judiciary competition, of a little-known penal concept*

Marco Gambardella

Associato di Diritto penale nell' Università La Sapienza di Roma

Sommario: 1. L'abrogatio sine abolitione nella terna del concorso per magistrato ordinario. – 2. Abrogatio vs. abolitio. – 3. La fenomenologia. – 4. I casi. – 5. Il recente esempio dell'abrogazione del millantato credito e della contestuale riformulazione del traffico di influenze illecite.

**ABSTRACT**

Lo svolgimento del concorso in magistratura 2023 è stato accompagnato da forti polemiche, che hanno trovato vasta eco sui media, per la presenza di un "presunto" errore in una delle tracce non estratte di diritto penale. Il testo della traccia d'esame faceva riferimento esplicito al concetto di "abolitio sine abrogazione" anziché a quello corretto e usuale di "abrogatio sine abolitione". L'occasione permette nondimeno di approfondire – attraverso l'analisi sia del fenomeno che della casistica – una nozione che oggi appare centrale, per la sua importanza anche pratica, nel capitolo riguardante la successione di leggi penali nel tempo.

\*\*\*

*The 2023 judiciary competition led to strong controversy, which was widely echoed in the media, due to the presence of an "alleged" error in one of the un-drawn criminal law tracks. The text of the exam track explicitly referred to the concept of "abolitio sine abrogazione" instead of the correct and usual concept of "abrogatio sine abolitione." The occasion nonetheless allows for an in-depth study - through the analysis of both the phenomenon and the casuistry - of a notion that today appears to be central, in terms of its importance, also practical, in the subject concerning the succession of criminal laws over time.*

## 1. L'abrogatio sine abolitione nella terna del concorso per magistrato ordinario

Il concorso in magistratura è da sempre un buon osservatorio per comprendere le tematiche penalistiche (e non solo) più rilevanti del periodo storico in cui si svolge la cruciale e ambita prova d'esame<sup>1</sup>.

La traccia di diritto penale non estratta, ma presente nella terna del concorso per magistrato ordinario di maggio 2023 – dal titolo “*Abolitio criminis, abolitio sine abrogazione e trasformazione di fattispecie circostanziate in fattispecie autonome di reato*” – sollecita appunto più di qualche riflessione.

In particolare, sembra utile soffermarsi sulla porzione dell'elaborato relativa all'uso testuale del sintagma “*abolitio sine abrogazione*”.

Si tratta, come è stato da più parti fatto notare, probabilmente di un grossolano errore.

Non solo per la non proprio precisa trascrizione del termine latino “*abrogatione*”: si è impiegata la “z” a posto della “t”; ma soprattutto perché il concetto, così come è designato dalla Commissione di concorso, sembra esprimere qualcosa di diverso da quello che logicamente e solitamente si desume dalla prassi giudiziaria e dagli studi della dottrina in proposito.

L'espressione “*abolitio sine abrogazione*”, invero, un significato lo potrebbe avere: potrebbe denotare – ad essere cavillosi – il fenomeno della parziale abolizione della disposizione incriminatrice. Una *abolitio* parziale, senza cioè che venga meno, sia abrogato l'intero enunciato legislativo.

Ma in realtà sembra chiaro dal contesto in cui è calato tale sintagma che la Commissione 2023 voleva alludere ad altro. Si voleva sollecitare il candidato a cimentarsi sul fenomeno giuridico – concernente l'efficacia nel tempo della legge penale – della c.d. *abrogatio sine abolitione*.

## 2. Abrogatio vs. abolitio

Prima di procedere oltre, va però premesso che il significato storico-letterale di *ab-rogatio* si coglie nella proposta (*rogatio*) formulata dal magistrato al *populus* romano riunito nei *comitia*, in contrasto con quella in base alla quale si era formata la *lex rogata*<sup>2</sup> e necessaria per revocarla<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Da notare che proprio in questi giorni il Decreto del Ministero della Giustizia 15 giugno 2023 (“Disciplina del concorso per magistrato ordinario mediante strumenti informatici”) ha innovato lo svolgimento delle prove scritte del concorso in magistratura.

<sup>2</sup> La *lex rogata* si distingueva dalla *lex data*, più antica, che proveniva unilateralmente dal magistrato: in argomento v. G. TIBILETTI, voce *Leges datae*, in *Nov.mo dig. it.*, Torino, 1975, pp. 624 ss.

<sup>3</sup> S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, 1958, pp. 141 ss., che parla di un accordo tra magistrato e popolo in senso contrario, un vero e proprio *contrarius consensus*.

Con l'ambito denotativo del termine "rogatio" si chiarisce allora perché i Romani, per designare l'azione attraverso cui si procedeva all'abrogazione o alla modificazione di una legge, dicessero *abrogare, derogare, subrogare, obrogare*<sup>4</sup>.

