

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA

“TULLIO ASCARELLI”

SEZIONE SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE DEL CITTADINO (XXII CICLO)

Tesi di dottorato

***NORME PENALI DI FAVORE E SINDACATO DI
COSTITUZIONALITÀ***

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Dottoranda

Michela Petrini

Tutor

Chiar.mo Prof. Angelo Carmona

ANNO ACCADEMICO 2009-2010

INDICE

CAPITOLO I

IL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ NELL'ORDINAMENTO PENALE: LE PRINCIPALI QUESTIONI SOTTO I RIFLETTORI .

1. La Corte costituzionale e il controllo di legittimità della legge penale.....	5
2. Le sentenze <i>normative</i>	11
2.1. Le sentenze <i>manipolative</i> . I limiti alle pronunce additive <i>in malam partem</i>	17
2.2. La sentenza di illegittimità costituzionale della legge meramente abrogatrice.....	26
2.2.1. Gli obblighi di tutela costituzionali e comunitari.....	34
3. La questione del sindacato sulle «norme penali di favore».....	39
3.1. Il tradizionale orientamento della Consulta: l'inammissibilità processuale.....	42
3.2. L'ammissibilità di un controllo costituzionale sulle norme penali di favore: la sentenza n. 148 del 1983 e la <i>rilevanza</i> della questione....	46
4. L'illegittimità costituzionale di norme penali di favore: le prime pronunce <i>in malam partem</i>	51

CAPITOLO II

«NORME PENALI DI FAVORE» E «NORME PENALI FAVOREVOLI»: LA CORTE COSTITUZIONALE (AUTO)LEGITTIMA LA PRODUZIONE DI EFFETTI *IN MALAM PARTEM*.

1. Le norme penali di favore: una categoria proteiforme. Gli effetti sul giudizio di costituzionalità.....	54
--	----

2. Le false comunicazioni sociali come «norme penali favorevoli»: no al sindacato di costituzionalità.....	62
3. La sentenza n. 394 del 2006: i falsi elettorali come prima ipotesi di «norma penale di favore» irragionevole.....	71
3.1. La norma penale di favore come norma speciale e sincronica.....	78
3.2. La «reazione automatica dell'ordinamento»: la sottile linea tra reviviscenza e riespansione della norma.....	84
3.3 Norme «che sottraggono» e norme «che delimitano»: una (reale?) distinzione.....	89
4. L'incidenza della sentenza di illegittimità costituzionale sul giudizio <i>a quo</i> . Il fondamento del principio di retroattività della norma più favorevole.....	93
5. Gli (ammissibili) effetti <i>in malam partem</i> del sindacato di costituzionalità sulle norme penali <i>ad personam</i>	99
6. Il ritorno all'inammissibilità delle questioni dopo la sentenza n. 394 del 2006.....	104
7. I possibili sviluppi del nuovo sindacato di costituzionalità. Le ipotesi «sospette».....	113

CAPITOLO III

LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE. LA RISERVA DI LEGGE E LE «ZONE FRANCHE DELL'ORDINAMENTO PENALE».

1. La riserva di legge come fondamento di un diritto penale democratico..	118
2. La ragionevolezza della scelta penale.....	124
3. La Corte costituzionale ed il rifiuto di « <i>zone franche</i> ».....	129

4. L'inevitabile <i>conflitto di valori</i> costituzionali. Il bilanciamento come «scelta di campo».....	133
5. La legalità costituzionale come garanzia di eguale libertà.....	138
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	141

CAPITOLO I

IL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ NELL'ORDINAMENTO PENALE: LE PRINCIPALI QUESTIONI SOTTO I RIFLETTORI.

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale e il controllo di legittimità della legge penale: il profilarsi del tema di indagine. – 2. Le sentenze *normative*. – 2.1. Le sentenze *manipolative*. I limiti alle pronunce additive in *malam partem*. – 2.2. la sentenza di illegittimità costituzionale della legge meramente abrogatrice. – 2.2.1. Gli obblighi di tutela costituzionali e comunitari. – 3. La questione del sindacato sulle «norme penali di favore». – 3.1. Il tradizionale orientamento della Consulta: l'inammissibilità processuale. – 3.2. L'ammissibilità di un controllo sulle norme penali di favore: la sentenza n. 148 del 1983 e la *rilevanza* della questione. – 4. L'illegittimità costituzionale di norme penali di favore: le prime pronunce *in malam partem*.

1. La Corte costituzionale e il controllo di legittimità della legge penale: il profilarsi del tema di indagine.

Il ruolo di custode della legalità costituzionale che l'art. 134 Cost. riserva al Giudice delle leggi si affianca, nel sistema penale, a quello di garante della libertà personale, di cui è investito il legislatore ai sensi dell'art. 25 comma 2 Cost.

Sebbene l'assetto giuridico-istituzionale ordinato nella Carta fondamentale sia chiaro nel definire le funzioni ed attribuire i poteri ai predetti organi costituzionali, non si può tacere del fatto che, talvolta, si sia assistito ad una invasione di campo proprio nel settore penale, ove gli equilibri tra la riserva di legge ed il sindacato di costituzionalità assumono una particolare significatività in considerazione del fatto che si tratta di scegliere *se e come* restringere lo spazio di libertà dei cittadini¹.

Le modifiche dell'ordinamento penale da parte della Corte costituzionale sono imposte dal vincolo di conformità delle disposizioni di legge e degli atti

¹ Più in generale, per uno studio sulla riserva di legge in materia penale nella giurisprudenza dei primi cinquant'anni di attività della Corte costituzionale M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2008, 29.

ad esse equiparati ai principi ed ai parametri della Costituzione; tuttavia in che modo , e nel rispetto di quali limiti, debba svolgersi l'intervento della Corte è questione complessa sulla quale il dibattito della dottrina costituzionalistica e di quella penalistica sembra essere a tutt'oggi vivace².

Il diverso atteggiarsi dell'operare della Corte si esplica in considerazione del contenuto della legge penale sottoposta al sindacato, del parametro costituzionale che si assume essere stato violato, nonché degli *effetti* che può determinare la sentenza³. Quest'ultimo profilo è quello sul quale si focalizzerà la presente analisi, essendo questione tradizionale (ancorché non risolta del tutto univocamente dalla giurisprudenza costituzionale) quella attinente alla ammissibilità di una pronuncia della Corte - sia questa ablativa o *lato sensu* manipolativa – che produca «effetti *in malam partem*», a fronte di un dettato costituzionale che riserva alla fonte legislativa l'individuazione delle ipotesi nelle quali è consentito limitare la libertà personale dell'individuo.

A tal proposito occorre verificare se quanto è stato più volte affermato dalla stessa Consulta⁴ – ovvero che il principio di cui al secondo comma art. 25 Cost. impone di riservare al legislatore (e segnatamente al soggetto-

² Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984; ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988; SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1986, 1684; PUGIOTTO, *Sentenze normative: legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività delle fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, 4199; PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, 123; ID, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, 305; ID, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1986, p. 809; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2008, 538; PEDRAZZI, *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1974, p. 444; ID, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1975, 646.

Nella manualistica si veda MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009.

³ Per un'indagine sulle diverse ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità PARODI GIUSINO, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, 915.

⁴ Ad esempio, C. cost. 297/1986; 114/1994; 411/1995; 361/1998; 580/2000; 49/2002; 161/2004; 223/2006; 394/2006.

Parlamento) la scelta sui fatti da sottoporre a pena e sulle sanzioni loro applicabili, impedendole sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti la punibilità⁵ – si sia sempre effettivamente tradotto in un confine invalicabile per il sindacato della Corte.

Tale indagine risulta fortemente condizionata dal contenuto della disposizione sospettata di essere in contrasto con la Costituzione; come si avrà modo di evidenziare successivamente, diversi sono stati i limiti al giudizio di costituzionalità che la giurisprudenza si è (auto)imposta a seconda che la legge penale al vaglio fosse una legge meramente abrogatrice di una disposizione incriminatrice, oppure una legge meramente modificatrice di una fattispecie di reato, o, ancora, una legge di depenalizzazione.

Oltre a questo profilo, si consideri che un ruolo rilevante (talvolta proprio per la stessa ammissibilità della questione) è svolto dall'ordinanza di rimessione ed, in particolare, dal tipo di richiesta effettuata dai giudici *a quibus*. Non vi è chi non veda le profonde differenze che segnano gli *incidenti di costituzionalità* sollevati per ottenere pronunce totalmente ablativo, da quelli finalizzati a dichiarazioni di illegittimità solo parziali; così come ben si colgono le diverse tecniche di intervento che caratterizzano le tipologie di pronunce ora menzionate da quelle invocate nelle ordinanze ove si lamenta la mancata estensione della fattispecie incriminatrice ad ipotesi in essa non contemplate, richiedendosi alla Corte una operazione di integrazione analogica, (spesso mascherata sotto l'etichetta dell'interpretazione estensiva) se non, addirittura, un vero e proprio provvedimento additivo.

⁵ Così, ad esempio, sulla disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi: *ex plurimis*, si vedano le ordinanze della Corte costituzionale n. 317 del 2000 e n. 337 del 1999.

È opportuno sottolineare, fin d'ora, che, sebbene siano sicuramente gli «interventi manipolativi» della Corte quelli che suscitano, almeno ad una prima riflessione, maggiori perplessità rispetto al modello penalistico imperniato sulla riserva di legge, anche le pronunce totalmente o parzialmente ablativo non sempre garantiscono che siano state rispettate le prerogative del legislatore. Non vi è dubbio, infatti, che anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una fattispecie incriminatrice *innovi*⁶ l'ordinamento penale nel senso di rendere leciti comportamenti prima considerati espressione di un disvalore non altrimenti censurabile, tuttavia laddove l'effetto dell'intervento ablativo si traduca nella creazione o nel ripristino di spazi di libertà per il cittadino non sembra che la Corte abbia esercitato i suoi poteri oltre quanto le sia consentito (a meno di non voler intendere il settore penale come un'enclave governata interamente dal Legislatore in grado di paralizzare ogni controllo di legalità costituzionale⁷).

Ciò, peraltro, sembra essere pienamente coerente con il fondamento teorico della prudenza manifestata dalla Corte costituzionale nel settore penale, essendosi fatto osservare che «il vero significato della riserva di legge e degli altri corollari del principio di stretta legalità risiede nel c.d. *favor libertatis*, di talché le restrizioni che da essi discendono avrebbero ragion d'essere solo ed esclusivamente laddove si incida sulla libertà personale,

⁶ In questo senso v. M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale*, cit., 551, il quale afferma che anche la mera ablazione di una norma incostituzionale «priva l'ordinamento di un *quid* su cui il legislatore (un legislatore) sino a quel momento contava. Già questo, in misura minore o maggiore, muta la disciplina di taluni rapporti giuridici».

⁷ Cfr. DI GIOVINE, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 224, la quale nega che vi sia una «supposta incompetenza in sé della Corte a concorrere nell'attività di formazione penale», dovendosi piuttosto evidenziare «le preoccupazioni destinate dall'assenza, quando *maneggia i principi*, di *regole* (a contenuto vincolante) che ne possano incanalare l'operato, rendendolo *prevedibile*».

restringendola, piuttosto che nel caso inverso, in cui se ne amplino gli spazi di tutela»⁸.

Non è così, invece, quando oggetto della sentenza di accoglimento della Corte costituzionale sia un norma penale *in bonam partem* ovvero, volendo utilizzare un'espressione richiamata per indicare la specifica questione che si è tradizionalmente posta nella dottrina e nella giurisprudenza, una «norma penale favorevole».

Se la norma penale che si pone in contrasto con la Costituzione è una norma che, a prescindere dalla categoria dogmatica di appartenenza (causa di esclusione dell'antigiuridicità; causa di esclusione della colpevolezza; causa di esclusione della punibilità in senso stretto; condizione obiettiva di punibilità), fa in modo che un soggetto che abbia commesso un determinato fatto non sia sottoposto a pena, oppure venga punito in base ad una fattispecie meno grave di quella che si sarebbe applicata in assenza della norma favorevole, è evidente come – tralasciando per il momento questioni di carattere intertemporale – l'espulsione di questa norma dall'ordinamento a seguito della valutazione operata dalla Consulta determini *indirettamente* effetti *in malam partem*, nel senso di una compressione di uno spazio di libertà prima riconosciuto per volontà legislativa.

Come si avrà modo di vedere, queste sono le ipotesi in cui, pur in assenza di sentenze manipolative, il semplice intervento ablativo entra in *frizione* con la riserva di legge, da intendersi come principale baluardo di un diritto penale costituzionale costruito nel rispetto delle garanzie che l'art. 13 Cost. riconosce alla libertà personale come diritto inviolabile.

⁸ DI GIOVINE, *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1996, 825.

Il quadro che viene a delinarsi risulta, pertanto, particolarmente complesso.

Se da un lato l'esame della giurisprudenza costituzionale evidenzia come sempre più di frequente la Corte ricorra a pronunce d'inammissibilità, ritenendo che le sia precluso un certo *tipo* di sentenze, altre volte sembra che tutta l'attenzione si riversi sugli inammissibili effetti *sfavorevoli* che l'intervento costituzionale verrebbe a produrre⁹.

Né pare che dalle motivazioni delle sentenze costituzionali possano evincersi principi chiari e univoci¹⁰: talvolta sembra sicuro l'ancoraggio dei limiti al sindacato nel disposto di cui al secondo comma dell'art. 25 Cost. (tanto come espressione della riserva di legge, quanto, come di un «principio di legalità» distinto dalla riserva di legge ed espressivo di esigenze in quella non ricomprese), in altri casi vi è un più generico richiamo al rispetto della discrezionalità del legislatore¹¹.

Se così è, dunque, occorre esaminare in quali modi e con quali limiti la Corte abbia nel tempo esplicitato la sua funzione di controllo della legalità costituzionale verificando se tale compito non si sia in concreto tradotto in un'attività normativa o *parelegislativa* che si è sovrapposta, ed a volte sostituita, a quella del Parlamento.

⁹ CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990, 11.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Così, C. cost. 42/1977.

2. Le sentenze *normative*.

È fin troppo ovvio che la natura di sentenze delle decisioni della Corte ne esclude, sul piano formale, la loro riconducibilità nel sistema delle fonti¹².

Eppure vi sono casi in cui pare che la sentenza da *atto sostanzialmente giurisdizionale* si trasformi in *atto sostanzialmente legislativo*¹³.

Si pensi, ad esempio, agli schemi delle sentenze interpretative di rigetto e delle sentenze interpretative di accoglimento; mentre quella (interpretativa) di accoglimento¹⁴ determina la caducazione della norma illegittima aggiungendovi nella realtà *qualcosa*, quella (interpretativa) di rigetto¹⁵ «dichiara che questo qualcosa già esisteva nell'ordinamento e perciò né elimina né aggiunge alcunchè»¹⁶.

Parte della dottrina ritiene che i due schemi delle sentenze interpretative siano intercambiabili, introducendo entrambi un *quid novi* nell'ordinamento¹⁷. In particolare, si sottolinea come l'attività della Corte si sostanzi in una attività di produzione normativa «quale risultato di un'integrazione interpretativa del testo legislativo sottoposto a controllo, che

¹² Sul punto cfr. DE VERO (*Corso di diritto penale*, Torino, 2004, 253) il quale ritiene, al contrario, che le sentenze della Corte costituzionale possano assumere il rango di fonte dell'ordinamento.

¹³ Sul punto è approfondita l'analisi di SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1986, 1684.

¹⁴ Lo schema della sentenza interpretativa di accoglimento può sintetizzarsi in questo modo: il testo della disposizione A è in contrasto con il parametro costituzionale B perché manca *qualcosa* (X); la norma legittima (C) sarà pertanto costituita dalla somma algebrica di A e X.

¹⁵ Il paradigma della sentenza interpretativa di rigetto presuppone un'ipotesi in cui il testo della disposizione A non è portatore di una norma incostituzionale se viene interpretato in modo che il suo significato risulti dall'integrazione di questa disposizione con la norma costituzionale B, di modo che la norma costituzionalmente legittima (C) risulti dalla somma algebrica di A e B.

¹⁶ CRISAFULLI, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1969, 2885.

¹⁷ Così, SILVESTRI, *Le sentenze normative*, cit., 1690. *Contra* CRISAFULLI, *Le sentenze interpretative*, cit., 2885, che nega che la sentenza interpretativa di rigetto produca una innovazione normativa nell'ordinamento.

ha come fine e come effetto la *trasformazione di un disposto legislativo da illegittimo che era in legittimo*»¹⁸.

L'operazione ermeneutica si traduce, dunque, in una sorta di *autointegrazione* dalla quale sorge una *nuova norma* conforme al dettato costituzionale: viene eliminata l'illegittimità del testo di legge, oppure ne viene negata la stessa presenza attraverso l'applicazione congiunta di norme a cui il giudice *a quo* non ha pensato quando ha sollevato la questione.

Se si ammette l'innovatività di tali decisioni ecco allora che ne si colgono le caratteristiche comuni agli atti normativi ed alle decisioni giudiziali: «dei primi hanno la capacità di produrre materiali normativi aventi rango di fonte primaria, dei secondi hanno la caratteristica di non fondarsi direttamente su una volontà politica tendente alla modificazione dell'ordinamento, ma sull'interpretazione dei testi normativi già vigenti quali sono sia le disposizioni e le norme costituzionali, sia le disposizioni e le norme impugnate»¹⁹.

La Corte costituzionale ha nel tempo affinato e arricchito gli strumenti processuali a sua disposizione, ampliando, conseguentemente i suoi poteri; anche storicamente è possibile segnare un passaggio da una fase in cui le *interpretative di rigetto* sembrano costituire il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale, ad un'altra in cui la *ribellione* anche della stessa Corte di Cassazione all'opzione ermeneutica individuata spinge la Consulta a prediligere sentenze interpretative *di accoglimento*, con le quali si preferisce individuare una interpretazione in contrasto con la Costituzione per poi dichiararne l'illegittimità.

Per tali ultime tipologie di sentenze vi è chi ritiene più corretto parlare di *sentenze di accoglimento parziale* alla luce del fatto che, almeno nella forma,

¹⁸ SILVESTRI, *Le sentenze normative*, cit., 1692.

¹⁹ PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, 123.

la dichiarazione d'incostituzionalità è riferita al testo («...dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui...»)²⁰, sebbene altri, invece, sostengano di dover comunque mantenere distinte le due categorie²¹.

Se le prime due fasi della giurisprudenza costituzionale sono segnate dalle *sentenze interpretative* (di rigetto prima, di accoglimento poi) si può individuare una terza fase in cui si assiste ad un notevole aumento delle sentenze c.d. manipolative, articolate in varie tipologie tutte connotate dal fatto che si viene ad incidere profondamente sulle disposizioni legislative, modificandone, spesso anche significativamente, la portata.

Tali sentenze dichiarano l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui omettono o escludono qualche cosa («additive»), oppure dichiarano l'illegittimità di una disposizione, in quanto da essa si ricavi una certa norma anziché un'altra («sostitutive»). A differenza delle sentenze *interpretative* che si limitano «ad espungere dall'ordinamento un significato normativo incostituzionale di una disposizione che rimane, di per sé, intatta» quelle *manipolative* «incidono sul testo, emendandolo o ristrutturandolo»²².

Lo studio delle sentenze manipolative costituisce un *classico* della giustizia costituzionale, in quanto tale categoria pone in evidenza i delicati rapporti che intercorrono tra Corte costituzionale e Parlamento; la categoria è qui richiamata però al solo al fine di far emergere quella *funzione paralegislativa* a cui si è già fatto cenno e che molte perplessità fa sorgere, specie se esercitata dalla Corte nell'ordinamento penale.

²⁰ Così COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990, 7.

²¹ Cfr. CRISAFULLI, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Riv.trim. dir. e proc. civ.*, 1967, 16, secondo il quale «le sentenze d'accoglimento parziale vere e proprie sono, insomma, parziali rispetto alla disposizione; quelle interpretative di accoglimento lo sono rispetto alla norma, e meritano dunque di essere più esattamente chiamate interpretative, perché colpiscono norme o parti di norma, che sono il risultato di una determinata interpretazione».

²² MODUGNO, *La corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1895, 574.

In particolare, la riflessione può prendere avvio ricordando le parole di quell'autorevole dottrina che si è mostrata incline a difendere la legittimità del riconoscimento in capo alla Corte costituzionale di una funzione normativa; a ben vedere «la modificazione del significato espresso da un determinato testo e la stessa eventuale modificazione di quest'ultimo sono soltanto il risultato mediato e indiretto della dichiarata illegittimità costituzionale di altri significati normativi o di singole proposizioni linguistiche, concorrenti ad integrare la disposizione testuale»²³.

Tale orientamento viene disatteso da coloro che intravedono nell'art. 136 Cost. il fondamento esclusivamente per una riduzione «dell'azione normogena del testo»²⁴, non potendosi ricondurre ad una sentenza della Corte la fonte produttiva di norme che ad altro soggetto non possono essere imputate se non al legislatore.

È affermazione ricorrente che le ragioni pratiche contingenti che hanno dato vita alla stagione delle sentenze additive e sostitutive siano da rinvenirsi nelle lacune lasciate aperte dal legislatore a seguito delle sentenze totalmente ablativo della Corte costituzionale; si è detto che le caducazioni meramente parziali sono volte a far sopravvivere i testi legislativi ristrutturati in una formulazione sostanzialmente nuova e diversa rispetto a quella originaria nella preoccupazione che una diversa scelta determini un grave vuoto di tutela nell'ordinamento a fronte della frequente inerzia del Parlamento²⁵.

A tale aspetto, che peraltro lascia affiorare il diverso tema della sindacabilità delle omissioni legislative, si associa, inoltre, la considerazione

²³ CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di MARANINI; Firenze, 1966, 106.

²⁴ LAVAGNA, *Sulle «sentenze additive» della Corte costituzionale*, in *Giur.it.*, 1969, 149.

²⁵ Evidenza tale aspetto COLAPIETRO, *Le sentenze additive*, cit., 30.

per la quale quando la Corte ha iniziato a fare le prime applicazioni del principio di uguaglianza si è immediatamente riscontrato che la dichiarazione di incostituzionalità *ex art. 3 Cost.* non consiste quasi mai soltanto nel depennare dal testo della legge una o più proposizioni o formule esattamente individuate, ma comporta per lo più la necessità di riformulare il testo stesso, il che è realizzabile – se è realizzabile – soltanto adottando una sentenza di tipo additivo o sostitutivo²⁶.

Si è tentato di limitare la portata potenzialmente dirompente di tali affermazioni sottolineando come la Corte quando *innova* debba farlo estendendo norme già esistenti²⁷, essendosi altrimenti costretti a disattendere il postulato di partenza (che la Corte, cioè, possa con sentenza additiva ampliare il novero delle ipotesi soggette ad una determinata disciplina in virtù del principio di cui all'art. 3 Cost.) ritenendo che l'unica alternativa all'aggiunta della *norma che manca* sia quella di dichiarare l'incostituzionalità della *norma che c'è*, se ed in quanto essa si presenti come norma a fattispecie esclusiva²⁸.

L'esame del dibattito in merito alla stessa ammissibilità delle sentenze c.d. manipolative vede (ri)emergere sullo sfondo il tema centrale su cui ci si è già soffermati nella parte iniziale dell'indagine, ovvero se le sentenze della Corte siano o meno da considerarsi come fonti innovatrici dell'ordinamento.

Si è visto come la stessa attività ermeneutica debba essere spesso appellata come *creativa* rispetto alle norme giuridiche e come talvolta si vada ben oltre quel confine interpretativo operando interventi additivi o

²⁶ PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1986, 809.

²⁷ Così PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, 660.

²⁸ In questo senso ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale ed il legislatore*, in *AA.VV., Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1983, 116.

sostitutivi che non poche perplessità hanno sollevato. Di fronte ad una funzione, quella della Corte, che viene ad esplicarsi con modalità eterogenee c'è chi, escludendo in modo deciso che ci si possa legittimamente richiamare ad ipotesi «creative», afferma che «se di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è) dovrà almeno aggiungersi, dunque, che si tratta di una legislazione a *rime obbligate*»²⁹.

In questa prospettiva il termine legislazione viene a perdere lo stretto significato tecnico giuridico che assume quando lo si associa all'attività del Parlamento e si identifica, piuttosto, con la formula di «*funzione parallela di indirizzo legislativo della Corte*»³⁰.

