

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014



Edizioni ETS

CRISTIANO CUPELLI

EQUIVOCI TRIONFALISTICI E LETTURE CORRETTIVE.
ANCORA SULLE RECENTI QUESTIONI DI COSTITUZIONALITÀ
IN MALAM PARTEM

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'intreccio normativo, i *vizi* e le sentenze *virtuose* del 2014. – 3. I nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale. – 4. Riserva di legge e Corte costituzionale: i riflessi sull'ammissibilità delle questioni *in malam partem*. – 5. Convergenze (ma soprattutto divergenze) con le sentenze 394 del 2006 e 28 del 2010. – 6. Un nuovo spazio per gli interventi *in malam partem* o uno spazio nuovo, nel rispetto della riserva di legge?

1. *Premessa*

Con due sentenze dei primi mesi del 2014 – la n. 5¹ e la n. 32² – la Corte costituzionale torna a incidere sui temi della legalità penale, rinvigorendo il portato di garanzia della riserva di legge e le prerogative dell'organo rappresentativo – il Parlamento – nelle opzioni di politica criminale. Ciò nonostante, l'accento è stato posto da molti commentatori sulle ricadute che soprattutto la prima di tali pronunce avrebbe determinato sul perimetro di azione della Corte; se ne è in sostanza offerta una lettura 'dirompente', scorgendovi argomenti per decretare il definitivo superamento del *dogma* dell'inammissibilità delle questioni *in malam partem*, col contestuale riconoscimento di nuovi e significativi spazi per il sindacato costituzionale³.

¹ Corte cost., sent. 23 gennaio 2014, n. 5, in *Giur. cost.*, 2014, 92 ss., con note di C. CARUSO, *Dottrina delle «zone franche» e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, ivi, 122 ss. e di P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, ivi, 3587 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, 965 ss., con nota di C. CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, ivi, 977 ss.

² Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, in *Giur. cost.*, 2014, 485 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, ivi, 505 ss.; nella riflessione penalistica, sugli effetti (soprattutto intertemporali) della sentenza, v., per tutti, V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Finì-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014; M. GAMBARDELLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, 1132 ss.

³ In questa direzione, ad esempio, seppure con sfumature differenti, F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Studium iuris*, 2015, 12 ss.; G. PICCIRILLI, *È incostituzionale la (plurima) abrogazione del divieto di associazioni di carattere militare. La Corte costituzionale opportunamente presidia il corretto equilibrio tra riserva di legge in ma-*

A dire il vero, tra i notevoli profili di interesse che la sentenza mostra, un peso decisivo ci sembra vada riconosciuto – nel combinato tra le due decisioni richiamate – al rilievo attribuito ai c.d. vizi procedurali, soprattutto se inquadrato nell'attuale clima di rassegnazione dinanzi al continuo stravolgimento della fisiologia costituzionale dei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo nelle scelte di criminalizzazione (con particolare riferimento al massiccio utilizzo della delegazione legislativa quale fonte del diritto penale)⁴ e di costante delegittimazione della funzione di garanzia tipica della fonte scritta⁵.

Quella che si intende proporre in queste brevi riflessioni rappresenta, se ne è ben consapevole, una chiave di lettura assai meno *rivoluzionaria* – ed anzi forse addirittura *reazionaria*, se rapportata agli equivoci trionfalistici che hanno accolto le decisioni – e impone di muovere proprio dalla rivendicazione del rispetto procedurale della riserva di legge in materia penale per inquadrare e contestualizzare le pronunce di inizio 2014 e coglierne la reale portata, anche rispetto agli approdi della precedente giurisprudenza, più volte ed espressamente richiamata dalla Corte.

2. *L'intreccio normativo, i vizi e le sentenze virtuose del 2014*

Le questioni da cui le due decisioni hanno preso le mosse sono ben note e in questa sede ci si può limitare a un sintetico richiamo, nonostante la trama normativa che fa da sfondo ad entrambe non sia tra le più limpide.

teria penale e legislazione delegata, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2014, 3 ss. e C. CARUSO, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, cit., 122 ss.

⁴ Possono menzionarsi, fra gli interventi più significativi degli ultimi anni avvenuti per mano della delega legislativa, le riforme del diritto penale tributario (d.lg. 10 marzo 2000, n. 74) e societario (d.lg. 11 aprile 2002, n. 61), l'introduzione della responsabilità, formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale, delle persone giuridiche (d.lg. 8 giugno 2001, n. 231) o, ancora, la previsione di appositi presidi penalistici in seno alla *ridefinizione* di interi settori normativi, fra i quali, in particolare, il Testo unico delle leggi in materia di tutela dell'ambiente (d.lg. 3 aprile 2006, n. 192) e di sicurezza sul lavoro (d.lg. 9 aprile 2008, n. 81, così come modificato dal d.lg. 3 agosto 2009, n. 106); vanno anche ricordate le quattro deleghe contenute nella legge 28 aprile 2014, n. 67, concernenti rispettivamente la non punibilità per irrilevanza del fatto, la revisione del sistema delle pene principali, la depenalizzazione di taluni reati e la trasformazione di altri in illeciti civili sanzionati con sanzione pecuniaria civile; nondimeno, il medesimo strumento è stato prescelto anche per l'ulteriore revisione del sistema sanzionatorio penale tributario, in attuazione della delega contenuta all'art. 8 della legge 11 marzo 2014, n. 23.

⁵ È sufficiente richiamare, per tutti, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 2270 ss., la quale si chiede, provocatoriamente (ma non troppo), "se la strenua difesa della riserva di legge nei termini rigidi in cui ci è stata tramandata dalla tradizione culturale penalistica possieda ancora un significato reale o se sia, piuttosto, il frutto di una pigra *traditio*" (v. anche, successivamente, ID., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.* 1/2013, 163 ss.).