Ulpiano fornisce la spiegazione di questi vocaboli che esprimono le sottili differenze dell'opera legislativa romana: <<*Lex aut rogatur, id est fertur, aut abrogatur, id est prior lex tollitur, aut derogatur, id est pars primae legis tollitur, aut subrogatur, id est adicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, id est mutatur aliquid ex prima lege*>> (La legge la si *roga*, cioè la si propone, o la si *àbroga*, cioè si toglie la legge precedente, o la si *dèroga*, cioè di quella si toglie una parte, o la si *sùroga*, cioè alla precedente legge si aggiunge qualcosa, o la si *òbroga*, cioè nella precedente legge si muta qualcosa)<sup>5</sup>. Secondo Ulpiano, dunque, abrogare una legge significa eliminare una legge precedente (<<*prior lex tollitur*>>).

Il termine *abolitio* non è adoperato dagli Autori classici di Roma nel suo significato giuridico<sup>6</sup>.

Il verbo latino *abolēre* è forma tarda rispetto al più antico *abolescēre*: e nel suo significato iniziale sta per "ridurre a niente", "far dimenticare il ricordo". Solo più tardi si afferma nel suo significato giuridico di cancellazione dei delitti o dell'azione penale<sup>7</sup>.

Attualmente, pur se l'area denotativa dei vocaboli "abrogare" ed "abolire" per lo più sembra coincidere, appare possibile individuare sul piano semantico una differenza: "abrogare" designa (quasi sempre) un atto o effetto legale; mentre "abolire" non sempre è usato con questa idea (per esempio nell'enunciato "ho abolito i carboidrati dalla mia dieta").

Nel lessico giuridico francese, poi, è interessante la distinzione tra "*abolition*" e "*abrogation*". Il vocabolo "*abolition*" appare denotare un concetto più ampio: la soppressione per mezzo di una nuova legge di uno stato di diritto anteriore, di un sistema, di un regime giuridico, di una istituzione (ad esempio: l'abolizione della schiavitù). Mentre con il termine "*abrogation*" si designa la soppressione attraverso una nuova disposizione di una regola, di una legge, di una convenzione internazionale, che cessano di essere applicabili per l'avvenire<sup>8</sup>.

Passando all'istituto romano dell'*abolitio publica generalis*, occorre subito chiarire che esso non è riconducibile all'odierno tema della successione di leggi penali nel tempo. Quanto al lessico, la *abolitio publica o generalis* nel diritto

<sup>4</sup> G. SAREDO, voce *Abrogazione delle leggi*, in *Dig. it.*, vol. I, parte prima, Torino, 1884, pp. 125 ss.

<sup>5</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani*, pr. I, 3, in E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, testi 1, Giuffrè, Milano, 1973, p. 182.

<sup>6</sup> P. NOCITO, voce *Abolizione dell'azione penale - Lettere di abolizione*, in *Dig. it.*, vol. I, Torino, 1884, pp. 93 ss.

<sup>7</sup> Cfr. S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, vol. I, Torino, dove si specifica che i vocaboli francesi "*abolir*" e "*abolition*" sono documentati sin dall'inizio del 1400.

<sup>8</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Paris, 2000.

romano appare istituito più affine all'amnistia (con funzione di clemenza generale) che alla moderna *abolitio criminis*<sup>9</sup>.

Lo stretto collegamento tra l'*abolitio* e l'amnistia si conserva nel tempo con l'uso del verbo "abolire" nei codici ottocenteschi: art. 830 c.p.p. regno d'Italia del 1865 (testo originario, ossia versione *ante* 1889): <<l'amnistia ... *abolisce* l'azione penale ed estingue le pene inflitte pei reati determinati nel decreto reale>>; art. 831 c.p.p. regno d'Italia del 1865 <<l'indulto non *abolisce* l'azione penale ...>>; art. 89 codice per lo regno delle due Sicilie 1819 <<Quando le amnistie *aboliscono* il procedimento, se colui che ne ha goduto commette nuovi reati, sarà giudicato qual reiteratore ... come se non avesse goduto dell'indulto>><sup>10</sup>.

Inoltre, l'espressione "abolizione della legge penale" è presente anche nei decreti di amnistia e di indulto. Ad esempio, si legge nell'art. 1 r.d. 9 ottobre 1870, n. 5907: <<È *abolita* l'azione penale e sono condonate le pene pei seguenti reati commessi fino alla data del presente decreto inclusivamente>><sup>11</sup>.