Se, dunque, pur negandosi formalmente la qualifica di atti legislativi o atti-fonte³¹, si ammette che le sentenze della Corte costituzionale indirettamente possano innovare l'ordinamento, occorre verificare l'ammissibilità di sentenze normative in un settore, come quello penale, qualificato da una serie di principi, primo fra tutti quello della riserva di legge, che sembrano porsi da ostacolo al riconoscimento di una funzione *paralegislativa* in capo a soggetti diversi dal Parlamento.

²⁹ CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.VV., *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, 84.

³⁰ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 408. Sostanzialmente nello stesso senso si veda COLAPIETRO, *Le sentenze additive*, cit., 46, che, riprendendo la tesi di Modugno, parla di «funzione legislativa complementare della Corte costituzionale».

³¹ Valgano per tutti le osservazioni di PUGIOTTO, *Sentenze normative: legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività delle fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, 4210, il quale afferma che «il reiterato richiamo [nelle sentenze della Consulta]...alla discrezionalità legislativa garantita dalla riserva di legge o di atti di pari grado, conferma il radicato convincimento della Corte circa l'impossibilità di annoverare le proprie sentenze di accoglimento – anche se manipolative – tra le fonti del diritto gerarchicamente pari ordinate agli atti legislativi».

2.1. Le sentenze *manipolative*. I limiti alle pronunce additive *in malam partem*.

Si è sempre detto, tradizionalmente, che le sentenze *manipolative*, ed in particolare quelle *additive*, incontrino una preclusione nel principio di legalità dei reati e delle pene³².

La valenza di tale considerazione può essere particolarmente apprezzata quando le ordinanze di rimessione si pongano in termini di richiesta di una *nuova norma* senza indicare adeguati parametri di giudizio che rendano costituzionalmente necessitati tali interventi³³.

Ciò si verifica sia quando la questione sollevata davanti alla Corte presenti più soluzioni tutte astrattamente compatibili con la Costituzione (implicando la scelta dell'una rispetto ad un'altra un'operazione di stampo prettamente discrezionale), sia nelle ipotesi in cui sia lo stesso giudice *a quo* a suggerire gli elementi da aggiungere alla disposizione penale.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale ha evidenziato come sia stata la stessa Consulta a dichiarare «la inidoneità dello strumento additivo o manipolativo quando non sia prospettata dal giudice *a quo* una soluzione univoca e costituzionalmente obbligata, ma soltanto un'astratta possibilità di nuova produzione legislativa»³⁴.

In modo coerente a tale assunto con la sentenza n. 350 del 1985, avente ad oggetto una questione sollevata con riferimento all'art. 77 della legge 689/1981, la Corte ha rilevato che la diversità di interpretazioni non le

³² Sulla questione PEDRAZZI, *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1974, 444; ID, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1975, 646; BONOMI, *Sono davvero inammissibili le additive in malam parte in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giur. Cost.*, 2008, 891.

³³ COLAPIETRO, *Le sentenze additive*, cit., 90.

³⁴ C. cost. 8/1987. In dottrina cfr. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, 308.

consentono di operare «scelte costituzionalmente obbligate» e, preso atto che il «diritto vivente» esclude una soluzione sul piano interpretativo, conclude che non resta «altra alternativa che la declaratoria di inammissibilità».

Nella stessa prospettiva ci si è mossi quando è stato osservato che «alla Corte, com'è *jus receptum*, è consentito emettere una decisione additiva soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba esser frutto di una valutazione discrezionale, ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte proceda ad un'estensione logicamente necessitata, e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando invece si profili una pluralità di soluzioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta esclusivamente al legislatore³⁵.

Da qui la scelta (coerente) di dichiarare l'inammissibilità delle questioni ogni qual volta i giudici remittenti abbiano indirizzato il *petitum verso* sentenze additive *in malam partem*. Categoria, questa, alla quale la giurisprudenza riconduce ipotesi eterogenee³⁶: creazione di fattispecie incriminatrici (eventualmente interpretando estensivamente la norma esistente fino a ricomprendere casi non contemplati nella stessa)³⁷;

³⁵ C. cost. 109/1986.

³⁶ Cfr. D' AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei, Relazione introduttiva*, in *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, 1.

³⁷ Ad esempio, la sentenza n. 411 del 1995 si è occupata della questione sollevata con riferimento all'art. 727 c.p. che punisce l'uccisione di un animale da parte del proprietario solo se compiuta con crudeltà, strazio o sevizie. Nell'ordinanza di rimessione si lamentava una violazione dell'art. 3 Cost. e si chiedeva alla Corte di ampliare la fattispecie, ricomprendendovi anche l'uccisione non accompagnata da quelle modalità. In quell'occasione la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione, affermando che non rientra fra i suoi poteri «una pronuncia additiva, dalla quale consegua l'inserimento nell'impugnato art. 727 c.p. di una norma incriminatrice della condotta posta in essere da colui che provoca» (anche con modalità non efferate) «la morte di un animale di sua proprietà».

trasformazione di illecito amministrativo in illecito penale³⁸; aggravamento delle sanzioni³⁹; estensione delle misure accessorie⁴⁰ o delle misure di sicurezza⁴¹; integrazione di atti interruttivi o sospensivi della prescrizione⁴².

Le considerazioni espresse dalla giurisprudenza costituzionale sembrano porsi in linea con quella dottrina che ha parlato di «legislazione a rime obbligate»⁴³ e con quella che ha evidenziato l'inammissibilità di sentenze additive, le quali, integrando e manipolando la disposizione, sottraggono la fattispecie all'assai più ampia libertà di scelta tra soluzioni alternative che è propria del legislatore⁴⁴.

Sembra allora che i termini della questione si spostino sull'individuazione della *soluzione costituzionalmente imposta*; ma che questa sia rinvenibile anche nella materia penale non è così scontato. In particolare, a metterne in dubbio l'esistenza è lo stesso necessario carattere di frammentarietà

³⁸ È il caso, ad esempio, della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento ad un'ipotesi di depenalizzazione dei casi di inquinamento prodotto da insediamenti civili o da pubbliche fognature. La Corte con la sentenza n. 330 del 1996 disattende la richiesta del giudice *a quo* essendone precluso determinare la «ricriminalizzazione» di tali ipotesi a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina che aveva abrogato le precedenti fattispecie di reato.

³⁹ Il problema si è posto rispetto alla richiesta di rendere più gravi le pene principali previste dalla legge per il reato di sottoscrizione di più liste di candidati alle elezioni del Consiglio regionale. (C.cost. 132/1995).

⁴⁰ C. cost. ord. 260/1994 in tema di estensione della previsione della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione a casi non previsti dalla legislazione per la salvaguardia dall'inquinamento della laguna di Venezia.

⁴¹ C. cost. ord. 282/1995 con riferimento all'estensione della confisca ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'art. 445 comma 1 c.p.p. in tema di patteggiamento.

⁴² C. cost. 114/1994; 178/1997; 106/1998; 51/1999; 245/1999; 337/1999; 317/2000.

⁴³ CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.VV., *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, 84.

⁴⁴ BRANCA, *Norme penali di favore, dall'irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*, in *Giur. Cost.*, 1981, 918 L'Autore sottolinea, inoltre, sottolinea come non si possa negare che «a stretto rigore, ogni sentenza di accoglimento implica una modificazione del quadro normativo trasferendo determinati fatti o rapporti sotto l'impero di una norma diversa da quella dichiarata illegittima, effetto tipico della funzione legislativa...(*omissis*)...occorre ritenere che non ogni pronuncia indirettamente legislativa è preclusa alla Corte, ma *solo quelle comportanti, invece della semplice modificazione dell'ordinamento susseguente alla soppressione di una norma, l'indicazione vincolante del modo in cui il sistema va modificato*». (Il corsivo è nostro).

dell'ordinamento penale che vincola il legislatore: un intervento additivo estensivo dell'area di rilevanza penale presuppone l'esistenza di una lacuna nell'incriminazione, ma la lacuna acquista rilevanza non in quanto tale, ma come espressione della violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.⁴⁵

Quel vuoto nello spazio della punibilità (che la Corte costituzionale aspirerebbe a colmare) non è – nella gran parte dei casi - la traduzione di un errore tecnico del legislatore, ma la precisa e consapevole *scelta di politica criminale* in un settore intrinsecamente frammentario ove certe modalità di aggressione *meritano* la risposta sanzionatoria penale ed altre, invece, no⁴⁶.

L'individuazione di specifiche modalità di condotta consentono di «ritagliare, come un raggio *laser* che vi si proietti contro, dall'ampio bene giuridico di categoria, lo specifico oggetto giuridico tutelato dalla struttura base di repressione», sicché è evidente come un intervento della Corte sugli elementi che contribuiscono a segnare il fatto tipico determini un'alterazione dell'oggettività giuridica della fattispecie, con conseguente sovversione dell'equilibrio tra livello di offesa e sanzione⁴⁷.

Se così è, appare alquanto improbabile riuscire ad individuare quell'unica soluzione imposta dalla Costituzione in grado di rendere obbligato (e non «politicamente discrezionale») l'intervento del giudice costituzionale.

⁴⁵ In questo senso PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1993, 350.

⁴⁶ Sul punto appaiono significative le parole di PALAZZO, *Legge penale*, cit., 350: «una scelta legislativa, opportuna o no che essa possa essere, in ordine al confine della tutela penale e alle modalità di aggressioni rilevanti, effettuate necessariamente sulla base di una valutazione e ponderazione di interessi ben raramente è predeterminata verso l'unicità di una soluzione costituzionalmente imposta». Nello stesso senso anche DI GIOVINE, *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1996, 830: «le lacune di tutela, lungi dall'ingenerare il paventato *horror vacui*, altro non costituiscono se non ineliminabili e fisiologici spazi di libertà, nell'ambito dei quali sono ritagliate le aree del penalmente rilevante, in un sistema costituzionale in cui – peraltro – la libertà non può che rappresentare la regola e la punibilità l'eccezione».

⁴⁷ CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano* (dal dattiloscritto pp. 9-10).

Inoltre, si osservi che al di là delle difficoltà evidenziate nell'individuazione dei pochi casi in cui la Corte riconosce astrattamente l'ipotizzabilità di situazioni in cui il suo intervento paranormativo sarebbe vincolato nei contenuti, non sono mancate ipotesi in cui la Corte sembra aver tradito i limiti - che, per prima, aveva riconosciuto - al suo agire in materia penale.

Si fa riferimento ai casi nei quali, mascherando operazioni sostanzialmente "additive", si sono compiute vere e proprie riscritture della norma con conseguente estensione della fattispecie rispetto all'enunciato.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 440 del 1995, laddove la Consulta, esaminando la legittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice della bestemmia (art. 724 c.p.), pur affermando che una pronuncia *in malam partem* le era preclusa «dalla particolare riserva di legge in materia di reati e di pene», ha poi sostanzialmente manipolato il testo normativo⁴⁸.

La norma originariamente incriminava «chiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato»; la Corte costituzionale estromettendo dal testo le parole «o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato» ha da un lato escluso dall'area di rilevanza penale quelle condotte oltraggiose dirette verso Simboli o Persone della religione cattolica, dall'altro ampliato l'ambito applicativo della fattispecie fino a ricondurvi anche offese a Divinità di qualsiasi altra religione.

La dottrina non ha mancato di evidenziare come sebbene sia comprensibile l'esigenza della Corte di dare attuazione al dato di cui all'art. 8, laddove postula l'eguaglianza di tutte le religioni, nel caso in esame sia «finito con ampliare l'area del penalmente rilevante, palesemente infrangendo i limiti (da essa stessa delineati) in relazione alla mera

⁴⁸ Sulla questione si veda DI GIOVINE, *La bestemmia*, cit., 824.

discrezionalità delle scelte legislative: ed addirittura – nel caso in esame – la stessa riserva di legge in materia penale; violazione tanto più grave in quanto sottratta ad ogni controllo, e dunque rimedio»⁴⁹.

Un altro esempio di *manipolazione*, ma questa volta ad essere inciso è il trattamento sanzionatorio, riguarda la dichiarata incostituzionalità dell'art. 404 c.p. (vilipendio alla religione cattolica)⁵⁰ «nella parte in cui prevede la pena della reclusione da uno a tre anni, anziché la pena diminuita prevista dall'art. 406 del codice penale».

Sempre con riferimento ad ipotesi in cui la Corte è intervenuta sulla pena non si può non richiamare la storica sentenza n. 341 del 1994 in tema di oltraggio a pubblico ufficiale⁵¹.

In quell'occasione la Corte, dopo aver (formalmente) riconosciuto «come il principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale costituisce un dato costante della giurisprudenza costituzionale che deve essere riconfermato» ed aver affermato, quindi, che « non spetta infatti alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie», con un *colpo di coda* ha asserito che « alla Corte rimane il compito di verificare che l'uso della discrezionalità legislativa in materia rispetti il limite della ragionevolezza» e che , pertanto, ritenuto irragionevole il minimo edittale fissato dal legislatore all'art. 341 c.p. , «è possibile individuare la pena minima da applicare per il reato in questione

⁴⁹ DI GIOVINE, *La bestemmia*, cit., 827. Nello stesso senso anche la dottrina costituzionalistica, D' AMICO, *Ai confini*, cit., 13, la quale afferma che «la decisione effettua dunque un ritaglio formale, ma ottiene di fatto, una sostanziale espansione dell'area della punibilità della fattispecie».

⁵⁰ C.cost. 329/1997.

⁵¹ La sentenza è pubblicata con nota di CURI, *L'attività paralegislativa della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur.cost.*, 1995, 1091.

facendo riferimento al limite di quindici giorni fissato in via generale per la pena della reclusione dall'art. 23 c.p.»⁵².

A ben vedere in quest'ultimo caso l'intervento della Corte si traduce in un effetto *in bonam partem*; tale considerazione sposta la riflessione sull'ammissibilità del sindacato costituzionale dal piano della *tipologia* delle sentenze a quello degli *effetti* delle medesime.

Ci si deve chiedere, cioè, se ad incontrare i limiti sovraesposti siano le pronunce *additive* in quanto tali, ovvero se sia precluso solo un effetto *in malam partem*, rimanendo invece legittime decisioni manipolative formalmente riduttive, ma sostanzialmente modificative della fattispecie penale.

La giurisprudenza costituzionale con riferimento a quest'ultima ipotesi ha ritenuto rispettato il principio di legalità per il solo fatto che la decisione determinasse una riduzione dello spazio di punibilità⁵³, considerando, pertanto, che le sia impedito esclusivamente estendere l'incriminazione o aggravare la posizione del reo sotto il profilo sanzionatorio.

Sul punto vi è chi ha osservato come l'efficacia *sostanzialmente riduttiva* di tali interventi non garantisca, comunque, il rispetto del principio di stretta legalità, «almeno finchè, con la prevalente dottrina non si ritenga costituzionalizzato anche il corollario della tassatività, per il quale non basta che la punibilità trovi in qualche modo *fondamento* in una disposizione di

⁵² Si consideri, inoltre, che nella parte finale della pronuncia la Corte, tradendo, forse, una *excusatio non petita*, la Corte fa notare che il suo intervento non configura « alcuna opzione invasiva della discrezionalità del legislatore, il quale peraltro resta libero di stabilire, per il reato medesimo, un diverso trattamento sanzionatorio, purchè ragionevole nei sensi e secondo i principi illustrati nella presente pronuncia».

⁵³ Rientrano in questo filone giurisprudenziale le decisioni in materia di sciopero (31/1969;290/1974); di aborto (27/1975); di istigazione all'odio fra classi sociali (108/1974).

legge: alla legge la Costituzione riserva la determinazione dei singoli (di *tutti* i singoli) estremi della fattispecie penale»⁵⁴.

Si dovrebbe ritenere che qualsiasi scelta sull'*an*, sul *quid* e sul *quomodo* della punibilità, anche se favorevole al reo, rientri nella sfera riservata al legislatore essendo preclusa alla Corte l'adozione di qualsiasi decisione, seppur apparentemente *riduttiva*, che determini una modificazione della fattispecie penale⁵⁵.

Eppure, non sembra che il profilo degli *effetti in bonam* o *in malam partem* delle sentenze manipolative possa perdere la sua rilevanza, prediligendosi, invece, una soluzione unitaria (di inammissibilità) rispetto a tutte le ipotesi di intervento modificativo da parte della Corte costituzionale.

Se è vero infatti, come sembra riconoscersi già nella manualistica⁵⁶, che il secondo comma dell'art. 25 Cost. trova la sua ragione ultima non già in esigenze di certezza, ma nella garanzia per la libertà del cittadino, non può disconoscersi che una pronuncia della Corte che determini, come effetto della *manipolazione*, l'esclusione di determinate ipotesi dall'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice non si pone, in realtà, in contrasto con la *ratio* sottesa al principio di legalità.

Anche a voler richiamare il corollario della tassatività⁵⁷ si fa notare come questo trovi il proprio *alter ego* nel divieto per il giudice di applicare

⁵⁴ PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1975, 651. L'Autore sottolinea che tale orientamento, ispirato all'esigenza della tassatività, non vale per tutte le sentenze manipolative, ma solo per la materia penale in ragione della riserva posta dall'art. 25, comma 2, Cost.

⁵⁵ D' AMICO, *Ai confini*, cit., 13. *Contra* M.ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol 1, Milano, 2004, 26-27, il quale ritiene che alla Corte dovrebbero rimanere precluse quelle sentenze di accoglimento che determinino un peggioramento della situazione giuridica del soggetto, mentre sarebbero consentite quelle fra esse, riduttive o additive che siano, che restringono l'area di incriminazione o comunque delimitano la punibilità.

⁵⁶ Cfr., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 109.

⁵⁷ Per una definizione di tassatività valgono per tutti le parole di BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 223 e 234: «tassatività della fattispecie

analogicamente la legge penale (art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale) interpretato, secondo l'orientamento maggioritario, in senso relativo, come riferito alle sole leggi *in malam partem*⁵⁸.

Per le norme di favore, invece, purché non si riconosca loro il carattere di eccezionalità nei sensi di cui all'art. 14 disp. prel., non sembra che si riscontri alcun limite che precluda un'applicazione analogica delle stesse, essendo, queste, norme espressive di quella *regola* che è la *libertà*; solo quando si intenda introdurre un'*eccezione* a tale regole la Costituzione richiede l'adozione di quel procedimento legislativo ex art. 70 e ss. Cost. che sembra offrire maggiori garanzie per il cittadino.

Se così è non si vede perché ciò che è consentito al giudice comune, ovvero di incidere nell'ordinamento ampliando spazi di libertà, debba essere negato alla Corte costituzionale.

significa determinazione del fatto punibile tale che, sebbene traducesi in un'astratta figura, sia idonea a stabilirne i caratteri generali, di guisa che il cittadino tenuto dall'osservanza del precetto e l'interprete possano agevolmente ricavarne la condotta vietata; che, inoltre, tale espressa previsione deve essere compiuta ad opera della legge; ne consegue l'assoluto monopolio di quest'ultima nella determinazione dell'illecito punibile». Sulle implicazioni del principio cfr. anche MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, Napoli, 2001.

⁵⁸ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 109; GALLO, *La legge penale*, Torino, 1999, 32 ss; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, 159.

2.2. La sentenza di illegittimità costituzionale della legge meramente abrogatrice.

Una delle ipotesi paradigmatiche in cui la Corte costituzionale ha riconosciuto l'esistenza di limiti al suo sindacato, determinando l'inammissibilità della questione sollevata, è rappresentata dal caso in cui il sospetto di incostituzionalità ricada su una norma meramente abrogatrice di una fattispecie di reato⁵⁹.

In questi termini si è posta, ad esempio, la questione della legittimità costituzionale relativa alla disciplina dell'aborto introdotta con la legge n. 194 del 1978, con la quale si è esclusa la rilevanza penale dell'interruzione della gravidanza praticata nei primi tre mesi dal concepimento nel rispetto delle modalità indicate dalla legge⁶⁰.

La Corte, in quell'occasione, si pronunciò con una dichiarazione di inammissibilità fondata in gran parte sull'art. 25, comma 2, Cost., in quanto l'accoglimento della questione avrebbe comportato la reviviscenza della norma incriminatrice che puniva incondizionatamente l'interruzione volontaria della gravidanza, abrogata dal legislatore del 1978.

L'esame del tema, oggetto ora di attenzione, fa emergere due problematiche particolarmente rilevanti nello studio del controllo di costituzionalità in materia penale: la prima attinente all'eventuale esistenza di obblighi costituzionali di incriminazione; la seconda relativa all'eventuale reviviscenza dalla norma incriminatrice espressamente abrogata dalla norma dichiarata costituzionalmente illegittima.

⁵⁹ Sul tema v. MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 196; PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1993, 484; PARODI GIUSINO, *Effetti della dichiarazione di illegittimità*, cit., 915; FRANCO, *Considerazioni sulla dichiarazione di incostituzionalità di norme espressamente abrogatrici*, in *Giur. Cost.*, 1974, 3436.

⁶⁰ C. cost. 108/1981; BRANCA, *Norme penali di favore, dall'irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*, in *Giur. Cost.*, 1981, 913.

Il primo aspetto fa sì che venga in evidenza la possibilità dell'individuazione di casi in cui la Corte effettui un sindacato con esiti *in malam partem*; il secondo pone problemi connessi tanto al profilo della rilevanza della questione, quanto a quello dell'applicazione dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo.

Esaminiamo distintamente le due tematiche.

Quanto alla prima, la dottrina prevalente tende a negare l'esistenza di obblighi costituzionali *espressi*, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 13, comma 4, Cost. (il quale statuisce che « è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà»)⁶¹; conseguentemente se venisse abolita la norma del codice penale che, in attuazione del precetto costituzionale, incrimina l'abuso di autorità contro arrestati e detenuti (art. 608 c.p.) la Corte potrebbe dichiarare l'illegittimità della norma abrogatrice, facendo rivivere la norme precedentemente in vigore.

Tale intervento non apparirebbe in contrasto con il secondo comma dell'art. 25 Cost., in quanto la scelta punitiva non verrebbe effettuata a seguito dell'esercizio di una illegittima attività discrezionale da parte della Consulta, ma si sarebbe semplicemente attuato un obbligo espresso di incriminazione con il quale la Costituzione ha esautorato l'opzione di incriminazione tradizionalmente riservata al legislatore ordinario.

Proprio in relazione al tema degli obblighi di incriminazione appare opportuno svolgere talune osservazioni a margine che si ritengono utili anche nella prospettiva di segnare il confine tra questa questione e quella dell'ammissibilità di un controllo sulle norme penali favorevoli.

Gli obblighi di penalizzazione evocano una logica di supplenza della giurisdizione rispetto al Parlamento, determinando uno *snaturamento* degli

⁶¹ Nella manualistica v. MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 196.

stessi contenuti del controllo di costituzionalità, che si vede trasformato in un controllo «in positivo» nella scelta del contenuto della norma. Nel momento in cui la Corte «anziché giudicare la conformità della scelta del legislatore alla Costituzione, indicasse autonomamente l'opzione da compiere, per ciò stesso, eliderebbe quell'opera di individuazione della soluzione migliore - tra le diverse costituzionalmente possibili - che non solo compete al legislatore, ma che è essa stessa fonte di garanzia»⁶².

Il riconoscimento di un obbligo di incriminazione nel senso sopra enunciato svilirebbe la dialettica parlamentare come momento di garanzia del cittadino e si giustificerebbe solo ammettendo l'esistenza - per ora non dimostrata - di un interesse costituzionale prevalente sul principio, anch'esso costituzionale, che riserva al legislatore la scelta di incriminazione.

Deve, inoltre, osservarsi come le questioni sugli obblighi costituzionali di tutela penale vanno tenute distinte da quelle relative alla censurabilità delle norme penali di favore; diversi, infatti, sono i riflessi giuridici e politico-istituzionali che involgono.

La teorica sull'obbligo costituzionale di penalizzazione si fonda sul presupposto che la sentenza della Corte risponda in termini penali a «bisogni di tutela non altrimenti soddisfacibili», mentre ammettere un controllo costituzionale su norme *in bonam partem* significa, in caso di accoglimento, ridare piena efficacia alla scelta di incriminazione già compiuta dal legislatore⁶³.

Veniamo ora ad esaminare il secondo aspetto rilevante: la reviviscenza delle disposizioni legislative abrogate dalla legge dichiarata incostituzionale.

⁶² STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, 640. Manifesta delle perplessità nell'utilizzo dello strumento penale per l'attuazione di «compiti costituzionali di tutela» PULITANÒ, *Obblighi costituzionali*, cit., 509.

⁶³ PULITANÒ, *Obblighi costituzionali*, cit., 507.

Sul punto la Corte costituzionale, già con la sentenza n. 107 del 1974, aveva esplicitamente affermato che, per effetto della sua decisione «ridiventano operanti le norme abrogate dalle disposizioni dichiarate illegittime»⁶⁴.