Sintetizzando e semplificando al massimo, con la sentenza n. 5 la Corte ha dichiarato l'illegittimità per carenza di delega dei decreti legislativi che abrogavano il reato di associazione militare con scopi politici, accogliendo le questioni sollevate dal Tribunale di Verona⁶ e dal GUP presso il Tribunale di Treviso⁷, in diversi momenti e in più fasi⁸. In particolare, è stata riconosciuta l'illegittimità – per violazione dell'art. 76 Cost. – dell'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010, nella parte in cui, al numero 297) del comma 1, abrogava il d.lgs. n. 43 del 1948, e dell'art. 1

⁶ Il Tribunale di Verona, impegnato a vagliare le condotte di taluni imputati della richiamata fattispecie di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 43 del 1948 nel giudizio relativo all'associazione denominata "Camicie verdi" (poi confluita nell'associazione denominata "Guardia Nazionale Padana"), sollevava, nell'udienza del 10 dicembre 2010, questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 18, 25 e 76 Cost., ritenendo che l'abrogazione fosse stata realizzata dal potere esecutivo "in totale assenza di una valida delega" e pertanto in violazione del principio della riserva di legge in materia penale (un commento all'ordinanza 10 dicembre 2010 del Tribunale di Verona in M. SCOLETTA, *Reviviscenza di fattispecie penale illegittimamente abrogata? Il caso del reato di "associazioni di carattere militare per scopi politici" al cospetto della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2011). A soli tre giorni dall'ordinanza di rimessione, il Governo – sempre in attuazione della delega del 2005 – reiterava, con il d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 213, l'abrogazione del d.lgs. n. 43 del 1948, espungendolo dalle disposizioni che, con il d.lgs. n. 179 del 2009, aveva in precedenza stabilito di mantenere in vigore. Proprio in virtù dello *ius superveniens* che aveva reiterato l'effetto abrogativo, la Corte costituzionale aveva optato per la restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché valutasse la perdurante rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni sollevate (Corte cost., ord. 9 novembre 2011, n. 296, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 441 ss., con nota di D. NOTARO, "Rimandato" il sindacato costituzionale sull'abrogazione delle associazioni paramilitari, *ivi*, 443 ss.).

⁷ Analoga questione, avanzata dal GUP del Tribunale di Treviso (che stava giudicando taluni imputati per la "formazione del corpo paramilitare denominato «Polisia Veneta»") con ordinanza 21 gennaio 2011 – sempre con riferimento al medesimo articolo 2268 d.lgs. n. 66 del 2010, in rapporto agli artt. 18, 25, comma 2 e 76 Cost. –, si concludeva invece con una dichiarazione di manifesta inammissibilità, per difetto di motivazione in punto di rilevanza, non avendo il giudice rimettente valutato gli effetti conseguenti all'entrata in vigore, stavolta in un momento anteriore all'ordinanza di rimessione, del d.lgs. n. 213 del 2010 (Corte cost., ord. 22 dicembre 2011, n. 341, in *Giur. cost.*, 2011, 4671).

⁸ Il Tribunale di Verona ed il GUP del Tribunale di Treviso, dopo avere vagliato nei rispettivi giudizi l'impatto del ricordato d.lgs. n. 213 del 2010, risollecitavano quindi lo scrutinio del giudice costituzionale, per le medesime ragioni in precedenza avanzate, relative all'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010, estese anche all'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010, nella parte in cui, modificando il d.lgs. n. 179 del 2009, ha espunto dalle disposizioni mantenute in vigore il d.lgs. n. 43 del 1948. Peraltro, a rendere ancor più intricato il groviglio, interveniva, il giorno precedente a quello della pronuncia dell'ordinanza del Tribunale di Verona (avvenuta il 25 febbraio 2012), il d.lgs. 24 febbraio 2012, n. 20, col quale, in attuazione dell'art. 14, commi 14, 15 e 18 della legge n. 246 del 2005, veniva definitivamente reintrodotta il reato di cui al d.lgs. n. 43 del 1948; di tale provvedimento, evidentemente, il Tribunale di Verona non aveva potuto tenere conto, dal momento che l'ordinanza di rimessione era precedente alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Non così invece il GUP presso il Tribunale di Treviso, che aveva però ritenuto il ripristino della fattispecie abrogata inidoneo a rendere irrilevanti le questioni di legittimità costituzionale delle leggi abrogatrici, "in quanto l'assetto punitivo estenderebbe retroattivamente i suoi effetti favorevoli di *abolitio criminis* in forza della regola della *lex intermedia* favorevole di cui all'art. 2, comma 4, c.p.".

del d.lgs. n. 213 del 2010, laddove modificava il d.lgs. n. 179 del 2009, espungendo, con l'Allegato B, dalle norme mantenute in vigore dall'Allegato 1 del citato d.lgs. n. 179 del 2009, il d.lgs. n. 43 del 1948. L'abuso perpetrato dal potere esecutivo nell'abrogare la fattispecie di associazione militare per scopi politici è ravvisato nel fatto che tanto l'art. 2268, comma 1, n. 297) del d.lgs. n. 66 del 2010, quanto l'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010 risultavano adottati "in carenza della necessaria delega legislativa", non potendo essere invocati *a copertura* – come invece espressamente indicato nel preambolo dei provvedimenti – i commi 14, 14 *quater*, 15 e 18 dell'art. 14 della legge delega n. 246 del 2005⁹.

Nella di poco successiva sentenza n. 32, la Corte, accogliendo i dubbi sollevati dalla Terza Sezione penale della Cassazione (Cass. pen., Sez. III, ord. 9 maggio 2013 (dep. 11 giugno 2013), n. 25554¹⁰) sulla compatibilità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies-ter*, comma 2, lett. a) e comma 3, lett. a), n. 6 del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, entrambi introdotti dalla legge di conversione 21 febbraio 2006, n. 49, con l'art. 77, comma 2, Cost., ha rilevato l'estraneità delle norme inserite in sede di conversione – con le quali è stata modificata la disciplina degli stupefa-