Altresì per Arturo Rocco, l'amnistia ha la forza di "abolire l'azione penale", intesa quest'ultima come facoltà di procedere in giudizio contro l'autore di un reato affinché egli sia condannato ad una pena<sup>12</sup>. L'azione penale nasce dal reato e secondo l'art. 1 c.p.p. 1865: <<ogni reato dà luogo ad una azione penale>>.

### 3. La fenomenologia

Veniamo ora, più da vicino, all'analisi della nozione cui voleva riferirsi la Commissione del concorso in magistratura del 2023. Ebbene, non sempre la formale abrogazione di una *disposizione* incriminatrice (o di una sua porzione) comporta l'integrale o parziale abolizione della rilevanza penale delle condotte in essa astrattamente tipizzate.

Si parla così di *abrogatio sine abolitio* quando l'abrogazione della *disposizione* non può che essere considerata quale dato puramente formale, vista

<sup>9</sup> A. ROCCO, *Amnistia indulto e grazia nel diritto penale romano*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Soc. ed. Foro Italiano, 1933, pp. 20 ss.; P. NOCITO, voce *Abolizione dell'azione penale - Lettere di abolizione*, in *Dig. it.*, vol. I, Torino, 1884, pp. 94 ss. Più recentemente riesaminano in modo approfondito la distinzione fra l'abrogazione e l'amnistia M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 2862 ss.; V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 455 ss.

<sup>10</sup> Secondo P. NOCITO, voce *Abolizione dell'azione penale*, cit., 95, «presso di noi *abolizione dell'azione penale* ed *amnistia* valgono la stessa cosa». Più in generale, per considerazioni storiche sulla clemenza, cfr. G. GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 48 ss.

<sup>11</sup> Per questo e altri reali decreti di amnistia, v. P. NOCITO, voce *Abolizione dell'azione penale*, cit., pp. 94 ss.

<sup>12</sup> A. ROCCO, *Amnistia indulto e grazia nel diritto penale romano*, cit., pp. 4 ss.

la persistente illiceità penale di tutte o soltanto alcune delle tipologie di condotte prima punite dalla previgente disposizione<sup>13</sup>.

In pratica, siamo al cospetto del fenomeno dell'*abrogatio sine abolitio*, allorché l'abrogazione espressa della disposizione (testo, articolo) da parte del legislatore non produca una integrale *abolitio criminis*<sup>14</sup>.

Prima di appurare in quali ipotesi si verifica il fenomeno dell'*abrogatio sine abolitio*, sembrano opportune alcune sintetiche chiarificazioni.

La vicenda denotata con il sintagma "*abrogatio sine abolitio*" sottintende la distinzione tra il concetto di "*disposizione*" e quello di "*norma*", secondo una elaborazione ormai alquanto diffusa sia tra i teorici generali del diritto che nella dottrina costituzionalistica<sup>15</sup>. Invero, si designa così con il termine *disposizione* <<ogni enunciato legislativo contenuto in una fonte di diritto>>; e con il termine *norma* <<non l'enunciato stesso, ma il suo contenuto di significato>>. La *disposizione* (il testo legislativo) – secondo questa concezione – è quindi l'oggetto dell'interpretazione, mentre la *norma* è il suo risultato<sup>16</sup>. L'interpretazione giuridica come attività pratica vale quindi a trasformare la *disposizione* in *norma*<sup>17</sup>.

Allora, solo su tali basi teorico-general, la nozione di "una abrogazione senza una abolizione" può rappresentare un chiaro modello esplicativo di un fenomeno giuridico che talvolta si verifica all'interno del nostro sistema penale.

Sebbene il legislatore abbia eliminato dall'ordinamento una *disposizione*, un testo legislativo, il suo contenuto di significato – ossia la *norma* che si ricava da quella disposizione – comunque continua ad essere vigente ed applicabile. Senza che si possa ipotizzare una completa lacuna rispetto alla classe di fatti già puniti in precedenza mercé la disposizione revocata.

Cosicché possiamo, ad esempio, affermare – insieme alla giurisprudenza – che l'espressa abrogazione della *disposizione* di cui all'art. 315 c.p., disposta dall'art. 20 l. n. 86 del 1990, non ha determinato l'abrogazione della *norma*

<sup>13</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 663 ss.; e nella manualistica G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 149 ss.

<sup>14</sup> G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2008, 147 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 180 ss.

<sup>15</sup> Mantengono separati i concetti di "*disposizione*" e "*norma*", ad esempio, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 99 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 24 ss.; V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 2006 (rist.), pp. 68 ss. Sotto un'ottica più strettamente penalistica M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 87 ss.

<sup>16</sup> R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 99 ss.