Il dibattito costituzionalistico⁶⁵ vede confrontarsi la tesi di coloro che, conformemente alla giurisprudenza, ritengono che possano *rivivere* le norme precedentemente abrogate, con l'orientamento sostenuto da quanti opinano nel senso che la pronuncia di accoglimento produca sempre un vuoto normativo da riempire con i comuni strumenti interpretativi.

A noi pare in realtà come l'unico effetto possibile della dichiarazione di incostituzionalità di una legge il cui esclusivo contenuto si identifichi con l'abrogazione di altra legge fino ad allora in vigore non possa consistere che nella eliminazione della sola conseguenza giuridica che la legge ha avuto – l'abrogazione della legge precedente – cioè nel ripristino dell'efficacia di quest'ultima.

⁶⁴Con la sentenza n. 107 del 1974 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi – per contrasto con art 44 Cost. - l'art. 32 della l. 11 febbraio 1971 n. 11 e l'ultimo comma dell'art. 5 ter della l. 4 agosto 1971 n. 592. Trattasi di due disposizioni espressamente ed esclusivamente abrogatrici: la prima limitandosi a disporre l'abrogazione dell'art. unico della l. 13 giugno 1961 (il quale prevedeva che la proroga dei contratti agrari non era ammessa quando il concedente intendesse compiere nel fondo radicali e immediate trasformazioni agrarie, la cui esecuzione fosse incompatibile con la continuazione del contratto ed il cui piano fosse stato dichiarato attuabile e utile ai fini della produzione agraria dell'Ispettorato compartimentale dell'agricoltura) e la seconda, norma di interpretazione autentica della prima, comprendendo nell'effetto abrogativo anche la disposizione di cui all'art. 1 d.l.C.p.S 1 aprile 194 n. 273 (e cioè la disposizione originaria dell'esclusione della proroga).

Già con la sentenza n. 43 del 1960 la Corte ammise, seppur incidentalmente, che la dichiarazione di illegittimità comportava «il ripristino della situazione normativa preesistente», ma tale affermazione non va letta come conferma della tesi della reviviscenza, trattandosi, in quel caso, della mera *riespansione* delle vigenti disposizioni generali cui la legge incostituzionale pretendeva derogare.

⁶⁵ Per una disamina delle diverse posizioni e delle argomentazioni avanzate si veda FRANCO, *Considerazioni sulla dichiarazione di incostituzionalità di norme espressamente abrogatrici*, in *Giur. Cost.*, 1974, 3436.

A ragionare diversamente dovrebbe ammettersi che la sentenza di accoglimento sarebbe *inutiliter data*⁶⁶ e si porrebbero, probabilmente, anche problemi in ordine alla stessa rilevanza della questione in quanto, qualsiasi sia il modo in cui voglia intendersi il giudizio di rilevanza, il giudice *a quo* non avrebbe motivo di chiedere l'eliminazione della legge illegittima dal momento che questa – se non potessero rivivere le norme abrogate – continuerebbe ad essere applicata.

In realtà il vero nodo interpretativo si incentra sull'individuazione di quali *fatti* tornano ad essere governati dalla norma precedentemente abrogata e poi ridivenuta efficace, e se vi siano, invece, dei fatti che continuano ad essere regolati dalla legge dichiarata incostituzionale.

La questione, che involge problemi di successione di leggi penali nel tempo, può essere affrontata con riferimento a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza, già richiamata, n. 108 del 1981.

I giudici della Consulta in quel caso evidenziarono la necessità di tenere ben distinti due gruppi di situazioni: i fatti commessi sotto il vigore del codice Rocco (in particolare sotto il vigore dell'art. 546 concernente il delitto di aborto di donna consenziente) e i fatti commessi sotto il vigore della legge n. 194; nella prima categoria rientrano i «fatti pregressi», nella seconda quelli commessi sotto la nuova legge⁶⁷.

⁶⁶ In senso contrario MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova 1972, 676 ss., il quale osserva che la sentenza non sarebbe mai *inutiliter data* perché l'effetto abrogativo (pur essendo l'abrogazione formulata nella disposizione) scaturirebbe pur sempre, ed in modo irreversibile, dal venire in essere dell'atto, mentre la disposizione in quanto persistente oltre e indipendentemente dall'atto, potrebbe continuare a sortire effetti di natura diversa sui quali eventualmente ricadrebbe la pronuncia d'incostituzionalità.

⁶⁷ Cfr. VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 377.

Per i fatti commessi durante la vigenza della legge n. 194 la Corte ha dichiarato la inammissibilità della questione per difetto di «rilevanza». Qualora, infatti, fossero stati dichiarati incostituzionali gli artt. 4, 5 ed 8 concernenti l'interruzione di gravidanza nei primi novanta giorni e di riflesso la decriminalizzazione della stessa interruzione (art. 19, 1° e 2° comma) il risultato sarebbe stato l'assoggettamento a pena di fatti prima non punibili in base ai presupposti di cui all'art. 4.

La Corte costituzionale, nel motivare l'irrilevanza, ha incidentalmente affermato che «l'art. 25 2° comma Cost. preclude ogni decisione dalla quale discendono effetti sfavorevoli per il giudicabile».

Apparentemente più complesso sembra il ragionamento riferito ai fatti commessi sotto il vigore del codice penale e prima che venisse emanata la legge n. 194; per queste ipotesi, infatti, l'applicazione del vecchio 546 c.p. non violerebbe il principio della non ultrattività della legge penale incriminatrice.

Per quanto riguarda i «fatti pregressi» la Corte ha sorvolato sulla tesi, avanzata nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Pesaro, che vedeva profilarsi un vuoto legislativo a seguito di un'eventuale pronuncia di accoglimento, ed ha, invece, compiutamente esaminato la richiesta della Corte di Appello di Firenze, la quale sosteneva che la reviviscenza della vecchia disciplina non avrebbe urtato né con il principio di legalità in generale, né con il sistema delle successioni delle leggi penali nel tempo.

È bene evidenziare, tuttavia, come in questo caso la Corte costituzionale, differentemente da quanto aveva fatto con la sentenza n. 107 del 1974, invece di prendere posizione sul controverso tema della reviviscenza, rileva un aspetto di inammissibilità della questione. Anche qualora venisse dichiarato incostituzionale l'art. 4 (interruzione infratrimestrale) la legge n.

194 contiene altre disposizioni penali che sopravvivono e specificatamente quelle relative all'interruzione ultratrimestrale (delle quali in nessuna ordinanza si era sospettata l'illegittimità). Queste sarebbero le uniche norme in astratto applicabili dopo un'eventuale pronuncia di accoglimento e, tuttavia, ricondurvi anche le ipotesi di interruzione infratrimestrale significherebbe determinare un «nuovo assetto della normativa esulante dalla giurisdizione costituzionale»⁶⁸. In altri termini «la Corte non può creare nuove fattispecie penali; ed è allora il principio di legalità consacrato nell'art. 25 Cost a precludere l'esame di un caso che non potrebbe mai condurre ad un risultato punitivo diverso da quello realizzabile con la norma contestata»⁶⁹.

Come si avrà modo di verificare successivamente la distinzione tra fatti pregressi e fatti posti in essere nella vigenza della norma poi dichiarata incostituzionale acquista un rilievo significativo non solo allorché ci si occupi della legittimità costituzionale di una norma meramente abrogatrice, ma anche quando si tratta del sindacato sulle norme penali di favore, con l'unica differenza che in quest'ultima ipotesi, come ha sottolineato la stessa Corte nella sentenza n. 394 del 2006, si assiste ad un fenomeno di *riespansione* della norma generale, diverso da quello delle *reviviscenza* della norma abrogata.

In particolare (ma sull'aspetto si tornerà) si è sottolineato come «i fatti commessi prima e dopo l'entrata in vigore della norma penale favorevole

⁶⁸ Così VASSALLI, *Abolitio criminis*, cit. 405.

⁶⁹ *Ibidem*. Nella stessa prospettiva si muove l'ordinanza n. 45 del 1982 dove si legge che « le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 22, 3° comma, nonché dell'art. 4 della legge, ivi richiamato, sono state in altro giudizio dichiarate inammissibili, in quanto l'esame di esse è precluso dal principio di legalità consacrato all'art. 25, 2° comma, Cost., comportando un'eventuale pronuncia di fondatezza l'estensione al fatto pregresso infratrimestrale del distinto ed autonomo regime previsto per la interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni di gestazione e così l'insorgenza di una regola incriminatrice nuova, la cui produzione è riservata al legislatore».

sono identici nella loro materialità, ma non sul piano della “rimproverabilità”»⁷⁰, con la conseguenza che la norma penale favorevole dichiarata incostituzionale non potrà trovare applicazione per i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa.

⁷⁰ C. cost. 394 del 2006.

2.2.1. Gli obblighi di tutela costituzionali e comunitari.

Nell'ambito della questione relativa alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma espressamente abrogatrice di una norma incriminatrice occorre esaminare la peculiare ipotesi in cui la norma di favore abroghi una norma che risulti essere la trasposizione di un obbligo comunitario.

Si è detto che la Corte tradizionalmente ha negato la possibilità di dichiarare illegittima per motivi *sostanziali* una norma meramente abrogatrice e che la dottrina, a nostro avviso correttamente, ha da sempre negato l'esistenza di espressi obblighi costituzionali di penalizzazione (ad eccezione del precetto di cui all'art. 13, comma 4°).

Si tratta, ora, di verificare se, invece, la Corte possa sindacare la legittimità di norme meramente abrogatrici sul presupposto che si debba dare attuazione ad *obblighi comunitari di incriminazione*. È noto che l'ordinamento comunitario, valorizzando il principio di affidamento, ha trovato una sua evoluzione nel senso di introdurre non solo un obbligo di « *tutela adeguata* » (lasciando gli Stati membri liberi nell'individuazione del tipo di sanzione che risultasse in concreto effettiva, proporzionata e dissuasiva), ma anche, seppur indirettamente, veri e propri *obblighi di incriminazione*⁷¹.

Già con la riforma del diritto penale societario erano state poste alla Corte di Giustizia delle questioni relative alla eventuale inadeguatezza della nuova disciplina in relazione ad esigenze di tutela imposte dal diritto comunitario. In quell'occasione, la Corte ha avuto modo di ribadire che gli Stati Membri, pur conservando la scelta delle sanzioni, « devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e

⁷¹ La questione è esaminata, tra gli altri, da CUPELLI, *Commento all'art. 1 c.p.*, in LATTANZI – LUPO (a cura di) *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina.*, vol. 1, Milano, 2010, 71 e ss.

procedurale, in forme analoghe a quelle previste per la violazione del diritto interno, simili per natura ed importanza ». Tuttavia, nel caso in esame, si era ritenuto che la direttiva comunitaria in materia societaria (di cui si asseriva la violazione) non fosse invocabile nei confronti di imputati in procedimenti penali, « poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità degli imputati »⁷².

Successivamente, in materia di ambiente, la Corte di Giustizia si è spinta oltre.

Con la decisione quadro 2005/667, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato, su iniziativa della Commissione, lo strumento con cui l'Unione europea intendeva procedere al avvicinamento delle normative degli Stati membri in materia penale, prevedendo all'art. 2 una serie di comportamenti particolarmente gravi a danno dell'ambiente, che gli Stati Membri *devono sanzionare penalmente*.

La Corte di Giustizia (Grande Sezione, 13 settembre 2005, causa C 176/03), con riferimento a tale decisione, ha affermato che « in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità».

Quest'ultima constatazione «non può tuttavia impedire al Legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso

⁷² C. Giust. UE., 3 maggio 2005, n. 387 pubblicata in *Cass.pen.*, 2005, 2764.

ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente».

La Corte, inoltre, sottolineando che gli articoli 174 CE-176 CE costituiscono, in via di principio, la cornice normativa entro la quale deve attuarsi la politica comunitaria in materia ambientale, censura la scelta della fonte normativa (decisione quadro), ritenendo la competenza normativa riconducibile al primo pilastro.

Con la direttiva 2008/99 gli Stati membri sono stati obbligati a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente, individuando nello specifico all'art. 3 i fatti che *costituiscono reato*.

Significative novità al sistema comunitario sembrano essere state introdotte con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

Risultano poi di primaria importanza le norme del capo I, dedicato alle disposizioni generali (artt. 67-76 TFUE), e quelle racchiuse nel capo IV, dedicato alla cooperazione giudiziaria in materia penale (artt. 82-86 TFUE), affermando che, con le nuove norme in materia criminale, l'Unione europea aspira a rivendicare *definitivamente il giudizio di necessità di pena, ma certamente non ad esercitare la potestà punitiva*.

In particolare si segnala l'art. 83, par. 1, TFUE, il quale sancisce, infatti, che l'Unione è in questo caso legittimata con direttive a « stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale»⁷³.

⁷³ Secondo taluni il riferimento alla « particolare gravità » sembra presupporre un intervento su settori che devono avere già registrato a livello nazionale una reazione di tipo penale, SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, (a cura di) P. BILANCIA-M. D'AMICO, Giuffrè, 2009, 144 ss.

Ebbene non vi è chi non veda come si possa segnare un progressivo sviluppo del diritto comunitario, anche giurisprudenziale, in considerazione del fatto che si è passati dall'obbligo per gli Stati nazionali di introdurre a protezione di determinati interessi comunitari sanzioni *effettive, proporzionali e dissuasive* (ma non necessariamente «penali») alla legittimazione dell' Unione europea nel determinare *norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni*.

Se dunque, alla luce dei nuovi riferimenti normativi e degli orientamenti manifestati dalla Corte di giustizia, sembrano essere più fondate le argomentazioni di quanti ritengono ormai emergenti, seppur indirettamente, obblighi comunitari di incriminazione, è bene rilevare come la Corte costituzionale avesse aperto (ancor prima del Trattato di Lisbona) la strada del riconoscimento con la sentenza n. 31 del 2000.

Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato inammissibile la richiesta di un *referendum* abrogativo dell'intero d.lgs 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) poiché «l'eventuale abrogazione renderebbe inadempiente l'Italia agli obblighi derivanti dalla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e quindi del Trattato di Amsterdam».

Sebbene nella sentenza si richiamino altri precedenti giurisprudenziali si ritiene che la Corte con la pronuncia n. 31 del 2000 abbia sviluppato delle argomentazioni che vanno *oltre* l'impossibilità di svolgere il *referendum* sulle disposizioni normative strettamente collegate all'esecuzione dei Trattati internazionali⁷⁴.

⁷⁴ Così SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 2002, 204. L'Autore ricorda come nella precedente giurisprudenza costituzionale il presupposto per la preclusione referendaria alle leggi in attuazione degli obblighi internazionali e

Si riconosce, infatti, che in ossequio al primato del diritto comunitario, le norme penali nazionali attuative degli obblighi comunitari devono qualificarsi per una particolare «resistenza», in quanto «espressione di un preciso indirizzo normativo rigidamente vincolante, al quale il nostro legislatore non potrebbe sottrarsi»⁷⁵.

Alla luce del nuovo indirizzo giurisprudenziale taluni hanno parlato di «leggi comunitariamente necessarie»⁷⁶, ritenendo che la violazione del diritto comunitario sia integrata non solo quando venga adottata una legge in contrasto con i precetti comunitari, ma anche quando l'inadempimento sia sopravvenuto a seguito della creazione di un vuoto di tutela in uno spazio che, invece, *doveva* essere presidiato dalla sanzione penale.

Ora, se questo è il nuovo quadro che è venuto a delinearsi, occorre interrogarsi sulla possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma penale che si presenti come «comunitariamente necessaria», oppure di una norma meramente abrogatrice di una fattispecie incriminatrice emanata in attuazione di un obbligo comunitario di penalizzazione.

Nel caso in cui il vizio di incostituzionalità della norma penale o della norma abrogatrice sia da imputare alla discrezionalità del legislatore nazionale la Corte, verosimilmente, «adotterà una sentenza interpretativa di accoglimento, o, più probabilmente di rigetto: in questo modo infatti riuscirà ad estrarre i profili di incostituzionalità senza lasciare l'ordinamento sprovvisto di una disposizione comunitariamente necessaria»⁷⁷.

comunitari «risiedeva nella *titolarità esclusiva* in capo al Parlamento, organo sovrano e *permanente*, della responsabilità nei confronti della comunità internazionale».

⁷⁵ C. cost. 31/2000.

⁷⁶ L'espressione è di CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari: verso l'inammissibilità dei referendum su "normative comunitariamente necessarie"*, in *Riv.it. dir. pubbl. com.*, 2000, 187.

⁷⁷ SOTIS, *Obblighi comunitari*, cit., 220.; si precisa, tuttavia, che qualora il vizio di incostituzionalità investisse un principio fondamentale dei diritti della persona a risultare prevalente sarebbe la norma costituzionale e dunque verrebbe annullata la norma interna.

3. La questione del sindacato sulle norme penali di favore.

Dopo aver delineato sul piano generale i profili maggiormente complessi del sindacato costituzionale in materia penale, è giunto il momento di inquadrare lo specifico tema oggetto del presente studio: il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali di favore.

Tradizionalmente la dottrina costituzionalistica con l'espressione «norme penali di favore» ha inteso riferirsi ad una categoria eterogenea comprendente: cause di giustificazione⁷⁸; cause di non punibilità⁷⁹; cause di estinzione della pena⁸⁰; norme che comportano l'esclusione o il trattamento più favorevole di un soggetto o di una situazione dall'area della norma incriminatrice⁸¹; cause di estinzione del reato⁸².

Il profilo caratterizzante tutte queste diverse tipologie di norme attiene al piano degli effetti giuridici: l'esclusione o l'attenuazione della responsabilità penale *a favore* dell'agente.

Il principale problema sollevato dalle ordinanze di rimessione con le quali si è richiesta la caducazione dell'una o dell'altra norma penale favorevole riguarda le *conseguenze* prodotte da un'eventuale sentenza di accoglimento: una volta che la norma *in bonam partem* viene espunta dall'ordinamento il fatto di reato prima lecito, o scusato, o non punibile, torna ad essere sottoposto a pena per effetto di una decisione della Corte che ha (ri)ampliato i confini della rilevanza penale⁸³.

⁷⁸ C. cost. 123/1972.

⁷⁹ C. cost. 148/1983.

⁸⁰ C. cost. 62/1969.

⁸¹ C. cost. 91/1979.

⁸² C. cost. 155/1973.

⁸³ Nella manualistica il tema viene affrontato da MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., 200; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 101.

Ciò determina che il sindacato della Corte entri in *tensione* (se non addirittura in *conflitto*) con almeno due dei principi su cui si fonda l'ordinamento penale: la riserva di legge e l'irretroattività della norma penale sfavorevole.

Prima di esaminare il percorso seguito dalla giurisprudenza costituzionale, è opportuno delimitare il campo di indagine ed effettuare alcune doverose puntualizzazioni.

Fino alla storica sentenza n. 108 del 1981 in materia di aborto vi era, nella giurisprudenza costituzionale, una sovrapposizione tra due questioni che invece vanno tenute ben distinte: quella relativa al controllo di costituzionalità di norme penali di favore e quella inerente l'ammissibilità di pronunce additive *in malam partem*.

La *confusione*, probabilmente, era ingenerata dal comune esito delle diverse vicende: in entrambi i casi la questione veniva ritenuta inammissibile per *difetto di rilevanza*.

A ben vedere, tuttavia, poche erano le decisioni su norme penali di favore in senso stretto, cioè su discipline più favorevoli che, se eliminate, comportano la *riespansione* della norma generale; più numerose erano, invece, le pronunce nelle quali l'irrilevanza era addotta come limite a richieste di ampliamento della fattispecie ad ipotesi non contemplate.

Come si vedrà meglio successivamente, prima che la Corte costituzionale, con la storica sentenza n. 148 del 1983, giungesse ad ammettere il proprio sindacato su norme penali di favore, nella giurisprudenza costituzionale si rinvenivano due diversi orientamenti.

Da un lato sentenze con le quali si dichiarava la inammissibilità della questione per difetto di rilevanza⁸⁴; dall'altro pronunce che entravano nel merito della questione sul presupposto che i problemi che possono sorgere in ordine alla retroattività delle decisioni di accoglimento attengono al piano dell'interpretazione della legge, di cui si deve occupare il giudice rimettente⁸⁵.

⁸⁴ C.cost. 62/1969; 26/1975;85/1976; 71/1983.

⁸⁵ C. cost., 155/1973; 22/1975.

3.1. Il tradizionale orientamento della Consulta: l'inammissibilità processuale.

La dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate del tema per anni si sono confrontate per rinvenire una soluzione che consentisse il sindacato di costituzionalità su norme penali di favore e che fosse coerente con i principi che governano il giudizio incidentale sulle leggi, ed in particolare quello sulla *necessaria* rilevanza della questione, e con quanto previsto nel diritto penale ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. e dell'art. 2. c.p.

Tradizionalmente la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato il tema del sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore affrontando il profilo meramente processuale della "rilevanza della questione".

In una prima fase la Corte dichiarava questioni di questo tipo inammissibili per difetto di *rilevanza*: l'eventuale pronuncia di accoglimento non avrebbe potuto produrre effetti nel giudizio *a quo*, stante l'impossibilità di applicare la disciplina più sfavorevole, *tornata alla vita* dopo la decisione della Corte, al caso concreto; ostacolo insormontabile era, infatti, rappresentato dal principio di irretroattività ex art. 25, comma 2, Cost. ed ex art. 2, comma 1, c.p.

Se, infatti, per rilevanza si intende «il nesso di pregiudizialità necessario fra soluzione della questione di costituzionalità e definizione del giudizio *a quo* – e, quindi, per aversi rilevanza occorre che la decisione della Corte costituzionale influenzi la decisione del giudice *a quo* - »⁸⁶ una questione di legittimità costituzionale su norme penali di favore sarebbe sempre non rilevante, in quanto sia la Costituzione che il codice penale vietano la retroattività di qualsiasi modificazione sfavorevole (situazione che verrebbe a

⁸⁶ D' AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali)*, cit., 15.

determinarsi qualora il giudice a quo nel suo giudizio non potesse fare applicazione della norma di favore – incostituzionale – ma fosse costretto ad applicare, con effetti *in malam partem*, la norma generale che si è *riespansa*).

Già a partire dalla sentenza n. 85 del 1976 è stato affermato che “*l’irrelevanza necessaria*” della questione relativa alle norme penali di favore discende dal disposto di cui all’art. 25, secondo comma della Costituzione e all’art. 2 c.p.: l’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma di favore sarebbe sempre influente nel giudizio *a quo*, dovendo il giudice remittente comunque applicare la norma illegittima, stante il divieto di retroattività della norma più sfavorevole.

Questo primo orientamento evidenzia come la Corte acceda ad una nozione di «*inammissibilità processuale*» della questione; nozione, questa, che trova i suoi referenti normativi nell’art. 23 della legge n. 87 del 1953 (l’autorità giurisdizionale può sollevare la questione solo «qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale») e nel secondo comma dell’art. 25 Cost., laddove il principio di legalità si declina nel corollario della irretroattività.

Ben diverso significato assume, invece, il concetto di «*inammissibilità sostanziale*» che rinviene il suo fondamento nell’art. 28 della legge n. 87 del 1953 («Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge *esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento*») e all’art. 25,

secondo comma, questa volta inteso come fondamento del principio di riserva di legge⁸⁷.

Questa diversa accezione di inammissibilità sembra emergere già nella citata sentenza n. 108 del 1981.

La Corte con tale pronuncia pare abbandonare la tradizionale linea argomentativa, pervenendo comunque ad una dichiarazione di inammissibilità, ma in forza del diverso rilievo che l'eventuale pronuncia di accoglimento si risolverebbe nella produzione di una norma nuova da parte della Corte, anziché del legislatore, in violazione del principio di stretta legalità⁸⁸.

È stato osservato che «l'affermazione che le questioni del tipo in esame non sono inammissibili perché in linea di principio irrilevanti, ma perché in linea di principio la produzione normativa di effetti sfavorevoli al reo compete al solo legislatore, *costituisce un mutamento di prospettiva suscettibile di influenzare in vario modo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale*»⁸⁹.

Accanto quindi ai limiti di carattere processuale che delimitano il giudizio incidentale di costituzionalità (presupposti e condizioni dell'azione) viene ad essere riconosciuto un limite di carattere sostanziale concernente il riparto di attribuzioni tra poteri costituzionali.