⁹ Il *comma 14*, infatti, "non prevede alcun diretto potere abrogativo, ma conferisce al Governo solo la delega ad individuare gli atti normativi da sottrarre alla clausola "ghigliottina" contenuta nell'art. 14, comma 14-*ter*, della legge n. 246 del 2005"; potere che dunque, rispetto al d.lgs. n. 43 del 1948, era stato già esercitato, al momento dell'adozione del d.lgs. n. 66 del 2010 e, prima ancora, del d.lgs. n. 213 del 2010, con il d.lgs. n. 179 del 2009. Oltretutto, se anche fosse stato riconosciuto al Governo dal comma 14 (o anche dal comma 14 *quater*) un potere direttamente abrogativo, sarebbero mancate le condizioni per esercitarlo nei confronti del d.lgs. n. 43 del 1948: "in base ai criteri indicati in tale comma, si trattava di un testo normativo del quale era indispensabile la permanenza in vigore", non avendo subito un'abrogazione tacita o implicita, né avendo esaurito la sua funzione (come attestato dall'aver originato i procedimenti penali nel corso dei quali erano state sollevate le questioni di costituzionalità), né potendolo ritenere privo di contenuto normativo o comunque obsoleto, costituendo l'immediata attuazione dell'art. 18, comma 2, Cost. Non appare altresì invocabile il *comma 15* dell'art. 14; qui, la delega era diretta alla semplificazione e al riassetto normativo delle disposizioni legislative anteriori al 1 gennaio 1970 mantenute in vigore all'esito delle operazioni "salva-leggi", da armonizzare, eventualmente, con la legislazione successiva; come chiarisce la Corte, con riferimento all'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010, "la finalità fondamentale di semplificazione, che costituiva la *ratio* propria della legge n. 246 del 2005, era quella di creare insieme normativi coerenti, a partire da una risistemazione delle norme vigenti, sparse e non coordinate, apportando quelle modifiche rese necessarie dalla composizione unitaria delle stesse, mentre l'abrogazione di norme penali incriminatrici solo apparentemente connesse con la materia oggetto del riassetto normativo si colloca evidentemente su un altro piano e richiede scelte di politica legislativa, che, seppur per grandi linee, devono provenire dal Parlamento". Né, infine, poteva rappresentare un valido appiglio, con riferimento all'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010, il *comma 18* del solito art. 14 della l. n. 246 del 2005, dal momento che la delega ivi contenuta non autorizzava ad intervenire nuovamente – e *nella sostanza* – sulla scelta già compiuta, con il d.lgs. n. 179 del 2009, nell'individuazione delle norme delle quali era indispensabile la permanenza in vigore e da sottrarre all'effetto abrogativo, consentendo solo interventi integrativi, di riassetto o correttivi, rispetto alle norme che si era già *deciso* di mantenere in vita.

¹⁰ In Cass. pen., 2013, 3405 ss.

centi, eliminando a fini sanzionatori la distinzione fra droghe pesanti e droghe leggere e prevedendo un aumento delle pene per gli illeciti previsti dall'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 relativi alle droghe leggere – rispetto all'oggetto, alle finalità e alla *ratio* dell'originale decreto-legge. In particolare, si censurava l'assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e quelle originarie del decreto-legge, ritenendo le prime – in difetto del necessario legame logico-giuridico richiesto dall'art. 77, comma 2, Cost. – adottate in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente illegittime.

Non va dimenticato come, nella situazione sottoposta allo scrutinio di costituzionalità, si combinassero due tra i fattori patologici che, minando le fondamenta della riserva di legge parlamentare e la sua credibilità, alterano la separazione dei poteri e la ripartizione delle competenze tra esecutivo e legislativo: l'utilizzo non ortodosso degli atti aventi forza di legge sommato al ricorso, nella fase di conversione, ad un c.d. maxi-emendamento governativo, dal contenuto eterogeneo rispetto al decreto, che elide la discussione in aula sul testo da approvare e quindi vanifica la potenzialità garantista del confronto parlamentare. Non a caso, quindi, nella pronuncia i vizi *in procedendo* (disomogeneità degli emendamenti – ricorso a maxi-emendamenti – voto di fiducia bloccato) sono stati riconnessi non solo all'interruzione del “legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed i provvedimenti provvisori con forza di legge”, ma anche alle inevitabili frizioni con quella che, a ben vedere, rappresenta l'essenza della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., la garanzia cioè di *effettiva partecipazione delle minoranze, per via procedimentale, alle opzioni politico-criminali*¹¹.

3. I nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale

Volendo trarre un'indicazione comune dalle due pronunce, può dirsi che con esse la Corte restituisce il giusto peso, su piani distinti ma connessi, ai profili procedurali della riserva di legge, lasciando emergere le fisiologiche criticità della delegazione legislativa e della decretazione d'urgenza in rapporto alle specificità della riserva in materia penale, ancora oggi presidio della divisione dei poteri e della rappresentatività nelle scelte politico-criminali.

È evidente come, in quest'ottica, non paiano coerenti, in termini di legittimazione democratica, scelte penali adottate attraverso decreti legislativi emanati in

¹¹ Sul tema, volendo, C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, cit., 505 ss.

assenza totale di delega o estranei ai principi e criteri direttivi in essa delineati; ovvero, in sede di conversione di un decreto-legge, attraverso emendamenti di somogenei che, seppure formalmente attribuibili al potere legislativo, vedono svalutata ogni *realità* dialettica dal ricorso alle compresse dinamiche riconducibili al combinato tra maxi-emendamenti governativi, voto bloccato che la questione di fiducia determina (precludendo ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo) e *minaccia* della decorrenza dei termini di conversione e dell'imminente fine della legislatura.

Nelle prese di posizione della Corte – che sanziona l'elusione del corretto procedimento di attuazione delle prescrizioni e dei limiti della delega e di conversione del decreto-legge – può cogliersi dunque la conferma della *decisività* del momento procedimentale rispetto alle esigenze di salvaguardia della *ratio* della riserva di legge. Si avvalorava l'idea che solo il procedimento legislativo – alla base dell'emanazione della legge delega e dei suoi principi e criteri direttivi, da una parte, e della conversione in legge, dall'altra – assicuri l'effettivo coinvolgimento delle forze rappresentative nel momento di compiere le scelte di criminalizzazione; le forme giuridiche di tale legittimazione e i suoi limiti non possono che coincidere con le – o, al più, derivare dalle – forme dei procedimenti assembleari.

Il *corretto iter* legislativo – esteso all'osservanza delle regole del procedimento nell'attuazione della delega e al rispetto del requisito dell'omogeneità e dell'interrelazione funzionale tra disposizioni del decreto-legge e quelle della legge di conversione – è *di per sé fonte di garanzia*, per la virtù dialogica che ne costituisce il fondamento e per la potenzialità democratica che si sprigiona nella funzione di controllo parlamentare, *condivisa* da maggioranza e opposizione¹².