<sup>17</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pp. 161 ss.

incriminatrice che puniva la *malversazione a danno di privati*, ma solo la sua soppressione quale esplicita ipotesi di reato, essendo stata assorbita nel reato di peculato di cui all'art. 314 c.p. a sua volta riformulato dalla stessa legge del 1990. Siamo in presenza, dunque, di un caso di *abrogatio sine abolitione*<sup>18</sup>.

#### 4. I casi

Il fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione* si configura in una serie di casi, che vengono presi di seguito in considerazione.

(i) Il primo di essi è quello dell'espressa abrogazione di una *disposizione*, con la simultanea introduzione da parte del legislatore di un'altra disposizione, la quale ricomprende le tipologie di fatti prima punibili attraverso la *disposizione* eliminata.

Vicenda riferibile a tale paradigma è quella relativa all'espressa abrogazione degli artt. 519-521 c.p. (violenza carnale e atti di libidine violenti) e alla coeva introduzione dell'art. 609-bis c.p. (violenza sessuale); e più di recente, è assegnabile a tale ipotesi di *abrogatio sine abolitione* la vicenda dell'impiego di minori nell'accattonaggio: sussiste infatti piena continuità normativa tra la fattispecie contravvenzionale prevista dall'abrogato art. 671 c.p. e la nuova ipotesi delittuosa di cui all'art. 600-octies c.p., contestualmente introdotto dalla l. n. 94 del 2009<sup>19</sup>.

All'interno di questa ipotesi si può collocare altresì il caso dell'espressa abrogazione di una *porzione* della *disposizione* e la contestuale introduzione, da parte del legislatore, nel sistema penale di una *nuova disposizione* che ricomprende la classe dei fatti prima punita dal frammento di disposizione abrogata. Si pensi alla parziale abrogazione, per effetto della l. n. 190 del 2012, dell'art. 317 c.p. (concussione) e la coeva introduzione dell'art. 319-*quater* c.p. (induzione indebita): figura quest'ultima idonea a ricomprendere la c.d. sottofattispecie "induttiva"<sup>20</sup>.

(ii) Il secondo caso di *abrogatio sine abolitione* è quello relativo all'espressa abrogazione legislativa di una *disposizione*, con la contemporanea riformulazione di un'altra *disposizione* già esistente, in modo che essa accolga gli astratti casi inclusi nel testo di legge abrogato.

<sup>18</sup> Cass., Sez. V, 10 marzo 1992, n. 5163, Marchetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 190073; Cass., Sez. VI, 1° giugno 1990, n. 13351, Tivoli, *ivi*, n. 185514.

<sup>19</sup> Così Cass., sez. I, 32 giugno 2010, n. 23869, Bruzzese, in *C.E.D. Cass.*, n. 247982, secondo cui non si è verificata alcuna *abolitio criminis* in quanto l'uno e l'altro precetto puniscono la medesima condotta, dovendo quindi soltanto farsi applicazione delle regole sulla successione di leggi penali con riguardo alla pena in ragione del tempo del commesso reato.

<sup>20</sup> Cfr. M. GAMBARDILLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 489 ss.

Per esempio, l'eliminazione dal sistema penale dell'art. 324 c.p. (interesse privato in atti d'ufficio, abrogato dall'art. 20 l. n. 86 del 1990) e la contemporanea riformulazione del delitto di *abuso d'ufficio* (art. 323 c.p., modificato dall'art. 13 l. n. 86 cit.): una porzione della classe delle condotte punibili attraverso il previgente reato d'interesse privato è diventata penalmente lecita; mentre, l'altra parte di essa continua a rilevare penalmente ai sensi del novellato abuso d'ufficio<sup>21</sup>.

(iii) Un ulteriore caso di *abrogatio sine abolitione* è rappresentato dall'espressa abrogazione di una *disposizione* da cui si ricavava una *norma speciale* quando nel sistema è presente un'altra *disposizione* esprimente una *norma generale* che riespande la sua portata applicativa, così da comprendere la classe dei fatti prima riconducibili alla *lex specialis* eliminata.

Dunque, in tale ipotesi il fenomeno della successione di leggi si produce quando la norma subentrante era in realtà già vigente, ma non era applicabile al tempo della commissione del fatto in virtù della *regola di prevalenza contenuta nell'art. 15 c.p.* Regola che, in presenza di due norme incriminatrici in rapporto di genere a specie le quali *coesistono* nel sistema penale allo stesso tempo, impone l'applicazione unicamente della norma speciale.

La norma generale diviene applicabile alla vicenda da giudicare solo successivamente, a seguito dell'espulsione dall'ordinamento della norma speciale.

Nel concetto di "legge posteriore" (o successiva) ex art. 2 comma 4 c.p. va inclusa, allora, anche quella che, pur *preesistente, non poteva operare in una determinata epoca per la presenza del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p.*<sup>22</sup>.