Si sottolinea come non si tratti in questo caso di un generico richiamo al rispetto della «discrezionalità del legislatore»⁹⁰, ma si individui un preciso ed effettivo limite al sindacato di costituzionalità corrispondente alla sfera in cui

⁸⁷ Evidenzia la dicotomia tra «inammissibilità processuale» e «inammissibilità sostanziale» INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003.

⁸⁸ Tale schema argomentativo trova un precedente isolato solo nella sentenza n. 42 del 1977 in materia di responsabilità degli autori di radio e telegiornali.

⁸⁹ BRANCA, *Norme penali di favore*, cit., 916. (corsi nostri)

⁹⁰ Così, ad esempio, in C. cost. 5 del 1977.

domina la libertà di scelta del legislatore finalizzata alla garanzia della libertà personale dei cittadini.

Pare che la Corte ragioni in termini di «difetto di giurisdizione» ritenendo che vi sia un intero settore che rimanga sottratto al suo controllo in modo molto più deciso di quanto si potesse desumere allorquando ad essere richiamata era la categoria processuale della rilevanza⁹¹.

Inoltre, se come pare indiscutibile, in base al disposto dell'art. 2 c.p., il processo *a quo* dovrà essere definito applicando una norma dichiarata incostituzionale, non vi è dubbio che trovino un *ridimensionamento* sia la c.d. retroattività della sentenza di accoglimento, sia lo stesso concetto di illegittimità della legge.

⁹¹ Manifesta delle perplessità sull'*iter* argomentativo della Corte BRANCA, *Norme penali di favore*, cit., 919: « trasferire il discorso dal campo dei modi di intervento a quello dei contenuti, consentiti o vietati, significa, in contrasto con la premessa, riconoscere alla Corte il potere di effettuare autonome scelte in alcuni settori e non in altri, mentre dovrebbe essere oramai chiaro che le scelte della Corte hanno rilievo ed effetto politico ma in senso del tutto particolare.

3.2. L'ammissibilità di un controllo costituzionale sulle norme penali di favore: la sentenza n. 148 del 1983 e la *rilevanza* della questione.

Si è visto come il tradizionale orientamento della Corte sia stato quello di ritenere *irrilevanti* le questioni di legittimità inerenti a norme penali di favore, in quanto la disposizione impugnata, pur se dichiarata incostituzionale, avrebbe dovuto continuare ad applicarsi al giudizio *a quo* in forza del dettato di cui al secondo comma dell'art. 25 Cost. e al primo comma dell'art. 2 c.p.

Tale indirizzo poggia su una precisa nozione di «rilevanza» che deve essere ben intesa al fine di comprendere, poi, quale sia stata la diversa accezione cui la Corte ha fatto riferimento allorché con la sentenza n. 148 del 1983 ha *virato* nella direzione dell'ammissibilità.

È evidente che se si muove da un concetto di rilevanza intesa come «*pregiudizialità - influenza*» (ex art. 23 l. n. 87 del 1953 e l. cost. n. 1 del 1948) è logico sostenere «l'irrilevanza» della questione sulle norme penali di favore, ovvero «l'ininfluenza» che verrebbe ad avere la decisione di accoglimento della Corte; tuttavia, è altrettanto palese come l'adesione ad una simile impostazione si risolve nella sottrazione di interi settori dell'ordinamento al controllo di legalità costituzionale.

Per ovviare a tale *difetto di controlli* si è cercato di delineare un diverso concetto di rilevanza che consentisse la piena sottoponibilità al vaglio della Corte delle norme penali di favore⁹².

Possono individuarsi tre schemi argomentativi sulla base dei quali motivare la tanto *agognata* rilevanza – e quindi ammissibilità- della questione.

⁹² Per una ricostruzione delle diverse posizioni emerse con riferimento alla nozione di *rilevanza* si veda D'ALESSIO, *Sulla sindacabilità delle norme penali «di favore»*, in *Giur. Cost.*, 1979, 679.

Sotto un primo profilo potrebbe ben dirsi che la questione di costituzionalità della norma penale di favore sia comunque rilevante, ove per rilevanza si intenda l'influenza della decisione della Corte più che sull'*esito* del giudizio sul *modo* di deciderlo; spetterà poi al giudice comune, alla stregua dei principi disciplinanti l'efficacia della legge penale nel tempo, stabilire in concreto quale legge applicare nel suo giudizio⁹³.

Da altro punto di vista si è preferito indirizzare il requisito della rilevanza non già verso la *questione* sollevata, ma verso la *legge* applicabile, che viene ad essere individuata nella norma penale di favore eventualmente *salvata* dalla Corte, oppure, per effetto di quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 25 Cost., nella legge penale di favore invalidata con la dichiarazione di illegittimità costituzionale⁹⁴.

Infine, ancora, si è richiamato lo schema logico della rilevanza – pregiudizialità asserendo che la questione di legittimità costituzionale resti pur sempre pregiudiziale «se non rispetto alla determinazione dell'esito del processo *a quo*, rispetto all'*iter* logico e al fondamento normativo della decisione, poiché il giudice applicherà la norma dichiarata incostituzionale non in quanto norma legittimamente qualificante il fatto su cui verte il giudizio, ma solo in forza del rilievo che nel caso assume (in base all'art. 25) l'apparenza del diritto separata dalla sua formale vigenza all'epoca della commissione del fatto»⁹⁵.

⁹³ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 225 ss.

⁹⁴ MODUGNO, *Sulla pretesa incostituzionalità del requisito della «rilevanza» per le quaestiones legitimitatis*, in *Giur. Cost.*, 1971, 1220.

⁹⁵ ONIDA, *Note su un dibattito in tema di rilevanza delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, 1004.

La Corte costituzionale, con la storica sentenza n. 148 del 1983⁹⁶, adotta una soluzione teorica idonea a ricondurre nella sfera di sindacabilità un intero settore di norme⁹⁷ (quelle «di favore»), sulla base di una triplice argomentazione.

In primo luogo, l'eventuale sentenza di incostituzionalità di una norma penale di favore avrebbe comunque *effetti concreti*, in quanto pur non potendo modificare l'esito del giudizio muterebbe in ogni caso la *base normativa* della decisione. L'assoluzione sarà pronunciata non per la forza *scriminante* della norma penale di favore, ma per la sua ultrattività *ex art. 2 c.p. e art. 25 Cost.*, secondo comma, anche dopo la sua eliminazione, o meglio per la irretroattività della disciplina più sfavorevole che la sostituisce.

In secondo luogo si osserva che le norme penali di favore fanno parte del sistema e lo stabilire in quale modo questo possa reagire al loro annullamento è un problema che i singoli giudici devono affrontare caso per caso.

Infine, la questione dovrebbe, comunque, superare il vaglio di ammissibilità in considerazione del fatto che la Corte costituzionale potrebbe anche optare per una dichiarazione interpretativa, in cui sarebbero sempre i giudici a valutare l'applicabilità e gli effetti della decisione costituzionale nei giudizi pendenti (sembra, addirittura, che la Corte adombri anche la possibilità di un'interpretativa di rigetto *in malam partem*).

Pare evidente, alla luce di quanto esposto, l'adesione alle posizioni dottrinali che sostengono come la pregiudizialità determini la rilevanza della

⁹⁶ Con tale sentenza si è dichiarata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 l. 3 gennaio 1981 n. 1 che stabilisce la non punibilità dei Componenti del Consiglio superiore della Magistratura per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni.

⁹⁷ La sentenza è pubblicata in *Foro.it.*, 1983, 1801 con note di GIRONI, *Le guarentigie del consiglio superiore della magistratura*, *ivi*, 1801 e PULITANÒ, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, *ivi*, 1806.

questione ogni volta che la sua decisione, pur non potendo incidere sull'esito del *giudizio a quo*, sia destinato a riflettersi sullo «schema argomentativo» della sentenza influenzandone il «fondamento normativo».

Le ragioni sottese a questo *revirement* sono espressamente individuate nella preoccupazione di non «istituire zone franche»⁹⁸ non previste in Costituzione e all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile.

L'*iter* motivazionale della Corte evidenzia come il principio di irretroattività⁹⁹ risulti, così, spostato da criterio processuale di (ir)rilevanza delle questioni *in malam partem* a criterio sostanziale che concorre a definire la soluzione pratica che sia maggiormente favorevole per l'imputato del *giudizio a quo*; l'efficacia della sentenza costituzionale di accoglimento trova un «limite invalicabile»¹⁰⁰ nel principio di irretroattività delle norme incriminatrici, dovendosi osservare che il disposto di cui all'art. 136 Cost. è condizionato dal principio che la stessa Carta fondamentale sancisce all'art. 25, trattandosi, infatti, di «uno di quei principi fondamentali dell'ordinamento che non possono essere disattesi in nessun caso»¹⁰¹.

In questo senso, si è affermato che «denegando al principio di irretroattività la funzione impropria di filtro processuale, e restituendogli quella dovuta, di fondamentale principio concernente comunque il merito (*ratio decidendi*) del *giudizio a quo*, la Corte costituzionale ricerca la conciliazione di obiettivi potenzialmente confliggenti»¹⁰²; tali obiettivi sono identificati espressamente dalla stessa sentenza n. 148 nella «garanzia che i

⁹⁸ C. cost. 148/1983.

⁹⁹ Si tratta di «un fondamentale principio di civiltà giuridica, elevato a livello costituzionale dal secondo comma dell'art. 25 Cost» (C. cost. 148/1983).

¹⁰⁰ PULITANÒ, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, cit., 1807.

¹⁰¹ M. GALLO, *La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1956, 723.

¹⁰² PULITANÒ, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, cit., 1807.

principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alla dichiarazione di illegittimità delle norme penali di favore», e nella maggiore *tenuta del sistema* assicurata dall'esistenza di un sindacato di legittimità (che l'utilizzazione processuale del principio di irretroattività finirebbe per precludere) anche su tali norme.

4. L'illegittimità costituzionale di norme penali di favore: le prime pronunce *in malam partem*.

Superato lo *scoglio* della inammissibilità delle questioni si è aperta la strada al giudizio sulla fondatezza della questione e, tuttavia, le *potenzialità* del *nuovo* sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore sono rimaste a lungo silenti avendo la Corte dal 1983 atteso il 2006 per affermare l'illegittimità costituzionale di norme qualificate espressamente come «di favore».

Se, dunque, per la dottrina prevalente è la sentenza n. 394 del 2006 che segna, in modo *rivoluzionario*, il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale, deve evidenziarsi come, secondo taluni, ancor prima - seppur in assenza di una compiuta connotazione dei profili che, come si vedrà, caratterizzano oggi la nozione di «norma di favore» (rispetto alla categoria «norma favorevole») – siano state adottate alcune pronunce con effetti *in malam partem* in questo settore di norme¹⁰³.

In particolare, si richiamano le pronunce che hanno visto dichiarare l'illegittimità di norme regionali che autorizzavano il compimento di fatti sanzionati penalmente dalla legge dello Stato. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 124 del 1990, relativa alle disposizioni della legge n. 17/1969 del Friuli Venezia Giulia che autorizzavano l'uccellazione praticata con appostamenti fissi, in violazione del divieto assoluto di uccellazione previsto dalla Convenzione di Berna del 1979, ratificata in Italia con la legge n. 503 del 1981; oppure, ancora, alle sentenze n. 370 del 1989 e n. 43 del 1990, con le quali sono state dichiarate incostituzionali le disposizioni regionali che esoneravano dall'obbligo di autorizzazione (regionale) determinate ipotesi di

¹⁰³ Evidenza tale circostanza C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 343.

ammasso temporaneo di rifiuti tossici e nocivi, in contrasto con quanto stabilito dalla legge statale, in attuazione di direttive comunitarie.

Lo stesso si dica per quanto è avvenuto con la sentenza n. 194 del 1993 in ragione della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3, della legge della Regione Veneto 28 del 1990, perché irragionevolmente prevedeva, per lo stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi, la possibilità di autorizzazione tacita (attraverso l'istituto del silenzio – assenso) al posto di quella espressa, da ritenersi invece indispensabile « attesa la natura degli interessi protetti e le finalità da raggiungere, cioè la tutela della salute dell'ambiente, che sono beni costituzionalmente protetti (artt. 9 e 32 Cost.) e stante l'obbligo dell'osservanza di direttive comunitarie». Con riguardo allo stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi va ricordata anche la sentenza n. 309 del 1990, con la quale l'art 15 della legge Piemonte 18/1986 è stato dichiarato illegittimo in quanto prevedeva la sanzione amministrativa, anziché quella penale contemplata dalla legge statale.

Infine, si segnala un'altra pronuncia (la n. 51 del 1985) con effetti *in malam partem* avente ad oggetto non una vera e propria norma penale di favore nel senso indicato dalla stessa Corte in motivazione, ma comunque una norma penale di contenuto favorevole rispetto a quanto previsto nella *disciplina comune*. Ci si riferisce alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'allora 5° comma dell'art. 2 c.p. nella parte in cui rendeva applicabili retroattivamente, ai sensi del 2° e del 3° comma dello stesso articolo, le disposizioni più favorevoli eventualmente contenute in un decreto-legge decaduto o non convertito *in parte qua*, in contrasto con la perdita di efficacia *ex tunc* del decreto prevista dall'art. 77 Cost.

È opportuno evidenziare che nella sentenza in esame è contenuta una esemplificazione dei modi attraverso i quali può essere configurata una

norma di favore: «previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di un causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite». È evidente che l'ipotesi di cui al 5° comma dell'art. 2 c.p., pur non rientrando in questo *catalogo*, sia stata accomunata ai diversi *cas*i ora citati in ragione del fatto che, comunque, la norma in esame comportava una *deroga* ad una disciplina generale o comune.

Preme sottolineare come sia proprio il profilo *derogatorio* quello che la Corte ha posto in rilievo nelle successive pronunce e che ha trovato una compiuta teorizzazione nella sentenza n. 394 del 2006, laddove il carattere di *specialità* e quello di *sincronicità* rispetto alla una disciplina generale o comune segnano le note peculiari ed esclusive delle norme penali «*di favore*», che vanno distinte – come si avrà modo di vedere – dalle norme penali «*favorevoli*».

CAPITOLO II

«Norme penali di favore» e «norme penali favorevoli»: la Corte costituzionale (auto)legittima la produzione di effetti *in malam partem*.

SOMMARIO: 1. Le norme penali di favore: una categoria proteiforme. Gli effetti sul giudizio di costituzionalità. – 2. Le false comunicazioni sociali come «norme penali di favore»: no al sindacato di costituzionalità. – 3. La sentenza n. 394 del 2006: i falsi elettorali come prima ipotesi di «norma penale di favore irragionevole». – 3.1. La norma penale di favore come norma speciale e sincronica. – 3.2. La «reazione automatica dell'ordinamento»: la sottile linea tra reviviscenza e riespansione della norma. – 3.3. Norme «che sottraggono» e norme «che delimitano»: una (reale?) distinzione. – 4. L'incidenza della sentenza di illegittimità costituzionale nel giudizio *a quo*. Il fondamento del principio di retroattività della norma più favorevole. – 5. Gli (ammissibili) effetti *in malam partem* del sindacato di costituzionalità sulle norme penali *ad personam*. – 6. Il ritorno all'inammissibilità delle questioni dopo la sentenza n. 394 del 2006. – 7. I possibili sviluppi del nuovo sindacato di costituzionalità. Le ipotesi «sospette».

1. Le norme penali di favore: una categoria proteiforme. Gli effetti sul giudizio di costituzionalità.

Le *norme penali di favore* costituiscono una categoria proteiforme all'interno della quale, come si è già avuto modo di rilevare, la dottrina penalistica e quella costituzionalistica hanno tradizionalmente ricondotto: cause di giustificazione, cause di non punibilità, cause di estinzione della pena, norme che comportano l'esclusione o il trattamento più favorevole di un soggetto o di una situazione dall'area della norma incriminatrice, cause di estinzione del reato.

Con tale formula si è voluto designare «una classe tanto ampia, quanto eterogenea, caratterizzata soltanto dall'effetto giuridico - “a favore” dell'agente – di escludere o attenuare la responsabilità penale¹⁰⁴.

¹⁰⁴ MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 88.

È bene sottolineare come, tuttavia, la Corte costituzionale nel tempo abbia voluto individuare con precisione i caratteri peculiari afferenti alla predetta categoria, *creando* due classi di norme ben distinte - quelle «di favore» e quelle «favorevoli» - le cui differenze sono, a dire della Corte, talmente rilevanti da comportare l'assoggettamento al sindacato di costituzionalità solo delle prime.

In particolare, la Corte, con la sentenza n. 394 del 2006 (richiamando gli approdi ermeneutici cui era già giunta con le pronunce n. 148 del 1983 e n. 161 del 2004), riconduce all'espressione «norme penali di favore» l'insieme di norme che *sottraggono una determinata classe di soggetti o di condotte all'ambito applicativo di un'altra norma comune o comunque più generale*; sono, invece, da annoverarsi tra le «norme penali favorevoli» quelle 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»¹⁰⁵.

La nozione di norma penale di favore proposta dalla Corte verrà approfondita successivamente nell'ambito dell'esame della pronuncia n. 394 del 2006 e delle implicazioni che da questa discendono per quanto concerne il riconoscimento di limiti al sindacato di costituzionalità; per il momento preme sottolineare come «il *principium individuationis* della norma di favore risieda nella sua portata derogatoria rispetto al disposto di un'altra norma penale vigente»¹⁰⁶.

¹⁰⁵ C. cost. 394 /2006. (corsivi nostri). Sulla distinzione tra norme di favore e normativa favorevole cfr. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass.pen.*, 2007, 468; GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di legittimità costituzionale del falso in bilancio*, in *Dir.pen.proc.*, 2004, 1497.

¹⁰⁶ , in ZILLETTI – OLIVA (a cura di) *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità delle scelte politico criminali?*, Pisa, 2007, 16.

Se così è, occorre interrogarsi su quali siano i *modi* in cui questa *deroga* possa in concreto essere realizzata.

La Corte sembra manifestare un'indifferenza rispetto all'istituto o al mezzo tecnico tramite il quale si consegue tale trattamento *di favore* (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite), e tuttavia pare opportuno precisare che tale *equiparazione* probabilmente non coglie nel segno se si ha riguardo ai contenuti del sindacato di costituzionalità.

Per dimostrare ciò esaminiamo *a confronto* le cause di giustificazione e le cause di non punibilità nella prospettiva dei limiti al controllo della Corte costituzionale.

È stato detto che la pretesa costituzionale si affievolisce tanto più «la incidenza della figura di non punibilità si allontana dall'antigiuridicità»¹⁰⁷ e, pertanto, si sostiene che la discrezionalità del legislatore si muova entro *confini elastici* allorquando si decida di assumere un determinato fatto come causa di giustificazione oppure come causa di non punibilità.

Esaminiamo in primo luogo come viene ad atteggiarsi l'intervento della Corte nell'ambito del settore delle cause di giustificazione.

La determinazione dei contenuti del sindacato non può che muovere dall'ovvia considerazione che la presenza di scriminanti incide *anche* sull'illiceità penale del fatto, facendo in modo che il controllo di costituzionalità non possa essere qualitativamente diverso da quello espletato sulla norma incriminatrice¹⁰⁸.

¹⁰⁷ BRICOLA, *Il 2° e 3° comma dell'art. 25*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1981, 276.

¹⁰⁸ In questo senso STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, 654, il quale precisa che l'affermazione è valida indipendentemente dalla collocazione dommatica

Ciò vuol dire che il controllo di costituzionalità effettuato dalla Corte deve avere ad oggetto l'*idoneità* – rispetto al quadro dei valori costituzionali – dell'interesse espresso dalla scriminante ad elidere il disvalore manifestato dal fatto incriminato; si tratta, in sostanza, di operare un bilanciamento tra valori costituzionali secondo una prospettiva non dissimile da quella per cui si vaglia la pertinenza – in termini di offesa – della fattispecie incriminatrice rispetto alla tutela di interessi costituzionali¹⁰⁹.

In particolare, la Corte dovrà compiere questa verifica con riguardo esclusivo al sistema dei beni descritto dalla Carta fondamentale, «se pure visti non formalisticamente ma anzi intesi come il prodotto più evoluto della coscienza sociale»¹¹⁰.

L'ammissibilità di dichiarazioni di illegittimità costituzionali che abbiano ad oggetto fattispecie scriminate non presuppone l'adesione ad un orientamento positivo sull'esistenza di obblighi di incriminazione, in quanto l'accoglimento dell'eccezione di incostituzionalità si risolve nella «penalizzazione di comportamenti prima penalmente leciti»¹¹¹, con ciò essendo garantito pertanto il rispetto di quella valutazione - in termini di disvalore penale- che il legislatore ha compiuto al momento dell'incriminazione. Non si sarebbe, quindi, in presenza di una *nuova* scelta di incriminazione *imposta* al legislatore, ma del *riemergere* di una illiceità ingiustificatamente limitata *ab origine* e mai venuta meno

Se questi sono gli spazi (ed i relativi confini) entro i quali può operare la Corte quando prende in esame la legittimità di fatti che operano in funzione scriminante, diverso è il discorso che deve farsi per il sindacato di

delle cause di giustificazione all'interno di una concezione bipartita o tripartita della struttura del reato.

¹⁰⁹ BRICOLA, *Il 2° e 3° comma dell'art. 25*, cit., 276.

¹¹⁰ STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 657.

¹¹¹ *Ibidem*.

costituzionalità sulle cause di non punibilità; il panorama delle diverse posizioni manifestate sul punto ci sembra possa essere sintetizzato nell'espressione di due diversi indirizzi.

Da un lato si tende a delimitare l'ambito di intervento della Corte negli stretti ambiti deducibili dal principio di ragionevolezza, affermando che le censure possano essere accolte nei soli casi in cui la previsione di un'ipotesi di non punibilità provochi «un evidente e non meglio precisato scompensamento nell'armonia complessiva dell'ordinamento»¹¹². Rimane, dunque, estraneo al giudizio di legittimità qualsiasi apprezzamento sui *valori* fondanti la causa di impunità ed il suo effetto rispetto agli interessi tutelati dalla fattispecie incriminatrice.

In altri termini, il sindacato si arresta allorché si entra nell'area della scelta di politica criminale effettuata dal legislatore, a meno che non si riscontrino che le differenze introdotte siano «arbitrarie», ovvero lesive di divieti costituzionali –espliciti o impliciti – di differenziazioni normative¹¹³.

A muoversi in questa prospettiva la Corte rimane *ancorata* unicamente al principio di uguaglianza - da cui il criterio della ragionevolezza – da leggersi come argine all'espansione di un controllo *nel merito* di scelte che devono rimanere sottratte – se non sono *arbitrarie* – ad interventi ablativi. Tale indirizzo, peraltro, sembra coerente con quello che nega l'esistenza di obblighi costituzionali di penalizzazione, essendone necessario corollario l'assunto per il quale si esclude che «la non punizione di dati comportamenti (quali siano gli istituti in cui si concretizza) abbia essa bisogno di fondarsi su principi costituzionali materiali»¹¹⁴.

¹¹² STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 649.

¹¹³ PULITANÒ, *Obblighi costituzionali*, cit., 528 e ss.

¹¹⁴ PULITANÒ, *Obblighi costituzionali*, cit., 528. Manifesta delle perplessità sulla ricomprensione del sindacato sulla non punibilità all'interno degli obblighi costituzionali di penalizzazione STORTONI,

L'orientamento appena esaminato è stato criticato da parte di chi ha ritenuto che il sindacato di costituzionalità venga così ristretto in spazi troppo angusti, venendo così a perdere gran parte del suo significato¹¹⁵. Si prospetta, allora, di allargare le maglie del giudizio fino a ricomprendervi il controllo sulla valutazione che esprimono le cause di non punibilità.

Ma è d'obbligo una precisazione. Il permanere della illiceità del fatto non punito fa venire meno quella necessità di una comparazione tra valori costituzionali che si imponeva, invece, con riferimento alle cause di giustificazione; e tuttavia viene comunque affermato il bisogno che le cause di non punibilità trovino «fondamento in una esigenza costituzionalmente meritevole di apprezzamento e di tutela»¹¹⁶.

Sembra, dunque, che per un reato che offenda un determinato bene possa non essere applicata la relativa sanzione qualora intervenga una causa di non punibilità che fondi la propria *ratio* nella tutela di un bene diverso non suscettibile di essere comparato con quello protetto dalla fattispecie incriminatrice¹¹⁷.