4. *Riserva di legge e Corte costituzionale: i riflessi sull'ammissibilità delle questioni in malam partem*

Ricostruito lo scenario di fondo, va dunque ricollocato il tema dell'ammissibilità delle questioni, il cui accoglimento – come è evidente – ha recato con sé (anche) effetti *in malam partem*.

Soffermandoci in particolare sulla prima sentenza, la n. 5, può ritenersi che la Corte, dichiarando l'illegittimità per carenza di delega dei decreti legislativi che abrogavano il reato di associazione militare con scopi politici, abbia lanciato anzitutto un segnale in controtendenza rispetto al timido atteggiamento assunto in tema di sindacato sulla delegazione legislativa in materia penale, intercettando

¹² F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, 1294.

necessariamente anche il tema dei confini di ammissibilità degli interventi *in malam partem*¹³; del resto, non è un mistero che la Corte si sia a lungo trincerata –

¹³ Più in generale, non ci si può che limitare, in questa sede, a un mero riepilogo dell'evoluzione sul punto della giurisprudenza costituzionale, originariamente orientata a ritenere inammissibili, per difetto di rilevanza, le questioni di legittimità vertenti su norme penali di favore, sul presupposto che, in sostanza, il divieto di retroattività della norma sfavorevole imporrebbe comunque di applicare quella di favore, pur dichiarata incostituzionale (Corte cost., 26 luglio 1979, n. 91, *Giur. cost.* 1979, 678; Corte cost., 5 febbraio 1975, n. 22, *ivi* 1975, 99). Ciò almeno sino alla celebre sentenza 3 giugno 1983, n. 148 (in *Foro it.* 1983, I, 1800), con la quale, riconosciuta la rilevanza della questione sia sul piano della modificazione della *ratio decidendi* della sentenza resa dal giudice *a quo*, sia in termini di effetti sistematici sull'ordinamento, sia – soprattutto – perché la conclusione del processo incidentale con sentenza interpretativa di rigetto o di accoglimento parziale rende possibile la produzione anche nel giudizio *a quo* di effetti di tipo materiale, si è distinta la garanzia del *favor libertatis*, da reputare come autonomo principio che spetta al giudice ordinario osservare, dal sindacato di costituzionalità sulle leggi penali (anche di favore), che non può essere sottratto alla Corte “a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile”. Superato, dunque, con tali cadenze argomentative, il giudizio di ammissibilità (*profilo processuale*), il sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore non può che trovare un limite nel principio di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, della Costituzione (*profilo sostanziale*). Questa maggiore apertura rispetto alle prospettive del sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore sembra essere stata condivisa dalla Corte che, con la altrettanto celebre sentenza 23 novembre 2006, n. 394 (in *Giur. cost.* 2006, 4127 ss.), ha dichiarato (per la prima volta accogliendo la questione nel merito) l'illegittimità costituzionale delle norme che avevano trasformato in contravvenzione obblabile alcuni delitti in materia di falso elettorale, determinando la riespansione della fattispecie generale più severa, a sua volta speciale rispetto alle fattispecie incriminatrici previste in tema di falsità nel codice penale. L'esigenza di fondo, sottolineata in modo esplicito nella sentenza, è sempre quella di “evitare la creazione di «zone franche» dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria”. Ciò premesso, si è affermato che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche *in malam partem*, delle c.d. *norme penali di favore*, le quali si caratterizzano sotto un duplice aspetto: la *specialità* e la *compresenza* rispetto a norme generali o comuni. Nel dettaglio, sono tali le norme che “stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni” (attraverso scriminanti, cause di non punibilità, cause di estinzione del reato o della pena, circostanze attenuanti o figure autonome di reato punite in modo più mite) e che risultino da “un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva”. Il sindacato resterebbe invece precluso rispetto alle ipotesi di “*norme penali favorevoli*”, quelle disposizioni che “delimitano l'area di intervento di una fattispecie di reato” e si traducono in “dati espressivi di una valutazione legislativa in termini di meritevolezza ovvero di bisogno di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale”, scelta cui la Corte non potrebbe sovrapporsi “senza esorbitare i propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, comma 2, Cost. al legislatore”.

In dottrina, la sentenza è stata analizzata dettagliatamente; senza pretesa di esaustività, possono ricordarsi A. CARMONA, *Oltre la libertà personale per un diritto più giusto. Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 164 ss.; O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza*

almeno sino al 2014 – proprio dietro la barriera dell'inammissibilità, a fronte dei molteplici rischi che l'assunzione del decreto legislativo quale fonte *privilegiata* del diritto penale reca con sé¹⁴ e delle non poche questioni di legittimità costituzionale a tal proposito sollevate¹⁵.

Ovviamente, lo spettro di una possibile inammissibilità aleggiava pure sulla questione sottoposta allo scrutinio odierno: l'eventuale accoglimento si sarebbe tradotto in una pronuncia ablativa con effetti *in malam partem*, comportando la dichiarazione di illegittimità dell'art. 2268 del d.lgs. 66 del 2010 (così come quella dell'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010) la reviviscenza della disciplina abrogata e la riaffermazione della rilevanza penale dei comportamenti vietati dalla Costituzione¹⁶.

n. 394 del 2006 sui falsi elettorali, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 100 ss.; ID., *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in questa *Rivista*, 2007, 217 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, 2008; F. GIUNTA, *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore*, in AA.VV., *Verso un sindacato di legittimità delle scelte politico criminali*, Pisa University Press, 2007, 13 ss.; ID., voce *Riserva di legge*, in *Diritto penale. Dizionario sistematici*, Milano, 2008, cit., 51 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. e proc.* 2007, 671 ss.; G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2008, 77 ss.; ID., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le zone franche*, in *Giur. cost.* 2006, 4166 ss.; D. MICHELETTI, *L'incensurabilità delle «riforme penali di favore»: un limite tecnico o di moderazione politica?*, in *Giur. cost.* 2008, 3488 ss.; C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008; ID., *Corte costituzionale e falso in bilancio: un inspiegabile ritorno al punto di partenza, commento a ord. C. cost. 20 febbraio 2006, n. 70*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2006, 302 ss.; ID., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 343 ss.; D. PULITANÒ, *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. mer.* 2007, 209 ss.; M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 29 ss.; ID., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 538 ss.; P. VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in questa *Rivista*, 2007, 233 ss.