Al riguardo, vengono proposti in dottrina gli esempi: dell'abrogazione dell'art. 554 c.p. (contagio di sifilide e blenoraggia), rifluito nella fattispecie di lesioni volontarie (art. 582 c.p.)<sup>23</sup>; ovvero quello dell'infanticidio per causa d'onore commesso prima dell'abrogazione dell'art. 578 c.p., per il quale si

<sup>21</sup> Cass., sez. un., 20 giugno 1990, Monaco e altro, in *Foro it.*, 1990, II, 637, con nota di G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*.

<sup>22</sup> Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 280 ss.; T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 1367 ss.; G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., pp. 156 ss.; M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., p. 198. Già in tal senso R. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Leonardo da Vinci Editore, Città di castello, 1937, pp. 325 ss., per il quale nel caso di una successiva abrogazione della norma speciale si ha successione di leggi penali ex art. 2 c.p.

<sup>23</sup> T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., pp. 1367 ss.

ritiene la figura generale sull'omicidio comune (art. 575 c.p.) "legge posteriore" ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p.<sup>24</sup>.

Questa impostazione è stata espressamente fatta propria dalla sentenza "Rizzoli" delle Sezioni unite penali, lì dove in motivazione si afferma che: «"legge posteriore" non è necessariamente quella introdotta dopo la commissione del fatto, può essere anche la disciplina divenuta applicabile al caso concreto a seguito dei mutamenti normativi intervenuti dopo il fatto»<sup>25</sup>.

Viene smentito così quanto precedentemente affermato nel 2001 dalle Sezioni unite "Avitabile", secondo cui l'art. 2 comma 4 c.p. ha come presupposto una diversità di norme incriminatrici, di cui una cronologicamente precedente all'altra<sup>26</sup>. E quindi avevano ritenuto le Sezioni unite che l'abrogazione del delitto di oltraggio (art. 341 c.p.) non ha fatto ricadere la classe dei fatti già puniti da quest'ultimo illecito sotto il dominio della diversa figura dell'ingiuria aggravata dalla qualità di pubblico ufficiale (artt. 594 e 61 n. 10 c.p.).

In definitiva, nel fenomeno della riespansione di norme generali preesistenti, la legge può essere definita *anteriore* o *posteriore* come relazione logica (di anteriorità o posteriorità) tra dati, e non nel senso temporale del *prima* e del *poi* quali modi della temporalità<sup>27</sup>.

## 5. Il recente esempio dell'abrogazione del millantato credito e della contestuale riformulazione del traffico di influenze illecite

Negli ultimi anni il caso più controverso di *abrogatio sine abolitione* è costituito dalla soppressione del delitto di *millantato credito* e dalla contestuale nuova configurazione di quello di *traffico di influenze illecite*.

Com'è noto il legislatore del 2019, per un verso, ha espressamente e formalmente abrogato la disposizione "matrice" dell'art. 346 c.p. (il millantato credito); per altro verso, ha riformulato il delitto di cui all'art. 346-bis c.p. in

<sup>24</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 280 ss.; D. PULITANO', *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 500; G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., pp. 148 ss.

<sup>25</sup> Cass., sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2009, 4113, con nota di M. GAMBARDILLA, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236 cpv. n. 1 l. fall.)*; in *Dir. pen. e proc.* 2010, 177, con commento di M. SCOLETTA, *Abrogazione dell'amministrazione controllata e abolito criminis: chiaroscuri delle Sezioni unite*.

<sup>26</sup> Cass., Sez. un., 27 giugno 2001, n. 19, Avitabile, in *Cass. pen.*, 2002, 482, con nota di C. LAZZARI, *L'abrogazione del reato di oltraggio: la parola delle Sezioni unite*.

<sup>27</sup> Sul fatto che anteriore e posteriore non sono necessariamente il prima o poi temporali, cfr. M. HEIDEGGER, *Il concetto di tempo*, Adelphi, Milano, 2008 (1924), p. 46.



modo da ricomprendere (nel traffico di influenze illecite) la figura formalmente (e sincronicamente) abrogata<sup>28</sup>.

L'idea espressa nella Relazione al disegno di legge "spazzacorrotti" era quella di procedere all'abrogazione esplicita del delitto di millantato credito (art. 346 c.p.) e alla contestuale riformulazione dell'art. 346-bis c.p., in modo da ricomprendere nella norma incriminatrice ricavabile da quest'ultima disposizione "tutti" i fatti astrattamente puniti dalla disposizione soppressa. Secondo la suddetta Relazione ci troviamo di fronte a un caso che dovrebbe essere possibile definire di "abrogatio sine abolitione": l'abrogazione del millantato credito non avrebbe dovuto determinare alcuna abolizione della rilevanza penale della classe di fatti in esso tipizzati.