Pur escludendosi che la Corte possa operare una *comparazione tra beni* il sindacato che quest'ultima è chiamata ad esercitare non è del tutto *libero*

Profili costituzionali della non punibilità, cit., 651 : «basti rammentare come il sindacato sulle cause di non punibilità nessuna omogeneità, per così dire contenutistica, abbia con le eccezioni fondate sull'obbligo di penalizzazione: l'unica possibile equiparazione non è sul piano della sostanza del fenomeno ma, se mai, sugli aspetti processuali stante la loro accomunabilità nell'ambito delle eccezioni *in malam partem*. Il rapporto, lato *sensu* regola-eccezione, che descrive l'interrelazione tra fattispecie penale e causa di non punibilità, si è visto, induce ad ascrivere le eccezioni di legittimità delle cause d'impunità nel novero di un controllo «garantista» sul diritto penale, al di là ed indipendentemente dai possibili o meno effetti processuali immediati».

¹¹⁵ STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 650.

¹¹⁶ STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 658. Nello stesso senso, ancor prima, BRICOLA, *Il 2° e 3° comma dell'art. 25*, cit., 276 e ss.

¹¹⁷ Ritiene che così non possa essere quando il reato leda il bene della vita, non potendo la tutela penale rinunciare al profilo sanzionatorio, STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 659; «è questo l'unico caso in cui, senza margine di opinabilità, il bene leso è di maggior rilievo rispetto allo stesso bene sacrificato dalla sanzione penale (la libertà personale) di talché l'efficacia di prevenzione generale della norma penale è prossima al punto di rottura».

rispetto a *cosa* deve essere controllato in una causa di non punibilità; rimane fermo, infatti, il vaglio sul requisito della idoneità del dato assunto come elemento di non punibilità alla tutela bene cui la previsione della causa è diretta.

In questa prospettiva è facile osservare come, ad esempio, la previsione di cui all'art. 649 c.p. sia *idonea* a tutelare quell'interesse *familiare* alla cui protezione è finalizzata la causa di non punibilità e pertanto, si presenti, almeno sotto questo profilo, esente da censure.

Fin qui si è cercato di evidenziare come la premessa costantemente ribadita dalla Corte costituzionale – ovvero che vi sia un'indifferenza rispetto all'istituto o al mezzo tecnico tramite il quale si consegue tale trattamento *di favore* – non sia del tutto condivisibile, almeno rispetto al delinearsi dei caratteri del sindacato sulle cause di giustificazione e sulle cause di non punibilità.

Ma vi è di più. È già emerso quale sia il ruolo determinante che riveste il principio di uguaglianza – esplicito nel controllo di *ragionevolezza* – nell'ambito del giudizio sulle cause di non punibilità: all'interno della singola causa esso vale a verificare la coincidenza tra previsione normativa e sua *ratio*, in modo tale possa essere prospettata una censura sia nei casi in cui sia escluso dall'area della norma di favore un fatto omogeneo a quelli previsti, sia, laddove, al contrario, vi venga ricompreso un fatto disomogeneo¹¹⁸.

Il punto consiste, allora, nel verificare se e quali siano le conseguenze che la esatta determinazione della sfera di efficacia di una causa di non punibilità possa riverberare sul controllo di costituzionalità.

¹¹⁸ Tale profilo è ben messo in evidenza da STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 671 e ss.

Si pensi ad una causa di non punibilità che non contempli un caso che in base al criterio della ragionevolezza avrebbe dovuto essere previsto; ciò può avvenire o attraverso l'espressa esclusione di questa ipotesi, oppure non facendola rientrare nella previsione legale, pur senza citarla esplicitamente (lo stesso discorso può farsi allorquando una causa di non punibilità *irragionevolmente* ricomprenda un'ipotesi che andava esclusa).

Nel caso di espressa menzione dell'ipotesi che si ritenga, rispettivamente, esclusa o inclusa in violazione del principio di ragionevolezza, l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale espungerà dalla norma l'ipotesi *erroneamente* esclusa o inclusa. Qualora, invece, il vizio non sia stato espressamente esplicitato, maggiori sono i problemi che si pongono rispetto al modo in cui vada eliminata l'illegittimità.

Tutte le possibili opzioni che si vengono ora a prospettare non risultano del tutto appaganti¹¹⁹. Infatti, se si decidesse di dichiarare l'illegittimità dell'intera causa di non punibilità verrebbe ad essere caducata anche la previsione legislativa legittima e, in più, si verrebbe a riconoscere che la diversità di effetti tra i due ordini di ipotesi – quello in cui l'esclusione o l'inclusione siano espresse e quello in cui ciò avvenga implicitamente – possa dipendere esclusivamente dalla tecnica normativa prescelta dal legislatore.

D'altronde, anche a volere disattendere tale indirizzo, si dovrebbe concludere nel senso dell'adozione di una dichiarazione di illegittimità della norma *in parte qua*; ma valgano qui tutte le perplessità già ricordate in ordine alla pacifica ammissibilità di sentenze *manipolative*.

¹¹⁹ Per un esame dei possibili *rimedi* si veda STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 673 e ss.

2. Le false comunicazioni sociali come «norme penali favorevoli»: no al sindacato di costituzionalità.

Un'analisi puntuale degli approdi ermeneutici raggiunti sul tema delle «norme penali di favore» non può che ricomprendere un doveroso approfondimento di quella *tappa fondamentale* che è costituita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 2004¹²⁰, avente ad oggetto le nuove disposizioni sulle false comunicazioni sociali.

Come è noto la modifica della normativa nazionale in materia di falso in bilancio – introdotta con il d.lgs. 61 del 2002, in attuazione della l. n. 366 del 2001 – ha introdotto una disciplina più favorevole ed in parziale contrasto con il diritto comunitario¹²¹, suscitando non poche critiche nella letteratura e molteplici censure di illegittimità costituzionale.

È bene precisare che tratteremo solo di quest'ultimo profilo, cercando di evidenziare i passaggi argomentativi della sentenza che appaiono essere maggiormente significativi rispetto al tema che ci occupa.

In primo luogo è opportuno sottolineare come alcuni giudici (Tribunali di Forlì, Melfi, Milano) hanno sollevato innanzi alla Corte costituzionale una serie di questioni di legittimità, asserendo un contrasto della normativa impugnata con quella europea e, conseguentemente, la violazione degli artt. 11 e 117 Cost.; altri (Tribunale di Milano e Corte d'Appello di Lecce), invece, hanno proposto numerose questioni pregiudiziali di interpretazione avanti alla Corte di Giustizia, al fine di vedere acclarato il contrasto tra le disposizioni nazionali e la normativa europea, sulla base del rilievo che la

¹²⁰ La sentenza è pubblicata in *Diritto penale e processo*, n. 12 del 2004, 1497, con nota di GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di legittimità costituzionale del falso in bilancio*, *ivi*, 1504.

¹²¹ Si fa riferimento alla prima, quarta e settima direttiva in materia di diritto societario, rispettivamente: direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, direttiva 83/349/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1983.

novella legislativa non ottemperasse ai criteri di effettività, proporzionalità e dissuasività previsti nelle direttive¹²².

Tra le diverse questioni sottoposte alla Corte costituzione pare maggiormente rilevante quella sottoposta dal tribunale di Milano con riferimento ai limiti di “significatività” penale della falsa od omessa informazione: limiti correlati tanto al requisito dell’alterazione sensibile della rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene; quanto alla fissazione di specifiche «soglie quantitative» di rilevanza del fatto.

Il Tribunale rimettente muove dalla premessa che i quesiti di costituzionalità sollevati — tendenti alla rimozione dei predetti limiti — debbano considerarsi ammissibili alla luce della giurisprudenza della Corte, secondo cui è possibile sottoporre a sindacato di costituzionalità, anche *in malam partem*, le «norme penali di favore», ossia le norme che abbiano l’effetto di escludere o attenuare la responsabilità penale in favore dell’agente; e ciò perché l’invalidazione di tali disposizioni non determina la configurazione di nuove fattispecie penali, ma si limita a ricondurre alle norme penali comuni casi che la disposizione impugnata, in ipotesi, abbia loro arbitrariamente sottratto. Tale sarebbe, appunto, l’effetto della caducazione delle limitazioni censurate, la quale — senza creare alcuna nuova norma penale — varrebbe soltanto a riportare le falsità rimaste al di sotto delle soglie di rilevanza nell’ambito della «norma generale» di cui allo stesso art. 2621 cod. civ.: incidendo quindi, in tale ottica, sulla formula di proscioglimento che il *giudice a quo* dovrebbe adottare nel caso di specie.

¹²² Il Tribunale di Palermo ha sottoposto alla Corte costituzionale il contrasto tra la disciplina interna e quella comunitaria sostanzialmente riproponendo il medesimo oggetto delle impugnazioni svolte dal Tribunale di Milano e la Corte d’Appello di Lecce innanzi alla Corte di Giustizia.

La Corte costituzionale osserva come le censure mosse dal tribunale di Milano in ordine alle soglie di punibilità si orientino nel senso di «ottenere una pronuncia che — tramite la rimozione delle soglie stesse — estenda l’ambito di applicazione della norma incriminatrice di cui all’art. 2621 cod. civ. a fatti che attualmente non vi sono compresi»¹²³.

Tale pronuncia, dice la Corte, le sarebbe preclusa dal disposto di cui al secondo comma dell’art. 25 Cost., il quale «esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l’effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore».

Né varrebbe il richiamo — effettuato dal Tribunale di Milano — a quell’orientamento della giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto ammissibile un sindacato, anche *in malam partem*, sulle norme penali di favore, in quanto queste ultime devono essere identificate, in senso restrittivo, solo con quelle che « *stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall’applicazione di norme generali o comuni* »¹²⁴.

Dalla categoria delle norme penali di favore, così delimitata, devono rimanere esclusi « *gli elementi di selezione dei fatti meritevoli di pena* che il legislatore ritenga di introdurre in sede di descrizione della fattispecie

¹²³ C. cost. 161/2004.

¹²⁴ C. cost. 161 /2004(corsivi nostri). La Corte precisa che tale orientamento è fondato sul «rilievo che l’eventuale ablazione della norma di favore si limita a riportare la fattispecie già oggetto di ingiustificato trattamento derogatorio alla norma generale, dettata dallo stesso legislatore (fermo restando, altresì, il divieto di applicazione retroattiva del regime penale più severo ai fatti commessi sotto il vigore della norma di favore rimossa)».

astratta, nell'esercizio di *scelte discrezionali "primarie" di politica criminale*»¹²⁵.

Ebbene, una volta effettuate tali precisazioni in merito all'esatta individuazione della categoria, la Corte nega che le soglie di punibilità possano rientrare nell'area delle norme penali di favore in quanto «si tratta comunque di un elemento che *"delimita"* l'area di intervento della sanzione prevista dalla norma incriminatrice, e non già *"sottrae"* determinati fatti all'ambito di applicazione di altra norma, più generale: un elemento, dunque, che esprime una valutazione legislativa in termini di *"meritevolezza"* ovvero di *"bisogno" di pena*, idonea a caratterizzare una precisa *scelta politico-criminale*».

I passaggi motivazionali appena citati evidenziano come i giudici costituzionali ritengano che sia loro preclusa la soppressione delle soglie di punibilità in quanto tale (inammissibile) operazione non si tradurrebbe nella riconduzione delle falsità rimaste al di sotto dei limiti percentuali nell'ambito della «norma generale» di cui allo stesso art 2621 c.c., bensì in una *invasione del campo* riservato al legislatore dall'art. 25, secondo comma, Cost.; in altri termini, l'intervento ablativo verrebbe a concretizzarsi in una «diversa strategia di incriminazione»¹²⁶ volta ad ampliare l'area di rilevanza penale del fatto.

Ciò premesso, almeno due sono le considerazioni che devono essere svolte.

In primo luogo la sentenza 161 del 2004 pone le basi per quel *discrimen* tra «norme penali di favore» e «norme penali favorevoli» che troverà compiuta formalizzazione terminologica nella sentenza n. 394 del 2006.

¹²⁵ C. cost. 161/2004 (corsivi nostri).

¹²⁶ C. cost. 161/2004.

Le prime «sottraggono» soggetti o ipotesi dall'applicazione di una norma generale o comune e se ciò avviene in violazione del criterio di ragionevolezza sono censurabili da parte della Corte costituzionale; le seconde «delimitano» l'area di intervento della sanzione e, essendo espressione di precise scelte di politica criminale, possono presentare più o meno ampi margini di *opinabilità* che, in quanto tali, devono rimanere estranei all'oggetto del giudizio¹²⁷.

Ecco, dunque, che viene a profilarsi un quadro nel quale l'*irragionevolezza* della scelta legislativa se parametrata ad altra scelta contestuale e più generale viola la legalità costituzionale e, pertanto, deve essere eliminata; al contrario l'*opinabilità* di certe valutazioni normative in ordine al bisogno di pena si rifugia nel *sicuro porto* della discrezionalità legislativa, o meglio – per dirlo con le parole della Corte – rientra in «zone franche».

La norma di favore, come tale sindacabile, rinviene il suo *tertium comparationis* nella disciplina generale derogata, mentre la norma favorevole può essere valutata in questo modo solo se la si rapporta ad una «aspettativa di legislazione adeguatamente severa»¹²⁸. Nel caso delle false comunicazioni sociali, che norme di favore non sono, l'effetto favorevole della nuova

¹²⁷ Nella dottrina costituzionalistica tale indirizzo giurisprudenziale viene espressamente criticato da GEMMA, *Una declaratoria di incostituzionalità difficile ma doverosa*, in BIN-BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, 201. L'Autore sottolinea che «il diniego di caducazione di norme penali favorevoli incostituzionali implica il mantenimento di una situazione di illegalità costituzionale e si traduce in una configurazione di aree franche dal giudizio di costituzionalità, perciò in licenza di violare la Carta costituzionale». Ma, si aggiunge, vi è un ulteriore argomento. «Non può configurarsi un'insindacabilità delle scelte di politica criminale del legislatore. (*omissis*)...l'attività legislativa in materia penale è, come l'attività legislativa in altri ambiti, soggetta agli imperativi della Costituzione. Sussisterà qui, come in altri campi, una discrezionalità del legislatore, ma anche qui, come altrove la discrezionalità legislativa sarà soggetta a vincoli, la cui violazione dovrà essere sindacata e sanzionata».

¹²⁸ GIUNTA, *La Corte costituzionale*, cit., 1509.

normativa si evince, infatti, solo dal confronto con quella previgente abrogata.

Veniamo ora ad esaminare il secondo aspetto rilevante.

A ben vedere la questione principale consiste nell' individuare quali siano questi *elementi* che selezionano *fatti meritevoli di pena*, risultando le indicazioni fornite dalla Corte non del tutto *univoche* per orientare l'interprete.

Si consideri infatti che, secondo i giudici costituzionali, le soglie di punibilità contemplate dagli artt. 2621 e 2622 c.c. vengono ritenute elementi che «delimitano l'area di intervento della sanzione» sia se, alla stregua dell'opinione largamente maggioritaria, si qualificano come «requisiti essenziali di tipicità del fatto»¹²⁹, sia, invece, se si riconosca loro il ruolo di condizioni obiettive di punibilità¹³⁰.

¹²⁹ Cfr. ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2008, 555, il quale ritiene che le soglie di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. costituiscano «cause di esclusione del tipo» poiché non definiscono l'illecito ma escludono «dal disvalore penale rilevante la classe di condotte che, quanto a quei parametri, non raggiungono determinati livelli quantitativi»

¹³⁰ Si riportano qui le parole con cui la Corte afferma l'indifferenza – rispetto alla riconduzione nella categoria delle norme penali di favore – della qualificazione inerente la natura giuridica delle soglie: « Al riguardo, non può essere infatti condiviso l'assunto del rimettente, secondo cui le soglie di punibilità di cui discute si presterebbero ad essere ricomprese nell'anzidetta categoria normativa, perché la loro soppressione, senza creare alcuna nuova norma penale, varrebbe soltanto a ricondurre le falsità rimaste al di sotto dei limiti percentuali nell'ambito della «norma generale» di cui allo stesso art. 2621 cod. civ. Tale ragionamento porta invero a confondere le norme penali di favore con gli elementi di selezione dei fatti meritevoli di pena che il legislatore ritenga di introdurre in sede di descrizione della fattispecie astratta, nell'esercizio di scelte discrezionali “primarie” di politica criminale, di sua esclusiva spettanza. Alla stregua dell'opinione largamente maggioritaria, le soglie di punibilità contemplate dall'art. 2621 cod. civ. integrano requisiti essenziali di tipicità del fatto: e la stessa ordinanza di rimessione non esita, del resto, a qualificarle espressamente come «elementi costitutivi» del reato. *Ma la conclusione non potrebbe essere diversa neppure qualora si aderisse alla tesi minoritaria che assegna alle soglie il ruolo di condizioni di punibilità.* Nell'una prospettiva e nell'altra, difatti, si tratta comunque di un elemento che “delimita” l'area di intervento della sanzione prevista dalla norma incriminatrice, e non già “sottrae” determinati fatti all'ambito di applicazione di altra norma, più generale: un elemento, dunque, che esprime una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale». (corsivi nostri)

Quest'ultima affermazione non sembra che possa essere condivisa.

Il richiamo alla «meritevolezza» ed al «bisogno di pena» non pare possa identificarsi con quelle ragioni di «convenienza pratica e opportunità politico - criminale»¹³¹ poste a fondamento delle condizioni obiettive di punibilità.

Premesso che sul piano teoretico *meritevolezza* e *bisogno di pena* non sono pensabili se non «indissolubilmente legati l'uno all'altro», appare corretto affermare come entrambi convergano «nell'identificazione del tipo di illecito»¹³².

A differenza degli elementi costitutivi del reato che, contribuendo a segnare l'offesa del bene giuridico, individuano il tipo di illecito, le condizioni obiettive di punibilità «risultano estranee alla materia del divieto, cioè esterne al contenuto di *disvalore colpevole* ritenuto “meritevole di pena”»¹³³.

Ora, se è ben nota la differenza tra elementi fondanti il disvalore del fatto e perciò la *meritevolezza* della *pena*, e elementi introdotti nello schema legale in base a considerazioni di convenienza - attinenti, pertanto, all'opportunità del punire -, l'assunto della Corte per il quale la *soluzione* per le soglie di punibilità non muta in conseguenza della qualificazione giuridica di tali elementi non solo non convince, ma pare essere contraddetta anche da un successivo passaggio motivazionale della sentenza.

La Consulta, infatti, sembra tradire il suo vero pensiero su quali siano questi elementi che delimitano l'area di intervento della sanzione allorquando afferma che seguendo le argomentazioni avanzate nell'ordinanza di rimessione si giungerebbe alla conclusione che «tutti gli elementi che concorrono alla definizione del reato di cui all'art. 2621 cod. civ.

¹³¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 764.

¹³² ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.* 1992, 46.

¹³³ ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, cit., 47.

(come di qualsiasi altra fattispecie criminosa) — il dolo specifico, l' idoneità all'inganno, le caratteristiche limitative delle comunicazioni penalmente rilevanti, e così via dicendo — si presterebbero ad essere qualificati come norme penali di favore, giacché anch'essi finiscono per espungere determinati fatti dalla sfera di operatività della norma incriminatrice».

L' inammissibilità di una simile impostazione viene in evidenza appena si rifletta sul fatto che «in tale prospettiva la norma stessa potrebbe essere “smantellata” pezzo a pezzo in sede di sindacato di costituzionalità, trasformandola — con vanificazione del principio espresso dal citato precetto costituzionale — in un *quid alii* rispetto alla figura voluta dal legislatore»¹³⁴.

Ebbene, nell' esemplificare gli elementi che mai potrebbero rientrare nell' alveo delle norme penali di favore la Corte costituzionale richiama il dolo specifico, l' idoneità all'inganno, le caratteristiche limitative delle false comunicazioni sociali, ovvero « tutti gli elementi che concorrono alla definizione del reato» e che ben diversa funzione svolgono rispetto alle condizioni obiettive di punibilità.

La premessa da cui si era partiti — ovvero che la qualificazione giuridica di un dato elemento all' interno della fattispecie (le soglie di punibilità nel caso in esame) fosse *ininfluente* per poter attribuire l' etichetta di «norma penale di favore» - viene ad essere poi contraddetta nella stessa motivazione della sentenza, manifestandosi, seppur indirettamente, la propensione a ritenere

¹³⁴ Nello stesso senso della sentenza n. 394 del 2006 si esprime C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 349: quando oggetto del giudizio siano previsioni che concorrono alla definizione della fattispecie tipica, restringendone la portata, l' unica strada percorribile dalla Corte costituzionale è quella della eliminazione totale della fattispecie incriminatrice che, per la presenza di quegli elementi sia risultata illegittima. «Ogni altra soluzione (l' eliminazione o la sostituzione di quelle previsioni soltanto) appare infatti inaccettabile alla luce del principio di legalità, perché si tradurrebbe effettivamente nella *creazione* di un' altra norma penale».

esclusi dal sindacato di costituzionalità tutti e solo quegli elementi che *disegnano* il tipo di illecito penale¹³⁵.

Ecco, allora, che quella linea di confine (richiamata successivamente anche dalla sentenza n. 394 del 2006) tra norme che «sottraggono» e norme che «delimitano» non appare più netta, venendo alla luce, anzi, i diversi problemi applicativi che la stessa può porre non solo con riferimento alle soglie di punibilità¹³⁶, ma, più in generale, ogni qualvolta si tratti di inquadrare nell'una o nell'altra categoria una certa norma.

¹³⁵ La Corte, ad esempio, con l'ordinanza 251/2006 ha dichiarato inammissibile una questione sollevata rispetto alla fattispecie di abuso d'ufficio, con peculiare riferimento del *dolo intenzionale*, ritenuto censurabile dal giudice *a quo* in quanto elemento tale da circoscrivere eccessivamente lo spettro della tutela.

¹³⁶ Cfr. MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in www.forumcostituzionale.it, il quale osserva che le soglie di rilevanza percentuali « se da un lato "delimitano" la fattispecie sul piano oggettivo, tipizzando la falsità penalmente rilevante – dall'altro, e al contempo, indubbiamente "sottraggono" una classe di condotte all'applicazione della norma stessa; esprimendo, di fatto, una scelta di selezione frutto della medesima decisione politica che il legislatore compie, con diverso procedimento, quando apparentemente sovrappone due norme, facendo in realtà leva sulla prevalenza della *lex specialis*. In altri termini, anche nel caso di elementi delimitativi, non si vede per quale ragione – se la peculiare scelta di delimitazione si dimostrasse ingiustificata, e, pertanto, costituzionalmente illegittima alla luce dei diversi parametri giuridico-dimostrativi alla volta in rilievo – il sindacato di costituzionalità, ammesso per le "ipotesi di sottrazione", dovrebbe essere escluso, sol perché la pronuncia farebbe riespandere la stessa (e non un'altra) fattispecie "base"».

3. La sentenza n. 394 del 2006: i falsi elettorali come prima ipotesi di «norma penale di favore» irragionevole.

La questione sulla sindacabilità delle norme penali di favore trova nella sentenza n. 394 del 2006¹³⁷ il momento di massima *risonanza* nel panorama penalistico e costituzionale¹³⁸.

L'occasione per gettare nuova luce sul controverso argomento è offerta da una modifica che ha interessato il settore, apparentemente periferico, dei reati di falso elettorale: le diverse ordinanze di rimessione (G.i.p. di Pescara, Trib. di Firenze, Trib. Pescara, Trib. Roma) sottopongono all'attenzione della Corte l'art. 1 della legge 2 marzo 2004, n. 61 ("Norme in materia di reati elettorali"), nella parte in cui ha sostituito il terzo comma dell'art. 90 del d.p.r. 16 maggio 1960, n. 570 ("Testo unico per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali"), e il terzo comma dell'art. 100 del d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361 ("Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati"), introducendo una disciplina penale *speciale*, e significativamente *attenuata* rispetto a fattispecie di falso assimilabili, per l'ipotesi in cui la falsità abbia ad oggetto

¹³⁷ Molteplici sono le riflessioni ispirate dalla sentenza n. 394 del 2006: tra le altre v. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 100; ID., *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 217; GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass.pen.*, 2007, 467; MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in www.forumcostituzionale.it; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 343; VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 23; INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 671; CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano (dal dattiloscritto)*.

¹³⁸ «La sentenza n. 394/2006 ha, innanzitutto, il pregio di affrontare il tema della sindacabilità delle norme di favore in modo esplicito ed in tutti i suoi profili problematici, così da proporsi per il futuro, come guida sul tema cruciale dei rapporti tra Corte e Parlamento»; INSOLERA, *Relazione*, in ZILLETTI-OLIVA (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali*, Pisa, 2007, 48.

“l'autenticazione delle sottoscrizioni di liste di elettori e di candidati” ovvero consista nella falsa formazione, in tutto o in parte, di liste di elettori o di candidati.