¹⁴ Riconducibili, fra l'altro, alla non piena compatibilità con la caratura assoluta e col fondamento della riserva di legge e all'attenuazione della possibilità riconosciuta alle minoranze di sindacare le scelte di criminalizzazione operate dal legislatore; sulla questione, per tutti, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 171 ss.

¹⁵ Emblematica, in tal senso, la sentenza 26 maggio 2004, n. 161 (in *Dir. pen. e proc.* 2004, 1497 ss., con nota di F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*), la quale, ancora una volta dichiarando la questione inammissibile per i possibili risvolti *in malam partem*, ha superato i dubbi – in primo luogo concernenti la genericità e l'indeterminatezza dell'art. 11 comma 1, lett. a), n. 1 della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, con riferimento all'introduzione di soglie percentuali – sollevati dal Tribunale di Milano (ord., sez. II, 12 febbraio 2003) rispetto ai reati di false comunicazioni sociali, di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., così come modificati dal d.lg. 11 aprile 2002, n. 61.

¹⁶ Prima della pronuncia, la questione era stata affrontata da D. NOTARO, *"Rimandato" il sindacato costituzionale sull'abrogazione delle associazioni paramilitari*, cit., 450 ss.; M. GAMBARDELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2010, 3727 ss. e M. SCOLETTA, *Reviviscenza di fattispecie penale illegit-*

La Corte costituzionale, così come avevano fatto in precedenza gli stessi giudici rimettenti, nel superare l'argomento, coglie un profilo decisivo dei rapporti tra limiti del sindacato costituzionale, riserva di legge e delegazione legislativa: l'effetto *in malam partem* derivante da una pronuncia di illegittimità costituzionale della norma di un decreto legislativo che abroghi, eccedendo dalla delega, una fattispecie incriminatrice, si pone *non in contrasto* con la riserva di legge, quanto piuttosto *a salvaguardia* della stessa. Si afferma nitidamente che "se si escludesse il sindacato costituzionale sugli atti legislativi adottati dal governo anche nel caso di violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti". Con la conseguenza che "quando, deducendo la violazione dell'art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato (...) non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale", il quale "rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa".

La verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene quindi vero e proprio "strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale" e "non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*". In caso contrario, ci si esporrebbe al solito rischio "di creare zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, comma 2, Cost.". Sempre richiamando le parole della Corte, al fine di superare la contraddizione ed evitare al tempo stesso eventuali effetti impropri di una pronuncia *in malam partem*, occorre "distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali"¹⁷.

timamente abrogata? Il caso del reato di "associazioni di carattere militare per scopi politici" al cospetto della Corte costituzionale, cit., 1 ss.

¹⁷ In questo passaggio, peraltro, si coglie un ulteriore punto di contatto con la sentenza n. 32 del 2014, nella quale la risoluzione degli specifici e cospicui effetti intertemporali – unitamente a quella dei risvolti di caducazione a catena sulle norme successive a quelle impugnate – veniva demandata *in toto* al giudice ordinario.

In maniera più sbrigativa ma sostanzialmente conforme, la sentenza n. 32 ha ritenuto “che gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione della Corte non precludono l’esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all’art. 25 Cost.) di configurare nuove norme penali, siano esse incriminatrici o sanzionatorie, eventualità questa che non rileva nel presente giudizio, dal momento che la decisione della Corte non fa altro che rimuovere gli ostacoli all’applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore”.

Ancora più chiara, se possibile, l’ulteriore e coeva sentenza 13 marzo 2014, n. 46¹⁸: “la preclusione delle pronunce *in malam partem* non può venire (...) in considerazione quando sia in discussione la stessa idoneità della fonte di produzione normativa”; “se l’esclusione delle pronunce *in malam partem* mira a salvaguardare il monopolio del soggetto-Parlamento sulle scelte di criminalizzazione, voluto dall’art. 25, comma 2, Cost., sarebbe del tutto illogico che detta preclusione possa scaturire da interventi normativi operati da soggetti non legittimati, proprio perché non rappresentativi dell’intera collettività nazionale – quale il Governo, che si serva dello strumento del decreto legislativo senza il supporto della legge di delegazione parlamentare (...), ovvero un Consiglio regionale (...) – i quali pretendano, in ipotesi, di ‘neutralizzare’ le scelte effettuate da chi detiene quel monopolio”. Conseguenziale la chiosa: “in simili evenienze, l’eventuale decisione *in malam partem* della Corte non solo non collide con la previsione dell’art. 25, comma 2, Cost. ma vale, anzi, ad assicurarne il rispetto”.

5. *Convergenze (ma soprattutto divergenze) con le sentenze 394 del 2006 e 28 del 2010*

V’è ora da contestualizzare le conclusioni in tema di ammissibilità cui la Corte è pervenuta nei primi mesi del 2014 nel perimetro tracciato dalla precedente giurisprudenza, per verificare se davvero si è delineato un “nuovo spazio per gli interventi *in malam partem*”¹⁹.

Come è noto, secondo quanto riconosciuto nel 2006 dalla sentenza n. 394, l’eventuale dichiarazione di incostituzionalità di *norme di favore* non si porrebbe in contrasto con la riserva di legge in quanto “l’effetto *in malam partem* non discende dall’introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei

¹⁸ Corte cost., sent. 13 marzo 2014, n. 46, in *Giur. cost.*, 2014, 1134 ss.

¹⁹ Ad esempio da F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 12 ss.

parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria". Riespansione che costituisce "una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale". L'opzione politico-criminale di fondo – questo è l'argomento e il criterio giustificativo del possibile effetto deteriore – rimarrebbe comunque appannaggio del potere legislativo, visto che sarebbe la stessa legge (generale) – riespandendosi – a (tornare a) governare la materia (nell'ipotesi, i falsi elettorali).

L'argomento addotto, nella sua apparente linearità, non convince del tutto, prestando il fianco, in uno con l'ambiguità che accompagna la distinzione tra norme favorevoli e norme di favore²⁰, a penetranti obiezioni.