Ma, come vedremo, non è andata proprio così!

Nei lavori preparatori della legge "spazzacorrotti" veniva inoltre motivata tale scelta unificatrice con la necessità di risolvere i problemi interpretativi e di coordinamento che si sono posti nella prassi giudiziaria a causa della difficile coesistenza dei due delitti (millantato credito/traffico di influenze) dopo il 2012<sup>29</sup>.

D'altronde, si pensi in proposito al caso giudiziario (e politico-mediatico) del centro petrolifero in Basilicata "Tempa Rossa", in cui la Corte di cassazione ha esaminato la complessa vicenda, ritenendo non configurabile il reato di corruzione propria. Nel caso di specie, l'atto oggetto dell'accordo illecito non rientrava, infatti, nelle competenze o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale apparteneva il soggetto corrotto. La Corte si è posta poi la questione se la condotta potesse essere ricondotta al nuovo delitto di traffico di influenze

<sup>28</sup> In senso generico nella prima pronuncia della Suprema Corte dopo la riformulazione del 2019, si è affermato che sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito, e quello di traffico di influenze (Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 17980, C.E.D. Cass., n. 275730 – 01). E si è soprattutto chiarito che l'unificazione del reato di cui all'art. 346 c.p. nella nuova figura di traffico di influenze non ha fatto venir meno il diritto al risarcimento del danno in favore di chi, al momento della condotta illecita, era da considerarsi persona offesa dal reato, sussistendo continuità normativa tra le norme incriminatrici in questione e non incidendo le vicende relative alla punibilità sulla qualificazione giuridica di un fatto quale illecito civile, in quanto trova applicazione l'art. 11 disp. prel. c.c., secondo cui, agli effetti civili, la legge non dispone che per l'avvenire, e non già la disciplina intertemporale dell'art. 2 c.p. (Cass., sez. VI, 19 giugno 2019, n. 51124, in C.E.D. Cass., n. 277569 – 01). Quanto poi alla prescrizione per i fatti di millantato credito posti in essere prima della riforma del 2019, deve farsi riferimento alla pena massima di quattro anni e sei mesi di reclusione introdotta dalla novella legislativa, perché più favorevole di quella del previgente art. 346 c.p. (Cass., sez. VI, 17 novembre 2021, n. 461/2022).

<sup>29</sup> In realtà, già all'indomani dell'introduzione nel 2012 del delitto di cui all'art. 346-bis c.p. si erano evidenziate, in dottrina, le criticità di aver optato per l'introduzione del traffico di influenze illecite in aggiunta anziché in sostituzione del millantato credito: cfr. in tal senso V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di MATTARELLA-PELISSERO, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 420 ss.

illecite. Ciò è stato escluso giacché l'art. 346-bis c.p. costituisce una "nuova incriminazione", la quale, ai sensi dell'art. 2, comma 1, c.p., non si applica ai fatti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012. Altrimenti, si è precisato che fatti analoghi a quelli della vicenda oggetto del giudizio, qualora successivi alla sua entrata in vigore, potrebbero essere sussumibili nel nuovo delitto di traffico di influenze illecite<sup>30</sup>.

Veniamo ora ad esaminare più da vicino i rapporti intertemporali fra il previgente millantato credito, l'attuale traffico di influenze illecite e il delitto di truffa.

Può anticiparsi un esito "certo" del problema intertemporale: è sicuramente smentito quanto scritto nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge "spazzacorrotti" del 2019, secondo cui l'abrogazione esplicita dell'art. 346 c.p. non avrebbe determinato alcuna abolizione della rilevanza penale della tipologia di fatti descritti nella disposizione espunta formalmente dall'ordinamento, giacché i fatti in questione verrebbero inglobati nel rinnovato delitto di traffico di influenze illecite.

Invero, sono stati sviluppati una serie di argomenti che s'impongono, con conclusioni differenti, sulla esplicitata intenzione del legislatore storico di una "abrogatio sine abolitione".

Un condivisibile orientamento della giurisprudenza di legittimità ha escluso la "continuità normativa" tra l'abrogata fattispecie di millantato credito di cui all'art. 346, comma 2, c.p. e l'attuale riformulato art. 346-bis c.p. in materia di traffico di influenze illecite. Ritenendo, inoltre, che le condotte in precedenza sussunte nella fattispecie abrogata di cui al secondo comma dell'art. 346 c.p. sono oggi confluite non già nel rinnovato traffico di influenze illecite, bensì nel delitto di truffa *ex art.* 640, comma 1, c.p.; incriminazione che si è così riespansa in modo da comprendere nel suo perimetro punitivo quei fatti di millantato credito. E pertanto vanno riqualeficati i fatti contestati – originariamente come millantato credito – nel delitto di truffa semplice, ai sensi dell'art. 640, comma 1, c.p.<sup>31</sup>.