Pur con sfumature diverse, i remittenti dubitano, in particolare, che sia conforme a ragionevolezza (art. 3 Cost.) la scelta di aver predisposto – tanto nei casi in cui la falsità concerna le certificazioni e/o autenticazioni del pubblico ufficiale necessarie alla presentazione delle candidature, quanto nei casi ove concerna le dichiarazioni e sottoscrizioni del “privato” (ad es., il “presentatore della lista”) - una fattispecie *contravvenzionale*, sanzionata con la sola pena dell'*ammenda*, e cioè un trattamento sanzionatorio significativamente diverso, e più blando, rispetto a quello ben più corposo stabilito, da un lato, per “falsità in atti fidefacienti suscettivi della medesima efficacia”, punite invece come *delitto* e con pena *detentiva* nel codice, agli artt. 476 e 479 c.p. (ove pure le false attestazioni concernenti la propria identità, simmetricamente, hanno natura di delitto punito con la reclusione: artt. 494 e 495 c.p.); e, dall'altro, a quello previsto anche per le condotte di falsa formazione o alterazione di qualunque altro atto concernente le operazioni elettorali (diverso da quelli citati), di “sostituzione alterazione o distruzione” di qualunque atto concernente le operazioni medesime, e persino di *uso* di atti falsificati (ancorché tali ultime condotte possano avere ad oggetto le stesse liste di elettori e candidati), condotte tutte punite con la reclusione da uno a sei anni tanto dall'art. 90, co. 2, d.p.r. n. 570/1960, quanto dall'art. 100, co. 2, d.p.r. n. 361/1957 (non modificati dalla l. 61/2004).

Nelle questioni proposte, peraltro, la stessa opzione risulterebbe irragionevole anche nell'aver parificato all'interno di una medesima cornice sanzionatoria condotte del tutto eterogenee - la falsità certificativa del

pubblico ufficiale come la falsa dichiarazione del privato -, e connotate da un disvalore non certo assimilabile (e differenziato, infatti, anche nel codice: art. 479 vs art. 495 c.p.).

In particolare, nell'accogliere la questione, i giudici concentrano la loro attenzione sulla presunta minore offensività dei falsi elettorali trasformati in contravvenzione dichiarando le disposizioni incostituzionali - perché irragionevoli - considerato che tra le fattispecie oggetto del trattamento di favore e quelle assoggettate alle regole generali «nessuna diversità è ravvisabile sotto il profilo della lesività del bene “strumentale-intermedio” della fede pubblica»¹³⁹.

Se dunque, almeno con riguardo al bene giuridico delle fede pubblica, il profilo dell'offesa appare identico nella fattispecie speciale ed in quella generale, una «così macroscopica differenza di trattamento sanzionatorio» appare ingiustificata in considerazione del disvalore della condotta, stante l'idoneità sia della predisposizione di false liste di candidati e di elettori, sia della falsa delle autenticazioni di tali liste «ad inficiare nel suo complesso la regolarità delle operazioni di voto»¹⁴⁰.

Si sottolinea, inoltre, come nelle norme censurate il bene finale in funzione del quale la tutela è predisposta - ovvero «il regolare svolgimento delle operazioni elettorali» ed «il libero ed efficace esercizio del diritto di voto» - si qualifichi per essere ancorato al «principio democratico della rappresentatività popolare», così come garantito dalla Carta fondamentale.

Ciò premesso a taluni è parso ovvio che la Corte dichiarasse l'illegittimità costituzionale delle due norme penali sottoposte al suo sindacato, per contrasto con l'art. 3 Cost., essendo la «sperequazione di trattamento

¹³⁹ Cfr. C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 343.

¹⁴⁰ C.cost. 394 del 2006.

sanzionatorio» rispetto alla generale disciplina sui falsi, «manifestamente priva di razionale giustificazione»¹⁴¹.

E tali norme non solo sono irragionevoli per i profili già evidenziati, ma – ed è questo l’aspetto più significativo della pronuncia in esame – possono essere sindacate dalla Corte costituzionale sebbene rientrino nell’area delle *norme penali di favore*.

Prima di esaminare quali siano le note peculiari che, secondo la Corte, devono caratterizzare tale settore di norme è opportuno evidenziare quale sia l’esigenza di fondo sottesa all’ammissibilità di un sindacato sulle norme penali di favore.

I giudici, forse qui in modo ancora più chiaro di quanto non avessero già fatto in altre pronunce, affermano che l’obiettivo cui si deve tendere è quello di «evitare la creazione di “*zone franche*” dell’ordinamento (così la sentenza n. 148 del 1983), 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. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole»¹⁴².

¹⁴¹ C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem*, cit., 345. Nello stesso senso ritiene che si tratti di un caso di facile soluzione per la Corte, DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 100.

¹⁴² C. cost. 394/2006.

La predetta finalità, tuttavia, incontra un limite allorché il controllo di costituzionalità si riversi su norme 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»¹⁴³.

Le norme appena descritte, che la Corte espressamente qualifica come «*norme penali favorevoli*», devono essere sottratte per le ragioni che vedremo al sindacato di costituzionalità; viene così a delinearsi l'unica «zona franca» che ancora residua dopo che la Consulta ha allargato le *maglie* del proprio intervento, ricomprendendovi anche il settore delle «norme penali di favore».

In quest'ultima tipologia vanno ricondotte tutte e solo quelle norme che «*stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni*» e che risultino da «un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento»; tale qualificazione, si precisa, non può essere 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».

Torneremo sui due requisiti che paiono connotare, nella prospettiva dei giudici costituzionali, le norme penali di favore – quello della specialità e quello della sincronicità rispetto ad una disciplina generale –, per ora preme evidenziare come la sindacabilità della categoria sia affermata sul presupposto che l'invalidazione di tali norme non confligge con il principio di riserva di legge in materia penale. (art 25, comma 2, Cost.).

¹⁴³ C. cost. 394/2006.

L'assunto da cui muove l'*iter* argomentativo sviluppato in sentenza è che la dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale di favore non si traduce in un intervento creativo né additivo, poiché « 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 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. Tale riespansione costituisce una *reazione naturale dell'ordinamento* – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale»¹⁴⁴.

E tuttavia non può non osservarsi come all'individuazione delle condizioni di ammissibilità di pronunce *in malam partem* in materia penale si giunga dopo aver ribadito quel costante orientamento della giurisprudenza costituzionale per il quale il secondo comma dell'art. 25 Cost. impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità.

Tale affermazione, senz'altro condivisibile, *stride* in parte con le conclusioni cui poi si è giunti in sentenza, essendo evidente che anche la declaratoria di incostituzionalità di una norma penale di favore «incida *in peius* sulla risposta punitiva»¹⁴⁵; ed allora, probabilmente, va precisato che nella prospettiva dei giudici costituzionali l'effetto *in malam partem* è precluso dal principio di legalità solo se discende *direttamente* da una pronuncia della Corte, ma non così avverrebbe nell'ipotesi in esame, laddove

¹⁴⁴ C. cost. 394/2006 (corsivi nostri).

¹⁴⁵ C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem*, cit., 346.

la riespansione della norma generale più severa costituirebbe solo una conseguenza *indiretta* della censura.

3.1. La norma penale di favore come norma speciale e sincronica.

Veniamo ora ad individuare con più precisione le *note* che *colorano* le «norme penali di favore».

Secondo la Corte la norma penale di favore scaturisce necessariamente da un giudizio di relazione tra due o più norme presenti nell'ordinamento giuridico nel medesimo momento temporale. In altri termini, sono «di favore» quelle norme che si trovano in un rapporto di «*specialità* di tipo *sincronico*»¹⁴⁶ rispetto ad altra norma generale che coesiste nell'ordinamento penale.

Infatti, è lo stesso criterio di specialità configurato nell'art. 15 c.p. ad imporre una contemporanea efficacia della norma speciale e di quella generale, in quanto la prima circoscrive l'ambito di applicabilità della seconda¹⁴⁷.

È stato opportunamente fatto notare che la compresenza delle due norme non deve essere necessariamente originaria¹⁴⁸, potendosi immaginare anche una sincronicità sopravvenuta quando la norma speciale sopravvenga a quella generale¹⁴⁹. In quest'ultima ipotesi la norma successiva non abroga la norma generale antecedente, ma *deroga* alla disciplina in essa contemplata: alcuni tipi di fatti prima ricondotti sotto la regola generale, vengono *sottratti* a questa e normati in senso più favorevole.

¹⁴⁶ L'espressione è di GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica*, cit., 475.

¹⁴⁷ Sul punto si vedano le osservazioni di GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol I, *La legge penale*, Torino, 1999, 124, il quale ritiene che nella successione di leggi penali nel tempo le regole si presentino in sequenza cronologica, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 15 c.p. le regole siano tutte contemporaneamente vigenti.

¹⁴⁸ Questa è l'ipotesi che si è verificata per le disposizioni sul falso elettorale oggetto della pronuncia n. 394 del 2006: nel 2004 con la legge n. 61 sono stati riformulati in modo simultaneo gli originari secondo e terzo comma dell'art. 100 d.P.R. n. 361 del 1957 e secondo e terzo comma dell'art. 90 d. P.R. n. 570 del 1960.

¹⁴⁹ GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica*, cit., 476.

Al binomio «norma di favore» – «specialità sincronica» si contrappone quello «norma favorevole» – «specialità diacronica» che presuppone, invece una relazione normativa che possa essere apprezzata solo in chiave intertemporale.

In primo luogo prendiamo in considerazione il caso in cui con l'introduzione della norma successiva (speciale) si verifichi una abolizione parziale dell'incriminazione: vi saranno certe condotte che non sono più ascrivibili nella disciplina della norma generale. Si tratta di un'ipotesi che deve essere regolata dall'art. 2 c.p. e non già dal differente criterio di specialità ex art. 15 c.p. – che opera solo al ricorrere dei presupposti di cui si è detto -, con la conseguenza che qui il restringimento dell'area di rilevanza penale, seppur ha determinato un trattamento favorevole, è sottratto allo scrutinio di costituzionalità.

Non ci troveremmo in presenza di una norma penale di favore neanche qualora il legislatore si limitasse a mitigare la risposta sanzionatoria: si verificherebbe, anche in questo caso, un'ipotesi di semplice successione di leggi penali nel tempo e, pertanto, la Corte vedrebbe il proprio controllo arrestarsi.

Dobbiamo allora chiederci perché la sincronicità delle due norme faccia in modo, nella prospettiva avanzata in sentenza, che l'eventuale accoglimento della questione sulla norma penale di favore non violi il principio di riserva di legge, mentre il profilo diacronico della normativa favorevole costituisca uno sbarramento invalicabile al sindacato di costituzionalità.

Il punto si coglie se ci si sposta sul piano degli *effetti diretti* (nel caso di norme favorevoli) e *indiretti* (nel caso di norme di favore) prodotti dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Come è noto le sentenze di accoglimento della Corte provocano l'espulsione della norma invalida dall'insieme delle norme appartenenti all'ordinamento giuridico: le norme incostituzionali sono dunque estromesse con effetti retroattivi¹⁵⁰. Solo che mentre l'annullamento della norma penale favorevole comporta come *effetto diretto* nell'ordinamento la reviviscenza della norma che da questa era stata abrogata, l'espulsione – da parte della Corte - di una norma penale di favore determina *indirettamente* la *riespansione* della norma generale (rimasta efficace anche nel vigore di quella speciale); quest'ultimo effetto – la riespansione- deve essere qualificato, utilizzando le parole della Corte, come una «reazione naturale dell'ordinamento conseguente alla sua unitarietà»¹⁵¹.

Nel caso delle norme penali di favore, ma sul punto si tornerà, il rispetto del principio della riserva di legge sarebbe garantito proprio da questa reazione *automatica* del sistema che farebbe riemergere scelte di politica criminale effettuate sempre dal legislatore; non vi sarebbe, in altre parole, alcuna sostituzione della Corte nell'ambito delle scelte che incidono sulla libertà personale dei cittadini¹⁵².

Occorre ora svolgere talune osservazioni con riferimento all'altro requisito che deve qualificare la norma di favore: la specialità rispetto ad una disciplina generale o comune.

La natura essenzialmente relazionale della norma di favore sembra poter ricondurre alla predetta categoria qualsiasi enunciato normativo in grado di selezionare un *sottogruppo* cui riservare un trattamento penale più

¹⁵⁰ CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 382.

¹⁵¹ C. Cost. 394 /2006.

¹⁵² Muovono critiche a tale impostazione CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano* (dal dattiloscritto); C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem*, cit., 351.

favorevole rispetto a quello predisposto nella disciplina generale che viene ad essere derogata.

Poiché la Corte afferma che il maggior favore può essere accordato indifferentemente per «soggetti» o «ipotesi» sembrerebbe che qualsiasi elemento costitutivo sia suscettibile di connotare in termini specializzanti la norma di favore: non solo l'oggetto materiale e l'evento, ma anche le qualità dell'agente ovvero determinate forme di dolo particolarmente selettive (come il dolo specifico o quello intenzionale)¹⁵³. E tuttavia la nozione di disciplina di favore delineata dalla norma appare tutt'altro che compiutamente definita.

Considerato che la nota caratterizzante questa tipologia di norme si rinviene nella loro natura relazionale vi è da chiedersi se l'individuazione della norma di favore sia in qualche misura condizionata dalla tecnica normativa prescelta per realizzare l'effetto *in bonam partem*¹⁵⁴.

A voler qualificare come norme di favore scriminanti, cause di non punibilità, condizioni obiettive di punibilità (tutti istituti generalmente previsti in enunciati normativi diversi da quello che racchiude la fattispecie incriminatrice) si rischia, ad avviso di taluni, di «non poter più distinguere, se non in termini generalissimi e approssimativi, tra norme incriminatrici, insindacabili sotto il profilo della ragionevolezza *in bonam partem*, e norme di favore»¹⁵⁵.

Per esemplificare la rilevanza della questione sollevata si riporta qui l'ipotesi formulata dalla dottrina che maggiormente ha segnalato i pericoli in cui si può incorrere qualora si riconosca eccessiva valenza alla tecnica

¹⁵³ Così GIUNTA, *Relazione*, in ZILLETTI- OLIVA (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali*, Pisa, 2007, 16.

¹⁵⁴ Avanza questi dubbi GIUNTA, *Relazione*, cit., 18.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

normativa adoperata dal legislatore per delimitare l'area di rilevanza penale di un determinato fatto.

Si pensi al caso in cui il legislatore riformi la fattispecie di truffa descrivendo la condotta come induzione, anche di un soggetto che già versi in errore, a realizzare un atto di disposizione patrimoniale produttivo di danno patrimoniale ed ingiusto profitto. Si ipotizzi poi che con un distinto enunciato normativo si preveda la non punibilità per il soggetto che compia artifici e raggiri nei confronti di altro che versi già in errore¹⁵⁶.

Si potrebbe affermare che quest'ultima causa di non punibilità costituisca una norma di favore, in quanto destinata a sottrarre irragionevolmente dalla disciplina generale certe *ipotesi*. A ben vedere, tuttavia, il dato *formale* consistente nella scissione tra la norma che prevede il fatto di reato e la norma che configura la causa di non punibilità non può essere ritenuto tale da inficiare l'identico contenuto *sostanziale* della scelta di incriminazione che caratterizza le (diverse) modalità del legiferare; come è noto, infatti, lo steso art. 640 c.p., nell'attuale formulazione, presenta questa lacuna di tutela, non potendo a questa fattispecie essere ricondotti in casi in cui vi sia un approfittamento dello stato di errore in cui versa la vittima.

Nell'art. 640 c.p. sono le concrete modalità di condotta descritte dal legislatore a *ritagliare* i confini dell'illecito e a determinare l'esclusione – dall'ambito di applicazione della norma – di *ipotesi* la cui discriminazione *in bonam partem* avrebbe potuto essere realizzata anche attraverso l'introduzione di apposite norme derogatorie (e come tali favorevoli).

¹⁵⁶ L'esempio è di GIUNTA, *Relazione*, cit., 18.

È evidente, allora, come siano fondate le preoccupazioni di coloro¹⁵⁷ che *sospettano* di uno scenario in cui le *maglie* del sindacato di costituzionalità diventino più o meno *elastiche* in rapporto alla tecnica di normazione prescelta¹⁵⁸; i limiti allo scrutinio della Corte costituzionale dovrebbero rinvenire i propri referenti sul piano sostanziale delle garanzie per la libertà dei cittadini, non invece essere condizionati da profili formali attinenti al modo in cui il legislatore decide di *ritagliare* il fatto penalmente rilevante.

¹⁵⁷ GIUNTA, *Relazione*, cit., 18; VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 233; MICHELETTI, *L'incensurabilità delle «riforme penali di favore»: un limite tecnico o di moderazione politica?*, in *Giur.cost.*, 2008, 3488.

¹⁵⁸ VENEZIANI, *Opinioni a confronto*, cit., propone un ulteriore esempio in cui si evidenzia la possibile rilevanza della tecnica normativa prescelta; si fa osservare come se il legislatore comminasse agli amministratori di una società una pena irragionevolmente inferiore rispetto a quella prevista per gli altri soggetti attivi del delitto di false comunicazioni sociali, allora produrrebbe una norma censurabile dalla Corte, mentre se volesse gratificare gli amministratori con l'assoluta impunità, espungendoli totalmente dal novero dei soggetti attivi ex art. 2622 c.c., allora la Corte non potrebbe farci nulla perché, diversamente opinando, occorrerebbe ammettere la possibilità della reviviscenza della precedente norma incriminatrice in violazione dell'art. 25 Cost. In altri termini «l'eventualità di un sindacato di ragionevolezza *in malam partem* può essere elusa dal legislatore, che intervenga su una fattispecie incriminatrice rimodellandone i confini della tipicità, così delimitandola ma al tempo stesso sottraendo determinate condotte (o determinati soggetti: si pensi alla riformulazione dei soggetti attivi nei reati propri) dalla portata della medesima».

3.2. La “reazione automatica dell’ordinamento”: la sottile linea tra reviviscenza e riespansione della norma.

Il sindacato sulle norme penali di favore è ammissibile in quanto l’effetto *in malam partem* che si determina a seguito dell’accoglimento della questione di costituzionalità «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 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. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale»¹⁵⁹.

Con queste parole – come si è già ricordato - la Corte motiva la soluzione accolta nella sentenza n. 394 del 2006 precisando che ben diverso è il fenomeno della *riespansione* automatica della norma generale (derogata dalla norma di favore) da quello della *reviviscenza* della norma abrogata dalla norma favorevole.

Evidenti sono le ragioni sottese a tale impostazione.

Da un lato si vuole evitare che vengano dichiarate incostituzionali norme che abbiano abrogato altre fattispecie con ciò sostanziando l’effetto *in malam partem* nella reviviscenza della norma abrogata espressione di una scelta legislativa in termini di “*meritevolezza e bisogno di pena*” non più attuale; dall’altro la contemporanea vigenza della norma speciale e di quella generale rende agevole l’individuazione del *tertium comparationis* (norma generale), indispensabile nel controllo di ragionevolezza.

¹⁵⁹ C. cost. 394 /2006.

Rispetto al fenomeno della reviviscenza¹⁶⁰ si è già detto come, sebbene permangano delle perplessità in dottrina, la giurisprudenza prevalente, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 107 del 1974¹⁶¹, ha ammesso che la dichiarazione di illegittimità costituzionale invalidi anche la clausola abrogante, con ciò facendo rivivere la norma abrogata.

Il punto allora non è tanto quello di contestare la possibilità che riviva la norma illegittimamente abrogata dalla norma favorevole, con ciò auspicando un cambiamento di rotta rispetto all'ammissibilità (fin'ora negata) di un sindacato su tale categoria, quanto piuttosto quello di verificare se effettivamente il diverso fenomeno della *riespansione* della disciplina generale sia rispettoso del principio espresso dal secondo comma dell'art. 25 Cost.

È certamente corretto affermare, come fa la Corte, che la norma abrogata e sostituita da quella "favorevole" sia il risultato di giudizi di disvalore non più attuali, tuttavia non può negarsi come anche "il favore" accordato a determinate tipologie di soggetti o di condotte sottratte alla sfera applicativa della norma generale sia indice di una diversa ponderazione effettuata dal legislatore che ritiene, anche solo con riferimento alle ipotesi disciplinate diversamente, non più attuale la previsione contenuta nella norma generale.

L'insistenza sull'effetto automatico e ordinamentale che si verifica a seguito della pronuncia che accoglie la questione sulla norma di favore ha richiamato alla mente «le finzioni giuridiche kelseniane, in cui tutto è spersonalizzato in funzione di una superiore razionalità ordinamentale»; ma non può tacersi del fatto che, anche a volerne ridimensionare il valore

¹⁶⁰ Per un inquadramento generale del fenomeno CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc.dir. Treccani*, 1998, 1.

¹⁶¹ Si ricorda come nel Collegio che adottò quella pronuncia facesse parte Vezio Crisafulli, uno degli studiosi più sensibili alla problematica.

all'interno del sistema-ordinamento, ci si trovi di fronte ad «uno specifico atto di volontà e di decisione della Corte, che “vuole” la riespansione della norma penale generale»¹⁶².

Né pare che il richiamo che la Corte fa alla «reazione naturale dell'ordinamento – *conseguente alla sua unitarietà*» possa essere risolutivo. Anzi, a bene vedere, proprio il riferimento all'invocata unitarietà dell'ordinamento giuridico penale dovrebbe far propendere per l'intangibilità della scelta politica non solo rispetto alla singola fattispecie, ma al sistema nel suo complesso.

In questa prospettiva è stato osservato che «non può dirsi dunque che la naturale riespansione *in malam partem* non violi l'art. 25 Cost. perché il legislatore aveva, a suo tempo, posto con una sua autonoma scelta discrezionale la norma ora riespansa, in quanto, come è evidente, il legislatore, 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»¹⁶³.

A seguire il ragionamento della Corte potrebbe provocatoriamente sostenersi che sussista una «curiosa riserva di legge “di legge in legge”»¹⁶⁴ e non, piuttosto un monopolio del Parlamento su ogni scelta politica, sia quando questa si risolva in una incriminazione, sia quando, invece, l'opzione normativa si indirizzi verso l'ampliamento di spazi di libertà per i cittadini.

Ciò detto non pare che il richiamo ad *automatismi* operativi all'interno dell'ordinamento penale possa avere l'effetto di *tranquillizzare* l'interprete.

¹⁶² INSOLERA, *Relazione*, cit., 56.

¹⁶³ CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più “giusto”. Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano* (dal dattiloscritto p. 15). Si consideri inoltre che «ragionando come fa la Corte, sembra quasi che la discrezionalità politica (sovrana e non surrogabile da altri Organi costituzionali) sia esercitata ed esercitabile dal Parlamento solo fattispecie per fattispecie».

¹⁶⁴ *Ibidem*.

Se infatti si concorda nel ritenere che anche il fenomeno della riespansione della norma generale sia determinato *a monte* da una scelta della Corte – sebbene imposta dal dovere di ripristinare la legalità costituzionale violata – o si deve affermare in senso rigoroso che tale operazione è preclusa dall’art. 25, secondo comma, Cost., oppure, pur riconoscendosi che il principio della riserva di legge viene in una certa misura *intaccato*, se ne devono accettare le implicazioni ritenendo prevalente l’esigenza di non lasciare «zone franche nel sistema».

In verità, è stata prospettata anche una terza via di lettura del sistema nel suo complesso.

Si è detto che la reviviscenza, non diversamente dalla riespansione, sarebbe il frutto non già di un’operazione della Corte, bensì della reazione naturale dell’ordinamento alla scomparsa della norma abrogatrice, poiché «essendo oggetto di reviviscenza solo norme che erano state abrogate in modo illegittimo, le scelte di criminalizzazione sottostanti alla norma viziata non hanno alcun titolo per sostituirsi a quelle precedenti, essendo espressione di un uso illegittimo del proprio potere discrezionale da parte del legislatore»¹⁶⁵.

Non ci pare che tale impostazione sia del tutto da condividere. Sicuramente è apprezzabile lo sforzo di rendere *omogenei* due fenomeni – quello della riespansione e quello della reviviscenza – nella prospettiva di affermarne in entrambi i casi la coerenza con i principi costituzionali in materia penale, e tuttavia non sembra che questa operazione di

¹⁶⁵ C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem*, cit., 351. Sembra muoversi in una diversa prospettiva ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2008, 556, allorquando afferma che «in relazione alla classe di condotte o soggetti sottratti dalla norma di favore non è più attuale, a rigore, neppure la scelta legislativa della norma generale»; sia nel caso della norma favorevole, sia in quello della norma di favore «il sistema aveva effettuato scelte differenti».

assimilazione possa avvenire nella direzione indicata. Semmai profili di *vicinanza* potrebbero essere rinvenuti in senso opposto, affermando che sia un'«operazione senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore»¹⁶⁶ non soltanto quella volta a fare rivivere la norma abrogata, ma anche ogni altra che comunque, seppur indirettamente, faccia prevalere la decisione dei giudici costituzionali sulle scelte effettuate dal Parlamento.