Anzitutto, si è osservato, l'automatica riespansione della norma generale, quale portato dell'unitarietà dell'ordinamento, entrerebbe *comunque* in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., dal momento che dapprima il legislatore aveva "posto con una sua autonoma scelta discrezionale la norma ora riespansa" e quindi, in un momento successivo, "ponendo quella *mitior*, eliminata dalla Corte, aveva operato una scelta politica di sistema che rimane a lui riservata proprio in ragione dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico penale"; seguendo il ragionamento della Corte, invece, la discrezionalità politica sembrerebbe "esercitata ed esercitabile dal Parlamento solo fattispecie per fattispecie", disegnando "una curiosa riserva di legge 'di legge in legge' e non piuttosto, come è ovvio che sia, monopolio del legislatore su tutte le scelte che determinano, attraverso tutti i vuoti e tutti i pieni del sistema penale, effetti (negativi) sulla libertà degli individui sottoposti al potere statale"²¹.

Ancora, si è sottolineato come la distinzione operata dalla Corte tra l'ipotesi di introduzione di una nuova fattispecie e quella di ripristino della disciplina generale possa ammettersi unicamente se coniugata con una concezione della ragionevolezza intesa quale precipitato del principio dell'uguaglianza di trattamento in senso stretto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, Cost. A ben vedere, "solo quando la Corte censura discriminazioni dei cittadini per sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche nonché condizioni personali o sociali, il suo controllo consiste effettivamente in valutazioni intrasistematiche delle scelte legislative, e ciò, indipendentemente dalla circostanza che la scure del suo giudizio si abbatta su norme incriminatrici o di favore"; negli altri casi, "l'accertamento della sproporzione per difetto passa attraverso valutazioni di merito e apprezzamenti politico-criminali

²⁰ Ambiguità sottolineata, fra gli altri, da P. VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, cit., 236; parla di un "ingegnoso stratagemma retorico", O. DI GIOVINE, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, cit., 231.

²¹ A. CARMONA, *Oltre la libertà personale per un diritto più giusto*, cit., 175

del tutto simili a quelli coperti dal principio della riserva di legge, posto che il parametro della ragionevolezza viene a rilevare come autonomo criterio di razionalità intrinseca della normativa²². Detto altrimenti: “altro è il ricorso alla ragionevolezza come criterio per sindacare le discriminazioni legislative che incidono sulla portata dei diritti fondamentali, altro è l’impiego della ragionevolezza per ampliare il raggio di operatività della norma penale. Nell’un caso la ragionevolezza fa leva sui diritti fondamentali come ‘limite’ di rango costituzionale all’intervento penalistico: nel secondo caso sono proprio i diritti fondamentali che, attraverso il sindacato di intrinseca razionalità della norma penale ritenuta discriminatoria, vengono ulteriormente compromessi”²³.

In buona sostanza, la Corte non pare essere riuscita a dissipare non solo le perplessità sul “perché l’ablazione della norma di favore non confliggerebbe con la riserva di legge mentre un conflitto siffatto si registrerebbe in caso di ablazione di norma favorevole”²⁴, ma anche (e soprattutto) la sensazione che il richiamo all’automatica riespansione della norma generale (deteriore) rappresenti più un *escamotage* per correggere una scelta di politica criminale del legislatore non condivisa²⁵, piuttosto che un solido argomento sistematico, rendendo – a differenza di quanto invece accade con le ultime decisioni – la salvaguardia della riserva di legge più apparente che reale. Non sembra cioè sufficiente, come pare invece ritenere la Corte, l’ancoraggio a un momento puramente formale – il richiamo a un *concomitante e generale* atto legislativo – a salvaguardare le prerogative della riserva di legge in una materia, quella penale, nella quale il profilo di garanzia della fonte di produzione legislativa appare inesorabilmente funzionalizzato all’esistenza di un consenso espresso sulla sostanza della scelta politica, nei modi e nei termini della dialettica parlamentare.

La sentenza n. 5, nel corpo della motivazione, si richiama – stavolta in maniera non del tutto convincente – ad un altro precedente: la sentenza 28 giugno 2010, n. 28²⁶, con la quale è stata riconosciuta – in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. – l’illegittimità di un decreto legislativo intermedio che aveva escluso, in contrasto con una direttiva comunitaria, la punibilità di un fatto anteriormente e successivamente previsto come reato, sul presupposto che “se si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza inibisce la verifica di conformità

²² F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, cit., 48.

²³ F. GIUNTA, *Corte costituzionale e diritto penale nell’epoca della democrazia maggioritaria. La problematica angolazione delle c.d. discipline di favore*, in *Giust. pen.*, 2012, II, c. 250.

²⁴ P. VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, cit., 242.

²⁵ In questo senso, ancora F. GIUNTA, *Corte costituzionale e diritto penale nell’epoca della democrazia maggioritaria*, cit., c. 250.

²⁶ Corte cost., sent. 28 gennaio 2010, n. 28, in *Giur. cost.*, 2010, 358 ss.

delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – (...) cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie (...) per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano”. La pronuncia del 2010 è stata letta come l’avvio, da parte della Corte, di un nuovo percorso, volto a dichiarare l’incostituzionalità di norme interne (extrapenali), anche con effetti di favore, ritenute in contrasto con una norma comunitaria priva di effetti diretti, non più attraverso il *grimaldello* dell’art. 3 Cost., bensì direttamente per contrasto con i vincoli comunitari posti dagli artt. 11 e 117 Cost.²⁷; per tale via, il nodo problematico degli effetti *in malam partem* verrebbe agevolmente risolto facendoli discendere non già dalla decisione stessa o dalla direttiva, quanto piuttosto “dalla applicabilità della vigente fattispecie di reato non più ‘neutralizzata’ dalla disposizione di deroga contrastante con il diritto UE (ed appunto dichiarata illegittima dalla Corte)”²⁸.