Molteplici argomenti, secondo questo orientamento, depongono nel senso della *discontinuità normativa tra la vecchia fattispecie di millantato credito*, di cui al

<sup>30</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, in *Cass. pen.* 2016, 3591 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze nel caso "Tempa Rossa": una debole tutela legislativa*. Successivamente, in giurisprudenza si è ribadito che in tema di corruzione l'atto oggetto del mercimonio deve rientrare nella sfera di competenza o di influenza dell'ufficio cui appartiene il soggetto corrotto, di modo che in relazione ad esso egli possa esercitare una qualche forma di ingerenza sia pur di mero fatto (Cass., sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 17973, in *C.E.D. Cass.*, n. 275935 – 02).

<sup>31</sup> In tal senso, v. Cass., sez. VI, 2 febbraio 2021, n. 28657, in *C.E.D. Cass.*, n. 281980 – 01; Cass., sez. VI, 18 settembre 2019, n. 5221/2020, *ivi*, n. 278451 – 01; Cass., sez. VI, 10 marzo 2022, n. 23407, cit.

secondo comma dell'art. 346 c.p., e l'attuale rimodulata figura di traffico di influenze illecite ex art. 346-bis c.p.<sup>32</sup>.

In primo luogo, le condotte di traffico di influenze illecite sono prodromiche alle più gravi condotte di corruzione; e ciò è reso evidente dalla clausola di sussidiarietà posta nell'*incipit* dell'art. 346-bis c.p. Affermazione, quest'ultima, che esce rafforzata dalla modifica compiuta con la legge spazzacorrotti, la quale ha inserito nella clausola iniziale il riferimento anche alla corruzione funzionale ex art. 318 c.p. (originariamente non prevista dal legislatore del 2012). Cosicché, siamo al cospetto di una figura di reato volta a tutelare l'attività della pubblica amministrazione. Mentre la previgente incriminazione, contenuta nel secondo comma dell'art. 346 c.p., era rivolta alla salvaguardia del patrimonio della vittima truffata dal "venditore di fumo". Si tratta di una condotta che ben difficilmente potrebbe "offendere" l'imparzialità e il buon andamento dell'azione dei pubblici poteri, degli interessi pubblici cioè tutelati dalla norma incriminatrice di cui all'art. 346-bis c.p.

In secondo luogo, si è osservato che il comma 2 dell'art. 346-bis c.p. stabilisce la punizione del soggetto che "indebitamente" dà o promette denaro o altra utilità: previsione che logicamente appare incompatibile con una ipotesi di natura "truffaldina" come quella del previgente art. 346, comma 2, c.p.

In terzo luogo – ed è l'argomento giurisprudenziale di maggior spessore per negare la continuità normativa – viene rimarcata la mancata corrispondenza tra l'astratta condotta in precedenza prevista dalla disposizione abrogata e quella attualmente inglobata nel primo comma dell'art. 346-bis c.p. Invero il legislatore del 2019, riformulando il traffico di influenze illecite, non ha riprodotto nella configurazione di tale illecito penale il termine "pretesto" (o altro equipollente) contenuto nella formalmente abrogata figura criminosa di millantato credito (di cui al comma 2 dell'art. 346 c.p.).

<sup>32</sup> Ad avviso di un diverso indirizzo di legittimità, sussiste invece continuità normativa tra il reato di millantato credito e quello del novellato traffico di influenze, atteso che in quest'ultima fattispecie risultano attualmente ricomprese le condotte di chi, vantando un'influenza, effettiva o meramente asserita, presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si faccia dare denaro ovvero altra utilità quale prezzo della propria mediazione. (Cass., sez. VI, 12 maggio 2021, n. 35581, *C.E.D. Cass.*, n. 281996 – 01; Cass., sez. VI, 22 marzo 2022, n. 20935, *ivi*, n. 283270-01; Cass., sez. VI, 26 maggio 2022, n. 32574, *ivi*, n. 283724-01). In tale ultimo senso, si è precisato infatti che il vanto di "relazioni asserite", da intendersi quali relazioni non esistenti, costituisce una condotta che assorbe il richiamo, contenuto nella norma abrogata, al "pretesto" di dover comprare il favore del pubblico ufficiale (Cass., sez. I, 5 maggio 2021, n. 23877, *ivi*, n. 281614 – 01). Ancora in questa direzione della continuità normativa si è ritenuta irrilevante la mancata riproposizione della dizione contenuta all'art. 346, comma 2, lì dove si richiedeva che l'agente avesse ottenuto il vantaggio con il "pretesto" di dover remunerare il pubblico funzionario, poiché, a seguito della novella, il delitto di cui all'art. 346-bis c.p. prescinde dalla reale esistenza delle relazioni vantate (Cass., sez. VI, 7 ottobre 2020, n. 1869/2021, *ivi*, n. 280348 – 01).