¹⁶⁶ C. cost. 394/2006.

3.3. Norme “che sottraggono” e norme “che delimitano”: una (reale?) distinzione.

La Corte sembra ricondurre alla distinzione manichea tra *norme penali di favore* e *norme penali favorevoli* una differenza strutturale e ontologica del dato normativo tale da poter costituire una bussola per orientare i giudici costituzionali nello stabilire il *se* ed il *come* innovare l'ordinamento penale.

Appare opportuno interrogarsi - in assenza di qualsivoglia dato positivo che fondi l'eterogeneità delle due categorie - sulla effettiva capacità selettiva dei criteri (requisiti) enucleati dalla Corte, e sulla loro *tenuta* anche al di fuori dell'ipotesi oggetto del giudizio nella sentenza in esame.

Non vi è dubbio, infatti, che la Corte non ha incontrato molte difficoltà a dichiarare la manifesta irragionevolezza delle norme sui falsi elettorali (*speciali* e *compresenti* rispetto a norme generali contenute sia nella legislazione speciale che nell'impianto codicistico) una volta appurato che il salto sanzionatorio tra le figure appariva (manifestamente) ingiustificato a fronte di una identità di condotte incriminate e di bene giuridico strumentale protetto (fede pubblica), e per di più in presenza di un bene finale dotato di rango costituzionale (la tutela nella materia elettorale non può che essere strettamente connessa al principio democratico della rappresentatività)¹⁶⁷.

Non pare, tuttavia, che adottando l'ormai nota distinzione tra norme che *sottraggono* e norme che *delimitano* la Corte avrà *gioco facile* nel definire gli ulteriori eventuali casi che verranno sottoposti al suo giudizio.

Una prima osservazione sulla scelta terminologica effettuata.

¹⁶⁷ Cfr. DI GIOVINE, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 229, per la quale «il caso deciso dalla Corte nella sentenza 394 è proprio uno di quelli, felicissimi (quasi di scuola), in cui il ragionamento trilaterale della Corte ha potuto giovare non soltanto di un nitido rapporto di *genus ad speciem* tra *racconti* (criminali), ma altresì dell'importante contributo della Costituzione, che ha suggerito indizi inequivocabili su quale fosse, tra i due *episodi*, quello più grave»

La contrapposizione tra «*delimitazione*» (dell'area di intervento di una fattispecie di reato) e «*sottrazione*» (di determinati soggetti e ipotesi) rischia di tradursi in un criterio non del tutto univoco; a ben vedere ogni *delimitazione* dell'ambito di applicazione di un reato determina, inevitabilmente, la *sottrazione* di fattispecie concrete al modello legale astratto. È ben noto infatti come nel diritto «si *sottrae* (operatività) appunto *mediante delimitazione* (solitamente proprio della tipicità)»¹⁶⁸.

Anche a voler riconoscere una certa capacità selettiva al criterio sottrazione/delimitazione, si è già detto, con riferimento al caso delle soglie di punibilità affrontato nella sentenza n. 161 del 2004, come la stessa individuazione di ciò che delimita l'intervento della sanzione - in quanto espressione di un dato attinente alla meritevolezza e al bisogno di pena - sia condizionata dalla qualificazione giuridica degli elementi previsti in fattispecie; operazione interpretativa – quella riguardante la natura giuridica di certi elementi – che spesso può risultare assai complessa e incerta, comunque (probabilmente) inidonea a fondare il *discrimen* per l'ammissibilità del sindacato della Corte costituzionale¹⁶⁹.

Inoltre, sia consentita un'ulteriore osservazione rispetto alla configurazione della categoria delle norme penali di favore.

L'aver equiparato nell'ambito della *sottrazione* alla disciplina generale tipologie di *soggetti* e tipologie di *condotte (ipotesi)* non sembra essere un'opzione pienamente appagante rispetto alla scelta del parametro costituzionale su cui fondare il giudizio di legittimità; mentre nella seconda ipotesi il sindacato non poteva che sostanzarsi nel controllo di ragionevolezza svolto secondo il tradizionale schema triadico (dove la norma

¹⁶⁸ DI GIOVINE, *Opinioni a confronto*, cit., 232.

¹⁶⁹ In questo senso M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale.*, cit., 551; VENEZIANI, *Opinioni a confronto*, cit., 237.

generale o comune si atteggia a *tertium comparationis*), in caso di disciplina “di favore” *ratione subiecti* l’eventuale incostituzionalità della norma poteva essere dichiarata anche richiamando il principio dell’uguaglianza formale di cui all’art. 3, comma 1, Cost. (in presenza di un divieto espresso di discriminazione per ragioni di sesso, razza, lingua, religioni, opinioni politiche, condizioni personali o sociali non vi è necessità di ricorrere al *tertium comparationis*)¹⁷⁰.

È evidente, infatti, che ogni discriminazione *ratione subiecti* si pone in contrasto con il « nucleo forte del principio di uguaglianza», venendo a configurare un’ ipotesi di illegittimità costituzionale «non solo più evidente, ma “diversa” ed autonoma» rispetto a quella prospettabile quando l’art. 3 Cost. viene ad essere invocato come funzionale ad un controllo sulla ragionevolezza della norma¹⁷¹.

Sul punto basti osservare quanto si è evidenziato nella letteratura costituzionalistica. Il principio di uguaglianza rinviene il suo fondamento liberal-democratico nell’esigenza di garantire i cittadini da odiose forme di privilegio, ma contemporaneamente riveste il ruolo di garanzia di fronte all’irrazionalità dell’ordinamento: «se il primo aspetto è ricompreso nel secondo, posto che ogni privilegio può essere inteso come irrazionalità, non è vero il contrario», in quanto l’oggettiva razionalità dell’ordinamento può prescindere da forme di privilegio¹⁷².

Ora, rispetto alla sottrazione di soggetti dall’ambito di applicazione della disciplina generale probabilmente non è necessario far ricorso al *controverso*

¹⁷⁰ Così INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 671; MANES, *Illegittime le “norme penali di favore”*, cit.

¹⁷¹ INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV. *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000, 291.

¹⁷² INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 291 che sul punto riprende le riflessioni di CERRI, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, 62 ss.

criterio di ragionevolezza-razionalità, ben potendosi, almeno nella maggior parte dei casi, individuare la violazione di uno dei criteri normativamente previsti al primo comma dell'art. 3 Cost.; ciò consentirebbe di effettuare uno scrutinio di costituzionalità più *stringente* di quello che si realizza quando ad essere indagata è la razionalità della norma.

4. L'incidenza della sentenza di illegittimità costituzionale sul giudizio *a quo*. Il fondamento del principio di retroattività della norma più favorevole.

Riconosciuta l'ammissibilità della proposizione di questioni di legittimità su norme penali di favore occorre esaminare le *ricadute* che un'eventuale sentenza di accoglimento potrebbe avere nel giudizio *a quo*, tenuto conto che «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (art. 30 l. 87 del 1953)¹⁷³.

Il tema va affrontato distinguendo l'ipotesi in cui la norma di favore sia entrata in vigore contestualmente alla norma generale, da quella in cui, invece, sia sopravvenuta alla regola generale¹⁷⁴.

In caso di *specialità sincronica originaria*, se la norma di favore è integrata da una causa di giustificazione o da una causa di non punibilità, al soggetto che ha commesso il fatto corrispondente alla previsione «di favore» non potrà mai essere applicata la sanzione penale, in quanto l'annullamento della causa di esclusione della pena da parte della Corte non potrebbe mai condurre - in forza dell'art. 2, comma 1, c.p. e dell'art. 25, comma 2, Cost. - all'applicazione retroattiva della fattispecie incriminatrice (norma generale) per un comportamento che al momento in cui è stato posto in essere era assoggettato alla disciplina più favorevole.

Dal punto di vista processuale ciò incide sulla formula di assoluzione nel giudizio *a quo* : in base all'art. art. 30 l. 87 del 1953 la norma penale di favore annullata dalla Corte non può più essere applicata dal giudice rimettente il

¹⁷³ Le norme dichiarate costituzionalmente illegittime sono, dunque, estromesse definitivamente dal nostro ordinamento con effetti retroattivi (CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 382).

¹⁷⁴ Sottolinea che nelle due ipotesi vi è un differente *impatto* della dichiarazione di illegittimità costituzionale GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica*, cit., 478; ID., *Commento all'art. 2 c.p.*, in LATTANZI – LUPO (a cura di) *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina.*, vol. 1, Milano, 2010.

quale dovrà assolvere l'imputato non già in forza dell'art. 530 c.p.p. («perché il fatto non costituisce reato» se si tratta di causa di giustificazione; «perché il fatto è stato commesso da persona non punibile» se si fa riferimento ad una causa di non punibilità), bensì con la formula «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato» non esistendo una fattispecie incriminatrice applicabile (ex artt. 2, comma 1, c.p. e 25, comma 2, Cost.) cui possa essere ricondotto il fatto storico¹⁷⁵.

Qualora, invece, il giudizio di relazione si instauri tra due norme incriminatrici, di cui una – quella speciale – preveda un trattamento sanzionatorio più mite rispetto all'altra, l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della norma speciale non impedirà a quest'ultima di essere applicata a tutti i fatti commessi prima della sentenza di accoglimento e, quindi, anche a quelli oggetto del giudizio *a quo*.

Qui la regola dell'inapplicabilità delle leggi dichiarate incostituzionali subisce una deroga in ragione del principio esposto al secondo comma dell'art. 25 Cost.: si consideri, infatti, che «il fatto commesso dall'agente era» solo «*astrattamente* punibile anche in base alla norma incriminatrice generale, che *illo tempore* non si applicava per la regola della prevalenza della norma speciale ex art 15 c.p.»¹⁷⁶ e, pertanto, venuta meno – per la sentenza di accoglimento della Corte – la norma speciale, quella generale non può essere in *concreto* applicata, a meno di non voler violare il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

Più complesso è il discorso quando ci si trovi di fronte ad un caso di *specialità sincronica sopravvenuta*: proprio perché la norma penale di favore è stata inserita nell'ordinamento successivamente alla norma generale,

¹⁷⁵ GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica*, cit., 479.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

occorre distinguere i fatti che sono commessi prima dell'entrata in vigore della norma *in bonam partem* da quelli posti in essere durante l'efficacia temporale della stessa¹⁷⁷.

Che questa distinzione – fra *fatti pregressi* e *fatti concomitanti* – debba essere operata non era, in verità, così scontato prima della sentenza n. 394 del 2006; qualora si fosse infatti riconosciuta valenza assoluta alla regola della retroattività della norma più favorevole si sarebbe dovuto coerentemente concludere che tutti i fatti (pregressi o concomitanti) sarebbero dovuti essere regolati dalla norma penale di favore dichiarata illegittima¹⁷⁸.

Ma la possibilità di ammettere deroghe alla retroattività della *lex mitior* è strettamente connessa al tema della *valenza costituzionale* di quella regola che, ad oggi, sembra aver ricevuto l'investitura di vero e proprio *principio*¹⁷⁹.

Esaminiamo, ora, i passaggi della sentenza n. 394 del 2006 in cui i giudici, affrontando i profili di diritto intertemporale, segnalano come la diversa disciplina che deve essere accordata ai fatti in base al *tempus commissi delicti* trovi la sua *ratio* nel fondamento da riconoscersi al principio di retroattività della norma penale favorevole.

¹⁷⁷ Così GAMBARDILLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica*, cit., 480; M. D'AMICO, *Relazione*, cit., 20; GEMMA, *Una declaratoria di incostituzionalità*, cit., 206.

¹⁷⁸ Ritiene diversamente M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. 1., Milano, 2004, 77 ss: in caso di avvicendamento tra norme incriminatrici se quella che prevede un trattamento sanzionatorio più mite viene dichiarata illegittima deve concludersi che la norma più favorevole – dichiarata incostituzionale – non possa essere applicata «perché un'eccezione giuridicamente e clamorosamente così clamorosa all'art. 136 Cost. e all'art. 30, commi 3 e 4, l. n. 87 del 1953, presupporrebbe una regolamentazione espressa che nella specie manca totalmente». Il fatto, tuttavia, non sarebbe punibile neanche in base alla norma più severa, dovendo rispettarsi il principio di cui al secondo comma art. 25 Cost.

¹⁷⁹ La Corte costituzionale nella sentenza n. 277 del 1990, con un *obiter dictum*, ha affermato che la mancanza nella Carta fondamentale di un'esplicita menzione del principio dell'applicabilità della legge più favorevole è addebitabile ad un'incertezza dei Costituenti non già sulla costituzionalizzazione del principio, bensì sulla ampiezza delle deroghe al principio, sul quale non vi fu accordo, impedendone l'inserimento del testo della legge fondamentale.

In primo luogo si segnala che «i fatti commessi prima e dopo l'entrata in vigore della norma penale favorevole sono identici nella loro materialità, ma non sul piano della “rimproverabilità”. Altro, infatti, è il porre in essere una condotta che in quel momento è penalmente lecita o punita in modo mite; altro è porre in essere la stessa condotta in contrasto con la norma che in quel momento la vieta o la punisce in modo più severo»¹⁸⁰.

Si aggiunge, poi, che il principio di retroattività *in mitius* « non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale» - cui invece deve essere connesso il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole – dovendosi pertanto negare che « trovi copertura nell'art. 25, secondo comma, Cost. »¹⁸¹.

Ciò non significa, prosegue la Corte «che esso sia privo di un *fondamento costituzionale*: tale fondamento va individuato, invece, nel *principio di eguaglianza*, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice»¹⁸².

Il collegamento del principio della retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza ne segna, peraltro, anche il limite¹⁸³: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole - assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi suscettibile di

¹⁸⁰ C. cost. 394 del 2006.

¹⁸¹ Tra le altre C. cost. 80/1995; 6 /1978; 164/1974 e ord.. 330/ 1995.

¹⁸² (corsivi nostri).

¹⁸³ Nel caso in cui, invece, si fosse ancorata la rilevanza costituzionale di tale principio all'art. 25 Cost. se ne sarebbe dovuta (coerentemente) dedurre la non derogabilità: si sarebbe dovuto sacrificare il dato della illegittimità costituzionale della norma di favore e ritenere che la stessa fosse applicabile anche ai fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore.

deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli¹⁸⁴.

Ma vi è di più. È necessario che la norma sopravvenuta – di favore – sia, di per sé, costituzionalmente legittima; l'estensione a ritroso di una norma espressiva di un nuovo giudizio sul disvalore del fatto in tanto è giustificata in quanto la diversa valutazione effettuata dal legislatore ordinario si ponga *in linea* con i valori costituzionali; ove così non fosse si rischierebbe di incorrere nel paradosso che «una norma costituzionalmente illegittima – rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno – » possa determinare «l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa»¹⁸⁵.

E che debba essere riconosciuta una deroga al principio di retroattività della norma favorevole - nel senso che questa se dichiarata costituzionalmente illegittima non può essere applicata – per tutte (e soltanto) quelle ipotesi in cui i fatti siano stati commessi nel vigore della norma generale più severa lo si può apprezzare se si ragiona sul piano della (diversa) rimproverabilità.

È evidente che a chi ha commesso il fatto violando scientemente la norma penale più severa può essere mosso un rimprovero maggiore di quello che si possa fare a chi, invece, ha confidato – nell'orientare i propri comportamenti - nella presenza di una norma che rendeva la condotta posta in essere non punibile o, comunque, sanzionabile in modo meno severo.

¹⁸⁴ In questo senso MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2008, 89: «l'esattezza dei lavori preparatori mette in luce, peraltro, che – anche a giudizio della Corte – quel principio, pur se costituzionalmente rilevante, potrebbe essere soggetto a deroghe da parte del legislatore ordinario...(omissis) a condizione che la deroga sia sorretta da ragionevoli motivi: sia cioè conforme al canone costituzionale della ragionevolezza».

¹⁸⁵ C.cost. 394/2006.

Sembra, pertanto, *ragionevole* ritenere che riguardo ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma penale di favore non operi il principio di retroattività della *lex mitior* in quanto la condotta è stata posta in essere durante la vigenza della sola norma generale più severa, ovvero dell'unica legge penale di cui si è potuto tenere conto per calcolare le conseguenze giuridico-penali del proprio comportamento¹⁸⁶.

La soluzione prospettata dalla Corte con la sentenza n. 394 del 2006 sembra, peraltro, *in linea* con quanto la stessa aveva già affermato nella decisione n. 51 del 1985, laddove aveva dichiarato – in riferimento all'art. 77 Cost. - l'illegittimità costituzionale del quinto comma dell'art. 2. c.p. , nella parte in cui rende applicabili le disposizioni in tema di successione di leggi al caso di mancata conversione (oppure di conversione con emendamenti) del decreto legge recante norma penale abrogatrice o più favorevole. In quell'occasione la Corte aveva precisato che l'illegittimità dell'ultimo comma dell'art. 2 andasse circoscritta soltanto ai casi in cui esso renderebbe applicabile il decreto non convertito ai fatti pregressi, commessi cioè anteriormente alla sua entrata in vigore; ancorché la Corte non assuma un'espressa posizione rispetto ai *fatti concomitanti* (le ordinanze di rimessione, infatti, riguardavano tutte questioni attinenti a *fatti pregressi*) dalla lettura della motivazione può implicitamente desumersi che per questi valgano le regole di cui al secondo e all'attuale quarto comma dell'art. 2 c.p.¹⁸⁷.

¹⁸⁶ GAMBARELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica*, cit., 480.

¹⁸⁷ In questo senso già nella manualistica cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 100.

5. Gli (ammissibili) effetti *in malam partem* del sindacato di costituzionalità sulle norme penali *ad personam*.

I possibili *riflessi* della sentenza n. 394 del 2006 sul sistema di *pesi e contrappesi* delineato dalla Carta fondamentale non ha mancato di suscitare le riflessioni di quella parte della dottrina che da sempre ha negato la possibilità che decisioni della Corte potessero produrre effetti *in malam partem* nell'ordinamento penale.

Si è detto al riguardo che il rispetto del principio di riserva di legge in materia penale preclude alla Corte in modo *tendenzialmente* assoluto qualsiasi sindacato su norme penali di favore proprio in ragione degli effetti *in malam partem* che potrebbero discendere da un'eventuale sentenza di accoglimento della questione; è vero che il rispetto del principio di irretroattività della norma sfavorevole proteggerebbe l'imputato del giudizio *a quo* e tuttavia "chi in futuro commettesse fatti dello stesso tipo incorrerebbe in una responsabilità penale (o in una pena più severa) per effetto non di scelte politico criminali compiute dal legislatore, bensì dell'intervento della Corte costituzionale"¹⁸⁸.

Occorre chiedersi, tuttavia, se sia possibile *ritagliare* uno spazio in cui il giudizio di costituzionalità, invocato a difesa del principio di uguaglianza, possa legittimamente intervenire anche *in malam partem*.

Anche tra coloro che non ritengono vi siano valide ragioni per sopportare il sacrificio della Costituzione – ed in particolare della riserva di legge in materia penale – vi è chi riconosce che il principio costituzionale di uguaglianza sia

¹⁸⁸ MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 201. Le uniche due ipotesi nelle quali la Corte potrebbe derogare al suddetto divieto potrebbero rinvenirsi in presenza di un obbligo costituzionale di tutela, come quello previsto dall'art. 13, quarto comma, Cost. (sicché il sindacato potrebbe avere ad oggetto norme che aboliscono un reato o lo trasformano in illecito amministrativo); oppure qualora il giudizio di incostituzionalità inerisca a facoltà o doveri che operino in "funzione scriminante", determinando così l'effetto di riconoscere la rilevanza penale a fatti ritenuti leciti prima della pronuncia.

«in grado di opporre un ostacolo di portata generale alle leggi “*ad personam*”: a tutte le “*leggi ad personam*”, se con questa formula designiamo leggi che non solo sono condizionate all’origine dalla considerazione di situazioni individuali e concrete, ma altresì risultano a posteriori inconciliabili con il sistema normativo e dunque con una visione generale degli interessi della società»¹⁸⁹.

La categoria delle «*leggi ad personam*» non è certamente nuova, ma le problematiche ad essa connesse sembrano riemergere quando si affronta il tema delle norme penali di favore.

Già Mortati, ad esempio, le definiva come « leggi prescriventi eccezioni a favore o a danno di un singolo soggetto o di un gruppo di soggetti determinati (alle quali si da anche il nome di “privilegi”, o “favorevoli” o “odiosi”)¹⁹⁰» ed il tema, più di recente, è stato affrontato da chi ha sottolineato che « una norma di legge che viene ad esistenza solo in ragione della soluzione in *favor libertatis* di un caso concreto è legge solo nella sua formale apparenza, essendo i suoi caratteri di generalità e astrattezza nient’altro che un miraggio dolosamente provocato, una simulazione. La squama verbale ricopre, camuffandola, la vera natura di provvedimento contingente che, non possedendo le basi costitutive della legalità, se non sul piano formale, costituisce soltanto un arbitrario privilegio personale in patente violazione del principio di uguaglianza»¹⁹¹.

¹⁸⁹ DOLCINI, *Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 66.

¹⁹⁰ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 307.

¹⁹¹ CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più “giusto”. Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano* (dal dattiloscritto p. 23).

Leggi, dunque, soltanto formalmente generali e astratte, ma la cui portata *erga omnes* è in realtà «un mero effetto collaterale rispetto al fine principale»¹⁹².

La legislazione degli ultimi anni ne fornisce numerosi esempi: sono state *additate* come *ad personam* la nuova disciplina sul “falso in bilancio” (d.gls. n. 61 del 2001), la cosiddetta “legge Cirami” (l. 248 del 2002), la legge sulle rogatorie internazionali (l. n. 367 del 2001), il lodo Schifani (art. 1, l. n. 140 del 2003), il lodo Alfano (l. n. 124 del 2008)¹⁹³.

Il sospetto di un uso personalistico dello strumento legislativo, aggravato da una degenerazione nell’uso della maggioranza parlamentare, ha proiettato la visione di un assetto normativo che desta serie preoccupazioni; le scelte del Parlamento sono sì scelte politiche, ma come tali dovrebbero essere orientate, specialmente nel settore penale dove è *in gioco* la libertà dei cittadini, ad una ponderazione degli interessi che miri alla salvaguardia dei valori della società, non alla protezione degli interessi di pochi.

Quando questa *idea* viene *tradita* non vi è dubbio che astrattamente il privilegio accordato in *spregio* all’uguaglianza garantita nella Carta fondamentale vada censurato, ma in che modo la Corte possa giudicare la conformità a Costituzione delle «leggi su misura» rimane una questione di non facile soluzione¹⁹⁴.

¹⁹² ARCONZO, *Corte costituzionale e leggi su misura*, in *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, 60.

¹⁹³ Cfr. BETSU, *Retroattività della norma penale più favorevole e sindacato di costituzionalità: una rivisitazione*, in *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, 106.

¹⁹⁴ Si pensi che quando la Corte con la sentenza n. 24 del 2004 ha dichiarato incostituzionale il “lodo Maccanico” definita come «la madre di tutte le leggi personali» (BETSU, *Retroattività della norma penale più favorevole*, cit., 63) non ha addotto alcun riferimento al fatto che la norma fosse soltanto un pretesto per garantire ad un solo e determinato soggetto il privilegio della sospensione del processo».

Non sembra che possano essere invocati i parametri e le argomentazioni utilizzati per indicare l'illegittimità costituzionale delle leggi provvedimento¹⁹⁵, mentre pare assumere un ruolo decisamente significativo il principio di uguaglianza.

In passato vi è stato chi ha asserito che «non importa che il provvedimento personale sia stato espresso con una formula generale, se in sede di interpretazione risulti che il provvedimento che, secondo lettera, sarebbe generale, invece era sostanzialmente individuale. Volontà della legge, infatti, non è quella apparente ma quella sostantiva»¹⁹⁶.

Tale impostazione rischia (probabilmente) di allargare eccessivamente le maglie del sindacato di costituzionalità: non pare ammissibile, infatti, che i giudici possano, magari attraverso un'attenta analisi non solo dei lavori preparatori ma anche del contesto storico in cui è stata approvata la legge, rinvenirvi una traccia dell'interesse del singolo che ha dato avvio all'*iter* normativo e dichiararne per questo l'illegittimità.