Il riferimento odierno agli spunti avanzati nel 2010, dimostrerebbe, secondo taluno, “la presenza di un altro spazio all’interno del quale il giudice delle leggi può pronunciare *in malam partem*, senza violare la riserva di legge in materia penale” (e cioè “quando il legislatore (nazionale) ha violato il diritto europeo”)²⁹, sull’assunto che ogniqualvolta “lo stesso Parlamento (o il Governo in sede di legislazione delegata) non rispetta le norme preposte *vuoi* sotto il profilo del corretto esercizio dell’attività di produzione normativa primaria, *vuoi* sotto il rispetto del proprio ambito di competenza con l’Unione europea, si può fondatamente negare che la riserva di legge operi come limite all’ammissibilità di questioni di costituzionalità”³⁰.

Orbene, l’asserita sovrapponibilità, al metro della riserva di legge, del *vulnus* cagionato dai vizi procedimentali rilevati nel 2014 alla lesione degli artt. 11 e 117,

²⁷ Corte cost., sent. n. 28 del 2010, cit., 358 ss.; ricostruisce il dibattito sugli obblighi di tutela penale di matrice sovranazionale, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 106 ss.

²⁸ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 121 ss.; si è in proposito osservato come “la necessità di dichiarare l’incostituzionalità di una norma che violi gli obblighi internazionali, anche laddove ne derivino effetti *in malam partem* in materia penale, rimettendo al giudice *a quo* la valutazione degli effetti nel caso concreto, sembra operare il bilanciamento tra il rispetto degli artt. 11 e 117 e la riserva di legge in materia penale di cui all’art. 25, comma 2, sicuramente a favore dei primi, facendo discendere in maniera discutibile una limitazione della potestà legislativa in materia penale da fonti sovranazionali non emanate necessariamente con quelle garanzie di democraticità” (così A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1134 ss.).

²⁹ F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 15.

³⁰ F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 15.

comma 1, Cost. censurata nel 2010 non persuade, né appare possibile cogliere un “*filo rosso*” tra le pronunce nella “*carezza di potere* rispetto alla possibilità di adottare la normativa oggetto di valutazione di costituzionalità”³¹. È sufficiente, in proposito, rammentare come, mentre nel caso oggetto delle pronunce di inizio 2014 (vizi procedurali interni, incidenti sulla fase genetica della fattispecie) presupposto dell’intervento della Corte – i cui effetti possono *indifferentemente* essere *in bonam* ovvero *in malam partem* – sia la tutela delle prerogative *penali* dell’organo parlamentare, esautorato della competenza politico-criminale dal potere esecutivo, e dunque in ultima istanza l’essenza della riserva di legge, nella pronuncia del 2010 ci si fondi sulla diversa esigenza di non privare, per il tramite di un possibile effetto *in malam partem* inibitorio, le norme comunitarie – “cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie (...) per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.” – di ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, “come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali”.

Non sembra essere chiamata in causa alcuna violazione procedimentale, né tantomeno alcuna *espropriazione* di competenze *riservate*; così come non è dato rinvenire, negli esiti della sentenza del 2010, alcuno sforzo di tutela del fondamento della riserva di legge; anzi, ad essere custodita è piuttosto la *primazia* del potere normativo (a questo punto anche penale) dell’Unione europea, a discapito di un’autonoma e legittima valutazione del Parlamento nazionale che – in sede di recepimento – aveva optato per una differente scelta di politica criminale³². Siamo

³¹ F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 19.

³² Solo incidentalmente, può aggiungersi che, nell’ipotesi presa in considerazione, la salvaguardia della scelta *penale* interna più mite non rappresenterebbe altro che l’applicazione di quello che, in altra sede, è stato tematizzato quale *controlimite della riserva di legge in materia penale* (C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in questa *Rivista*, 2014, 351 ss.); controlimite che – con l’avallo interpretativo offerto non solo da una lettura *contenutistica* forte dell’art. 25 Cost., ma anche dell’art. 4.2. TUE – scatterebbe proprio al cospetto di una questione di legittimità costituzionale, per asserito contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., di una norma interna non conforme agli obblighi comunitari di tutela penale, che preveda un trattamento ritenuto non adeguato agli *input* di tutela sanciti a livello sovranazionale in forma *dettagliata*, ovvero nel caso di lacuna di tutela *sopravvenuta*, allorquando cioè a fronte di un obbligo di tutela prima attuato il Parlamento decida in un secondo momento di *cambiare idea*, ad esempio depenalizzando una condotta per la quale in sede sovranazionale si reclama una precisa risposta penale (sul tema, diffusamente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 112 ss.). A ben vedere, seguendo questa impostazione e fermo restando il vincolo di sindacabilità interna *ex art. 3 Cost.* (nei sopra ricordati limiti di una ragionevolezza-uguaglianza), la scelta del legislatore nazionale di dare attuazione *parziale* o *diversa* agli obblighi di penalizzazione ovvero di intervenire con una norma successiva che abroghi una precedente disposizione attuativa di tali obblighi o che preveda comunque un trattamento più favorevole (in generale: che non sia più in linea con gli obblighi europei), rientrerebbe in

piuttosto lontani dall'obiettivo di ripristinare il valore della deliberazione fatta nella sede parlamentare, nel rispetto delle competenze e delle procedure a tal fine previste dalla Costituzione.

6. *Un nuovo spazio per gli interventi in malam partem o uno spazio nuovo, nel rispetto della riserva di legge?*

Tirando le fila, occorre tornare al punto che, come si è cercato di mettere in luce, appare il fulcro argomentativo del discorso: i limiti del sindacato della Corte attingono al rispetto delle prerogative del potere legislativo nelle scelte politico-criminali e non possono essere estesi alle scelte compiute dall'esecutivo; scelte che peraltro – nel caso di eccesso di delega – potrebbero essere effettuate in contrasto con quelle del Parlamento o, quantomeno, *a sua insaputa*³³.

In questa prospettiva, la Corte dovrebbe prioritariamente sfuggire alla tentazione di “dilatare, attraverso lo sfuggente canone della ragionevolezza, l’area del penalmente rilevante, posto che per questa via l’organo deputato al presidio dei diritti di libertà finirebbe per incidere proprio sul principale di questi diritti, quello che attiene alla libertà personale, riposto dalla Costituzione nelle mani del legislatore”³⁴. L’ammissibilità di una declaratoria andrebbe circoscritta alle sole peculiari ipotesi nelle quali, al cospetto di un vizio formale, sia stata obliterata la garanzia procedimentale della riserva di legge (e dunque della legalità penale) e gli effetti (anche, se del caso, *in bonam partem*) del provvedimento dichiarato costituzionalmente illegittimo siano frutto di una scelta *a non domino*, non attribuibile al potere legislativo e per ciò solo in contrasto con l’art. 25 Cost. Tutto ciò, in coerenza con la distinzione – pure ricordata dalla Corte, ma forse sottovalutata dai primi commentatori – tra *effetto* della pronuncia e *ragione* dell’intervento.