Si è notato infine come il requisito del “pretesto” di dover comprare il favore o di dover pagare l'agente pubblico fondava l'autonomia della incriminazione del secondo comma dell'art. 346 c.p. e ne faceva emergere il chiaro collegamento con la sua storica matrice: la truffa<sup>33</sup>. In questo senso, per un verso, perfino a livello di Sezioni unite si è riconosciuto che l'ipotesi di cui all'art. 346, comma 2, c.p. costituisce autonomo titolo di reato e non circostanza aggravante del reato previsto dal comma primo dello stesso articolo<sup>34</sup>.

In realtà, sembrerebbe che la “falla” rispetto alla preannunciata (da parte del legislatore del 2019) piena continuità tra vecchio millantato credito e nuovo traffico di influenze sia *più larga di quella identificata da parte dell'indirizzo giurisprudenziale* appena esaminato, il quale fa in pratica coincidere la “discontinuità” unicamente con l'area incriminatrice della seconda fattispecie contemplata nel previgente art. 346 c.p.

Ebbene, in relazione a tutte le contestazioni per il delitto di millantato credito nelle quali la condotta del faccendiere si è esplicitata attraverso comportamenti ingannatori o raggiranti nei confronti del cliente, non vi è alcuna continuità normativa con il novellato art. 346-bis c.p. Si tratta di sottofattispecie non comprese nel nuovo traffico di influenze illecite: proprio perché se il soggetto è ingannato o coinvolto in una frode, costui non può essere sanzionato penalmente ma al più è vittima di una truffa.

L'assenza di continuità normativa tra millantato credito e traffico di influenze andrebbe ritenuta, non soltanto per le condotte prima ascrivibili al secondo comma del millantato credito, bensì per una ampia gamma di comportamenti prima riconducibili all'art. 346 c.p.

In pratica dovrebbero essere ricondotte al delitto di truffa, con conseguente *non* punibilità di colui che corrisponde o promette il denaro/utilità, tutte le condotte in cui il mediatore – a prescindere dal fatto che la mediazione sia diretta a comprare il favore o a condizionare (mercé il pagamento di un “prezzo”) l'esponente pubblico senza remunerarlo – agisca senza alcuna possibilità di influenzare il processo decisionale della PA, sostanzialmente ingannando il “cliente” su questa capacità<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> v. Cass., sez. VI, 2 febbraio 2021, n. 28657, cit.; Cass., sez. VI, 18 settembre 2019, n. 5221/2020, cit.

<sup>34</sup> Cfr. Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 12822, Mancarino, in *C.E.D. Cass.*, n. 246270; e già prima Cass., sez. VI, 20 febbraio 2006, n. 22248, *ivi*, n. 234719.

<sup>35</sup> Per questa prospettiva, v. ad es. P. ASTORINA MARINO, *L'unificazione di traffico di influenze illecite e millantato credito: una crisi mal riuscita*, in *Sist. pen.*, 26 maggio 2020, 12 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite (l. n. 3 del 2019) ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa*, in *Cass. pen.* 2020, pp. 1546 ss. Al riguardo, cfr. inoltre le riflessioni di G. DONATI, *La tormentata evoluzione del traffico di influenze illecite, tra tensioni ermeneutiche e «cieca furia» politico-*

Da ultimo, non può sottacersi come la questione intertemporale potrebbe ulteriormente complicarsi se verrà portata a termine la miniriforma del settore dei reati contro la PA, contenuta nel disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2023 (n. 39).

La c.d. riforma Nordio non solo prevede l'inopinata abrogazione secca dell'*abuso d'ufficio*, ma introduce altresì un'ampia riformulazione del reato di *traffico di influenze illecite*.

Tale ultima rimodulazione del delitto *de quo* prevede, tra l'altro, che le relazioni del mediatore con il pubblico ufficiale devono essere "sfruttate" (e non anche "vantate") e devono essere "esistenti" (non anche "asserite"). Viene pertanto testualmente *eliminata* dall'ambito precettivo dell'art. 346-bis c.p. *l'ipotesi della "millanteria"*, assegnando l'intera classe di fattispecie del previgente millantato credito al delitto di truffa.

**NOC**

*criminale*, in *Leg. pen.* 2022, pp. 27 ss. Da ultimo in giurisprudenza, in senso nettamente contrario, v. Cass., sez. VI, 26 maggio 2022, n. 32574, cit.