Il percorso intrapreso nel 2014, se adeguatamente contestualizzato all’interno della giurisprudenza costituzionale sul tema, alla luce dell’interpretazione proposta anziché allargare le maglie del controllo di costituzionalità, dilatando il varco

pieno nell’esercizio della discrezionalità legislativa nella valutazione politico-criminale; discrezionalità resa impermeabile attraverso il richiamo agli artt. 4.2. e 6.3. TUE, all’art. 67.1. TFUE e all’art. 53 della Carta di Nizza – in pratica: al controlimito della riserva di legge, nel suo significato di *libertà legislativa* – rispetto all’obiezione di avere tradito gli obblighi di penalizzazione europea (e quindi l’obbligo di fedeltà comunitaria) e che certamente non viene meno anche nel caso in cui sia stato già recepito un obbligo di tutela europeo, precludendogli la possibilità di *poter tornare indietro*.

³³ Nella medesima prospettiva, in dottrina, anche M. GAMBARDELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, cit., 3729 (e ancor più approfonditamente in ID., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 125 ss.).

³⁴ F. GIUNTA, *Corte costituzionale e diritto penale nell’epoca della democrazia maggioritaria*, cit., c. 250.

aperto nel 2006 (anche alle ipotesi di norme favorevoli)³⁵, pare invece meglio precisarlo, puntellandolo col rigoroso ancoraggio alla garanzia (procedimentale) della riserva di legge, il cui fondamento ha un valore assoluto, che non può essere svalutato né obliterato allorché l'effetto della rimozione del vizio procedimentale, come nel caso della sentenza n. 5, si assuma *in malam partem*. Anche la valutazione sulla perdita di disvalore penale di un fatto, che conduce all'abolizione della relativa fattispecie di reato prima prevista, rappresenta un'opzione di politica criminale, come tale da ricondurre *comunque* al valore della democraticità nelle scelte punitive³⁶; valore garantito solo se – e nella misura in cui – queste costituiscono il portato di un confronto dialettico tra le diverse forze politiche che animano l'organo parlamentare, direttamente rappresentative della sovranità popolare³⁷.

³⁵ M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale*, cit., 551

³⁶ In una prospettiva non dissimile M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2014, 11; A. LOLLO, *La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle "norme penali più favorevoli" ad una svolta. La Corte adotta un paradigma "sostanziale" ed estende (giustamente) il sindacato di costituzionalità ai casi di violazione della legge di delega (Osservazioni minime a margine di Corte cost. n. 5 del 2014)*, in *Rivista AIC*, giugno 2014, 6 ss. e C. CARUSO, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, cit., 129, per il quale la sentenza n. 5 del 2014 offre lo spunto per una lettura dell'art. 25, comma 2, Cost. come non esclusivamente proteso alla "protezione subiettiva del cittadino dagli eccedimenti dagli eccessi punitivi", ma anche "alla restaurazione *obiettiva* della legalità costituzionale violata".

³⁷ Lo stesso argomento sorregge le perplessità che non ha mancato di suscitare la soluzione avanzata dalla Corte nella sentenza n. 32, circa la sicura reviviscenza della normativa abrogata (in materia di stupefacenti) dalla legge dichiarata incostituzionale per un vizio di carattere formale: la valutazione di politica criminale alla base della norma dichiarata incostituzionale (non censurata nei contenuti) era, nel caso di specie, orientata sulla (pur discutibile, ma non discussa nel merito) scelta di equiparare, a fini sanzionatori, droghe leggere e droghe pesanti; assimilazione che, con la reviviscenza della precedente normativa, improntata ad una logica repressiva del tutto differente, viene eliminata (rilievi critici, sul punto, in C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, cit., 509 ss.).

Senza dimenticare i dubbi che ha suscitato (e continua a suscitare) la distinzione tra norme di favore e norme favorevoli – *discrimen* individuato dalla sentenza 394 del 2006 per legittimare un sindacato di ragionevolezza *in malam partem* solo nel secondo caso, nel quale non verrebbero in gioco valutazioni legislative in termini di "meritevolezza" ovvero di "bisogno di pena", in grado di caratterizzare una precisa scelta di politica criminale –, sol che si rifletta sul fatto che anche sottrarre una determinata fascia di soggetti ad un trattamento sanzionatorio ritenuto per loro incongruo rappresenta una (discutibile ma legittima) *presa di posizione* politico-criminale, con l'effetto che "attraverso il controllo sulle norme di favore improntato sul parametro della ragionevolezza-razionalità, piuttosto che su quello della ragionevolezza-uguaglianza, la critica di merito si trasforma in censura di legittimità, senza che la scelta politico-criminale di natura ablativa venga compiuta da un organo direttamente rappresentativo del corpo sociale e, naturalmente, senza rimedi nei confronti del responso di illegittimità" (F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, cit., 48).

Assecondando la lettura *virtuosa*, vanno al dunque privilegiate le non poche opportunità in chiave di *ulteriore garanzia* che le censure mosse dalla Corte – rivitalizzando il ruolo del procedimento legislativo e la matrice democratica della rappresentanza parlamentare – disvelano: prima fra tutte quella di stimolare un’opera di ridimensionamento dell’(ab)uso degli atti aventi forza di legge in materia penale, per l’effetto dissuasivo che l’ampliamento del sindacato può indurre nei confronti del potere esecutivo, a partire da un possibile punto di svolta in relazione agli eccessi della (e nella) delegazione legislativa. Soprattutto perché non si potrà più invocare – in presenza di patenti violazioni procedimentali (tanto con riferimento agli atti aventi forza di legge, quanto nel rapporto con le fonti sovranazionali) – il *totem* degli effetti *in malam partem* come baluardo (o comodo alibi) per schivare, attraverso l’inammissibilità, declaratorie di illegittimità.