Sul punto deve osservarsi come le leggi generali e astratte, sebbene originate da singole e specifiche ragioni, operino nell'ordinamento come indirizzate indistintamente a tutti i cittadini: non può superarsi il dato per cui «la determinatezza del destinatario ispiratore è annegata dall'anonimato della previsione astratta»¹⁹⁷.

Sembrerebbe doversi concludere nel senso che «la generalità della norma, la ripetibilità della previsione in essa contenuta, l'indeterminatezza dei destinatari» comportino l'impossibilità di ritenere violato l'art. 3 Cost¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Si fa riferimento all'art. 70 Cost. e al controverso tema della riserva di amministrazione.

¹⁹⁶ ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 55, nota 81.

¹⁹⁷ CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano* (dal dattiloscritto p. 24).

¹⁹⁸ BETSU, *Retroattività della norma penale più favorevole*, cit., 65.

Eppure neanche questa tesi sembra potersi pienamente condividere.

Non vi è dubbio che ammettere un sindacato su leggi *ad personam* sul solo rilievo che queste sono state introdotte nell'ordinamento in ragione dell'occasione di tutela di un interesse di un singolo soggetto significhi *snaturare* lo stesso controllo sulla legalità costituzionale; e tuttavia non pare che i caratteri della formale generalità ed astrattezza possano precludere qualsivoglia spazio allo scrutinio di costituzionalità.

Ecco che viene *in soccorso* la categoria delle norme penali di favore: al ricorrere dei caratteri di specialità e compresenza ogniqualvolta la legge, ispirata dall'intenzione di disporre un privilegio per un singolo, si sia tradotta in una previsione che sottrae soggetti o ipotesi dall'applicazione di una disciplina generale, si potrà vagliarne la *ragionevolezza* nei limiti di quanto affermato dalla Corte costituzionale nel 2006.

Qualora il trattamento di *favore* che si vuole accordare ad una determinata persona venisse ad essere riconosciuto con legge anche ad una certa categoria di soggetti – che pertanto verrebbero sottratti alla norma generale più severa – la suddetta previsione, se non sorretta da una ragionevole valutazione sulla diversità delle situazioni disciplinate, non potrebbe superare indenne il sindacato di costituzionalità.

6. Il ritorno all'inammissibilità delle questioni dopo la sentenza n. 394 del 2006.

All'indomani della sentenza n. 394 del 2006 le prime *riflessioni* sulla *portata* delle affermazioni fatte dalla Corte costituzionale hanno messo in luce come vi fossero serie preoccupazioni in merito alle *potenzialità* di un sindacato nel settore penale che sembrava essere stato decisamente ampliato rispetto alle *strette maglie* descritte dall'orientamento tradizionale¹⁹⁹.

Ma chi si aspettava (o meglio *temeva*) il proliferare di dichiarazioni di illegittimità costituzionale volte ad espungere dall'ordinamento «norme penali di favore» ha visto la propria *prognosi* disattesa, poiché 2006 non si registrano ulteriori sentenze di accoglimento. Seppure, a dire il vero, bisogna notare come nelle ipotesi in cui la Corte si è successivamente occupata di questioni astrattamente riconducibili al tema delle norme penali di favore, pur ribadendo gli approdi ermeneutici cui si era giunti con la sentenza n. 394, ha sempre in concreto escluso che le norme oggetto del giudizio fossero connotate da quella *specialità sincronica* che – come si è visto – costituisce carattere indefettibile della categoria.

Esaminiamo, ora, quali sono state le norme *sospettate* di essere *norme penali di favore*.

¹⁹⁹ Al contrario, non ritiene che il sindacato di costituzionalità abbia visto ampliare il proprio spettro di intervento dopo la sentenza n. 394 del 2006 SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. Cost.*, 2009, 428: «la sentenza n. 394 del 2006, a ben vedere, non ha fatto altro che tradurre sul piano strutturale i requisiti (compresenza, specialità, riespansione) del sindacato sulle norme penali “di favore”, che la Corte aveva sostanzialmente riconosciuto già dal 1983 con la sent. n. 148. Lungi dall'aver compiuto un importante avanzamento verso l'occupazione delle zone franche dal controllo di legittimità, i giudici hanno puntualizzato i limiti del sindacato già esistenti, così tuttavia irrigidendoli e rafforzandoli. *Se non proprio un passo indietro, sembra almeno un rigido freno ai futuri passi avanti*». (corsivi nostri)

La Consulta con la sentenza n. 324 del 2008 è stata chiamata ad occuparsi della censura di incostituzionalità rivolta all'art. 6, comma 2, della legge n. 251 del 2005 nella parte in cui esclude che, nel caso di reato continuato, il termine prescrizione decorra dal momento della cessata continuazione.

L'ordinanza di rimessione argomenta nel senso che la natura stessa del reato continuato, così come previsto dal secondo comma dell'art. 81 cod. pen., impone di considerare come facenti parte di un unico reato più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso che, anche in tempi differenti, violino la stessa o diverse disposizioni di legge. Pertanto, non è sembrato logico, né tanto meno coerente, che la disciplina sulla decorrenza dei termini prescrizionali potesse dettare regole che ignorassero l'esistenza del reato continuato. Con la paradossale conseguenza «che, ai fini della consumazione, il reato continuato farebbe riferimento al momento della consumazione dell'ultimo reato; per contro, per la prescrizione si applicherebbe la disciplina prevista per il concorso formale di reati».

Per far valere il vizio di illegittimità costituzionale il giudice *a quo* richiama proprio la sentenza n. 394 del 2006 secondo la quale il sindacato di legittimità costituzionale sulle norme penali di favore è ammesso quando sussiste la specialità cosiddetta «sincronica» ovvero quando sono poste in comparazione due o più norme contemporaneamente presenti nell'ordinamento giuridico.

Un rapporto del genere sussisterebbe tra l'art. 6, comma 2, della legge n. 251 del 2006 che, ai fini del calcolo del termine di prescrizione, ha escluso la rilevanza del rapporto di continuazione tra reati, e l'art. 81 cod. pen., norma di carattere generale, che, secondo gli esponenti, «determina la data del *commissi delicti* nell'ultima azione delittuosa contestata».

La Corte costituzionale, tuttavia, non ritiene di poter accogliere la ricostruzione prospettata dal giudice remittente asserendo che la pronuncia che si sollecita, «mirando a introdurre nuovamente quale *dies a quo* per il decorso del termine di prescrizione, in caso di reato continuato, il momento della cessazione della continuazione, *esorbita dai poteri spettanti a questa Corte*, a ciò ostando il principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.»²⁰⁰.

Si è già avuto modo di sottolineare come per la Corte il principio della riserva di legge non si consideri violato solo nell'ipotesi in cui venga accolta una questione su norme penali di favore e che il sindacato su queste ultime è ammissibile solo in quanto tra le norme poste a raffronto sussista un rapporto di specialità e che le stesse siano contemporaneamente presenti nell'ordinamento.

Il rapporto tra l'art. 6, comma 2, della legge n. 251 del 2005, che ha escluso la rilevanza del rapporto di continuazione tra reati ai fini del calcolo del *dies a quo* del decorso del termine di prescrizione e l'art. 81, secondo comma, cod. pen. che «determina la data *commissi delicti* nell'ultima azione delittuosa contestata» non pare si caratterizzi in tal senso.

Osserva, infatti, la Corte come sia evidente che « la norma censurata non ha natura di norma di favore e non contiene alcuna limitazione dell'efficacia dell'art. 81, secondo comma, cod. pen., né di altre norme contemporaneamente presenti nell'ordinamento giuridico. L'art. 6, comma 2, infatti, nel modificare l'art. 158 cod. pen., che individua i termini di decorrenza della prescrizione dei reati consumati o tentati, si limita a sopprimere le parole «o continuato» e «o continuazione» dal testo precedente, mentre, diversamente da quanto affermato nella memoria di

²⁰⁰ C. cost. 324/2008. (corsivi nostri).

parte, l'art. 81, secondo comma, cod. pen. non fa alcun riferimento al momento di consumazione del reato continuato, limitandosi a stabilire che tale fattispecie è integrata anche nel caso di violazioni commesse in tempi diversi, né prevede alcunché circa la prescrizione dei reati. Pertanto, non sussistendo alcun rapporto di specialità tra l'art. 6, comma 2, della legge n. 251 del 2005 e l'art. 81, secondo comma, cod. pen., è erroneo ritenere che, al venir meno del primo, si riespanderebbe, come effetto automatico, il secondo. Si tratta, in sostanza, di previsioni che disciplinano aspetti diversi della fattispecie del reato continuato».

Inoltre, la qualifica di norma penale di favore pare debba essere esclusa anche in considerazione del fatto che manca il requisito della sincronicità nell'ordinamento delle due norme poste a confronto e che, semmai, la disposizione speciale è quella abrogata, non quella introdotta successivamente²⁰¹.

Tutto ciò considerato alla Corte è parso inevitabile dichiarare l'inammissibilità di una questione nella quale le si chiedeva una pronuncia *in malam partem* non consentita per il principio della riserva di legge stabilito all'art. 25 Cost.

Del pari è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4, del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti

²⁰¹ Il previgente articolo 158 cod. pen. recava, infatti – a fianco della regola generale per cui il termine della prescrizione decorre dal giorno della consumazione del reato (o, nel caso di reato tentato, dal giorno della cessazione dell'attività del colpevole) – una regola specifica, e meno favorevole per il reo, concernente il reato continuato (vale a dire che il termine decorre dalla cessazione della continuazione: con l'effetto di allineare il *dies a quo*, per tutti i reati legati da tale vincolo, a quello valevole per l'ultimo di essi). La riforma ha soppresso tale previsione specifica rendendo applicabile la regola generale anche nell'ipotesi della continuazione, onde è del tutto evidente come il *petitum* del giudice rimettente non sia affatto finalizzato alla «riespansione» di una norma generale derogata (non rinvenibile, come detto, nel disposto dell'art. 81 secondo comma, cod. pen., peraltro neppure a questi fini evocato dal giudice *a quo*); ma miri direttamente al ripristino di una norma speciale sfavorevole ormai abrogata.

pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio), come modificato dall'art. 1, comma 19, della legge 9 dicembre 1998, n. 426 (Nuovi interventi in campo ambientale), nella parte in cui esclude che gli imprenditori che esercitano la raccolta ed il trasporto di rifiuti propri non pericolosi a titolo professionale abbiano l'obbligo di iscriversi all'Albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti.

In quell'occasione la Corte di Cassazione con l'ordinanza di rimessione presentata mirava a ottenere una pronuncia che consentisse di ripristinare, rispetto alle condotte poste in essere nella vigenza della denunciata norma, il regime penale previsto dal testo originario del combinato disposto degli artt. 30, comma 4, e 51, comma 1, del d. lgs. n. 22 del 1997.

I giudici costituzionali con l'ordinanza n. 413 del 2008 ritengono, tuttavia, che un siffatto intervento *in malam partem* ecceda i propri compiti – e sia da ritenersi pertanto inammissibile –, senza che, in senso contrario, possa richiamarsi l'orientamento che ha ritenuto suscettibili di sindacato di costituzionalità le norme penali di favore, in quanto detta qualificazione va esclusa quando, come nella specie, la norma sottoposta a scrutinio sia messa a raffronto con una norma anteriore, dalla prima sostituita con conseguente contrazione dell'area di rilevanza penale.

In tal caso, infatti, la richiesta di sindacato mira, non già a far riesperire la portata di una norma contemporaneamente vigente nell'ordinamento, quanto piuttosto ad ottenere la reintroduzione di una norma incriminatrice abrogata, in contrasto con il principio, più volte ribadito da questa Corte, secondo cui l'individuazione delle condotte ai fini della repressione penale è espressione di una scelta discrezionale riservata al legislatore.

Anche in un'altra occasione le opzioni punitive favorevoli del legislatore sono state sottoposte al vaglio di costituzionalità della Corte.

Con la sentenza n. 57 del 2009, infatti, si è dichiarata l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 186, commi 2 e 7, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), nel testo sostituito, rispettivamente, dalle lettere a) e c) del comma 1 dell'art. 5 del decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117 (Disposizioni urgenti modificative del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 2 ottobre 2007, n. 160²⁰².

I citati commi 2 e 7 dell'art. 186 del codice della strada sono stati censurati, rispettivamente, il primo «nella parte in cui omette di sanzionare con la pena e le sanzioni amministrative accessorie», previste dalla lettera c) del medesimo comma, «il fatto di guida in stato di ebbrezza accertato in via sintomatica», il secondo, invece, «nella parte in cui sanziona esclusivamente quale illecito amministrativo», e non quale reato punito ai sensi del comma 2, lettera c), del medesimo art. 186, «il rifiuto del conducente di sottoporsi agli accertamenti» di cui ai precedenti commi 3, 4 e 5 dello stesso articolo.

In particolare, il giudice remittente dubitava della legittimità costituzionale del trattamento penale riservato alla guida in stato di ebbrezza accertata «in via sintomatica», essendo questa esclusivamente riconducibile alla fattispecie di «ebbrezza lieve» (e mai a quella di «ebbrezza acuta») e sanzionabile solo con l'ammenda (oblabile) e non invece con l'arresto fino a sei mesi.

Nel predetto assetto normativo la violazione dell'art. 3 si *anniderebbe* nel fatto che non sarebbe rispettata la parità di trattamento per l'impossibilità di qualificare come ebbrezza acuta l'ubriachezza del conducente accertata per via sintomatica e non attraverso le apposite apparecchiature.

²⁰² La sentenza è pubblicata in *Giur.cost.* 2009 con nota di 2006 SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, ivi, 428.

L'inammissibilità della questione, spiega la Corte, deriva dal fatto che l'incidente di costituzionalità mira a conseguire, in materia penale, un duplice intervento con effetti *in malam partem*, in assenza, tuttavia, delle condizioni individuate dalla sentenza n. 394 del 2006.

Con riferimento ad entrambe le norme censurate si è infatti al di fuori della categoria delle norme penali di favore.

Il richiesto intervento avente ad oggetto il comma 2 dell'art. 186 del codice della strada sarebbe, infatti, chiaramente manipolativo, in quanto tende ad ottenere che alla guida in stato di ebbrezza sintomatica si applichi, non il trattamento sanzionatorio più lieve (lettera a) tra quelli contemplati da tale comma, bensì quello più severo (lettera c del medesimo comma).

Quanto, invece, alla censura che investe il comma 7 del predetto art. 186, essa mira a conseguire - in anticipo sulle determinazioni successivamente assunte dal legislatore (nell'esercizio di quel monopolio riservatogli dall'art. 25, secondo comma, Cost.) - una rinnovata "criminalizzazione" della fattispecie contemplata da tale norma.

Pertanto, anche in questo caso, sembra prospettarsi un esito diverso dall'ablazione di norme penali di favore, cioè di quelle disposizioni, come si è precisato «sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale», destinata a riespandersi proprio in ragione di tale ablazione».

Infine deve richiamarsi una recente pronuncia della Corte costituzionale dove il tema del sindacato delle norme di favore è entrato in rapporto alle problematiche connesse alla violazione del diritto comunitario.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 28 del 2010, ha bocciato la qualifica automatica delle ceneri di pirite come "sottoprodotti", prevista dal

D. Lgs. 152/2006 (art. 183) poi modificato dal D. Lgs. 4/2008, in quanto lesiva della “verifica in concreto” richiesta dalla UE.

Infatti, secondo la giurisprudenza comunitaria, al fine di qualificare o meno come rifiuto un materiale, è necessario un accertamento del complesso delle circostanze che non si arresti alla mera indicazione della natura intrinseca del materiale. Sono perciò illegittime le presunzioni “assolute” come quelle della norma in questione, *colpevole* di qualificare come sottoprodotti le ceneri di pirite “quale che sia la loro provenienza ed il trattamento ricevuto da parte del produttore”.

A prescindere dalla specificità della questione, si porta all’attenzione la presente pronuncia perché il giudice rimettente ha posto un problema di conformità di una norma legislativa italiana ad una direttiva comunitaria, evocando i parametri di cui all’art. 11 e 117 Cost., e ciò si ritiene possa aver inciso sull’esito del giudizio.

La stessa Corte infatti ha rilevato che il giudice rimettente « ha posto un problema di conformità di una norma legislativa italiana ad una direttiva comunitaria, evocando i parametri di cui agli artt. 11 e 117 Cost., senza denunciare, né nel dispositivo né nella motivazione dell’atto introduttivo del presente giudizio, la violazione dell’art. 3 Cost. e del principio di ragionevolezza intrinseca delle leggi. Ciò esclude che la questione [...] comprenda la problematica delle norme penali di favore, quale affrontata dalla sentenza n. 394 del 2006»²⁰³.

Ebbene, ciò premesso pare che qualora una norma venga censurata sotto il profilo del mancato rispetto dei vincoli derivanti dal diritto comunitario la dicotomia «norme di favore» (sindacabili) – «norme favorevoli» (insindacabili) venga meno, con la conseguenza, per la Corte, di potere

²⁰³ C. cost. 28/2010.

sottoporre allo scrutinio di costituzionalità anche norme che, se valutate esclusivamente sul piano dell'ordinamento nazionale, non sarebbero potute essere censurate (perché «favorevoli» e non «di favore»).

Alla luce del predetto orientamento sembra che possa delinearsi un'indicazione importante per gli eventuali giudici rimettenti: qualora la norma penale nazionale oltre a prevedere una disciplina favorevole per l'imputato sia sospetta di essere viziata per il contrasto con l'ordinamento comunitario sarà *preferibile* invocare la violazione del primo comma dell'art. 117 Cost., piuttosto che profili di irragionevolezza – nell'ambito nazionale – ex art. 3 Cost.; riscontrata, infatti, l'inosservanza del diritto comunitario la norma potrà essere censurata *a prescindere* dalla verifica dei requisiti di specialità e presenza richiesti, invece, quando si vagli la legittimità della norma penale di favore.

7. I possibili sviluppi del nuovo sindacato di costituzionalità. Le ipotesi «sospette».

Dopo i falsi elettorali nessuna altra norma sottoposta allo scrutinio di costituzionalità è stata etichettata come «norma penale di favore»; come è logico sorgono dunque delle perplessità sulla effettiva generale capacità selettiva della nozione enucleata dalla Corte.

Se, pertanto, in quest'ottica l'individuazione di possibili ulteriori ambiti applicativi del sindacato di costituzionalità non sembra agevole, si può tuttavia prospettare, ad esempio, che venga sollevata di nuovo la questione di legittimità costituzionale rispetto al trattamento di favore previsto per le lesioni colpose connesse alla circolazione stradale, attratte nella giurisdizione dei giudici di pace. La questione, già sollevata dalla Corte d'appello di Napoli, è stata respinta dalla Corte con ordinanza n. 187 del 2005, in quanto il giudice remittente aveva omesso di estendere la censura anche all'art. 4, comma 1, lett. A, del d.lgs 274 del 2000, che, attribuendo al giudice di pace la competenza per le lesioni personali colpose connesse alla circolazione stradale, costituiva il necessario presupposto del sistema sanzionatorio di favore denunciato dal *giudice a quo*.

Un ulteriore possibile sviluppo dell'intervento della Corte è stato prospettato nel settore fallimentare da parte di chi ha intravisto l'esistenza di un rapporto di specialità tra la bancarotta da «reato societario» e la bancarotta fraudolenta per distrazione.

In particolare, si è detto, la bancarotta societaria da infedeltà patrimoniale potrebbe assumere le vesti di «norma di favore» e, dunque, come tale sindacabile; la *sottrazione* dall'ambito di applicazione della norma generale (la bancarotta fraudolenta per distrazione) avrebbe ad oggetto atti dispositivi compiuti da organi gestori in danno della società in presenza di un conflitto di

interessi ed il trattamento irragionevolmente “di favore” si sostanzierebbe nella richiesta, proprio nei casi più gravi, del nesso causale con il dissesto²⁰⁴.

Desti qualche *sospetto* anche la previsione contenuta nell'art. 97 *bis* del Testo unico bancario (inserito dall'art. 8, D.Lgs. 9 luglio 2004, n. 197), laddove si prevede che Le sanzioni interdittive indicate nell'articolo 9, comma 2, lettere *a)* e *b)*, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, non possono essere applicate in via cautelare alle banche²⁰⁵. Tale norma sembra infatti sottrarre categorie di soggetti (le banche) alla disciplina della norma generale più severa che prevede l'applicazione in via cautelare delle misure interdittive.

Al di fuori di queste ipotesi i possibili scenari applicativi più che avere riguardo al positivo dato positivo si proiettano verso futuribili interventi legislativi²⁰⁶.

Si muove, ad esempio, in questa prospettiva chi ipotizza una riforma con la quale si attenui in misura consistente la pena prevista per il peculato d'uso; sarebbe plausibile ritenere che tale novella non superi il vaglio di ragionevolezza «per la ragione assorbente e destinata a rimanere implicita, che il peculato, anche quando è solamente d'uso, è espressivo comunque di un malcostume che rende il fatto invisibile»²⁰⁷.

Si pensi poi a cosa potrebbe accadere qualora il legislatore decidesse di abolire o di attenuare la pena per l'omicidio del consenziente: qui la

²⁰⁴ L'esempio è proposto da NAPOLEONI, *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta da «reato societario»*, in *Cass.pen.*, 2009, 311.

²⁰⁵ Un previsione sostanzialmente identica è preveduta nell'art. 60 bis del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria per le sim, sgr e sicav.

²⁰⁶ Si riportano qui alcuni esempi avanzati da GIUNTA, *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore*, cit., 30 e s.

²⁰⁷ GIUNTA, *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore*, cit., 31. L'autore ritiene, invece, che un'eventuale depenalizzazione del furto d'uso possa sfuggire al controllo di legittimità, ove la fattispecie concreta sottoposta al vaglio del giudice avesse ad oggetto una cosa mobile di modesto valore, sempre che il giudice a quo condivida la valutazione politico-criminale di lasciare esenti da pena le sottrazioni bagatellari.

questione di costituzionalità implicherebbe valutazioni sulla *ragionevolezza* di una previsione che presuppone il riconoscimento della disponibilità del bene vita.

Infine, ancora, ci si può occupare di una recente vicenda legislativa che ha avuto risalto anche sulla stampa in considerazione del (riconosciuto) manifesto errore in cui è incorso il legislatore.

Con il d.lgs. n. 66 del 2010 (art. 2268 comma 1 n. 297, codice dell'ordinamento militare) si è espressamente abrogato il d.lgs. n. 43 del 1948 e, di conseguenza, si è verificata l'abolizione della incriminazione ivi contenuta all'art. 1, la quale vieta associazioni di carattere militare per scopi politici. L'"espulsione" della norma incriminatrice dal sistema giuridico è avvenuta in mancanza di una espressa delega legislativa in tal senso al Governo: la legge delegante non conteneva, infatti, l'indicazione della abrogazione.

Il Ministro della difesa il 3 ottobre 2010 attraverso il suo portavoce ha dichiarato che "l'inserimento del reato di associazione militare tra quelli da abrogare è un errore materiale e che il suo ministero si attiverà immediatamente per ottenere la rettifica in Gazzetta ufficiale"²⁰⁸. Rettifica che poi non c'è stata, e dunque l'8 ottobre la norma abrogatrice è entrata in vigore e la figura di reato di conseguenza risulta essere tutt'ora abolita.

Nonostante la palese illegittimità costituzionale della norma abrogatrice per il vizio di eccesso di delega, bisogna tuttavia chiedersi se sia possibile un effettivo sindacato di legittimità costituzionale sulla norma che ha abolito l'incriminazione di associazione militare. Si pone qui il problema della

²⁰⁸ In La Repubblica del 22 ottobre 2010.

reviviscenza della norma abrogata, e del conseguente rispetto del principio della riserva di legge in materia penale (art. 25, comma 2, Cost.)²⁰⁹.

Si osserva come il reato di associazione militare non sembri però inquadrabile nella categoria delle norme penali di favore sindacabili, in quanto non si trova(va) in rapporto di specialità sincronico con nessuna altra norma incriminatrice: non vi è nell'ordinamento penale un'altra norma incriminatrice contemporaneamente vigente in relazione di genere a specie.

Sotto tale profilo, dunque, non si pongono le problematiche relative alla sindacabilità delle norme penali di favore, potendosi semmai sollevare una diversa questione.

Qualora il legislatore, in considerazione dell'errore materiale - l'abolizione della incriminazione di associazioni di carattere militare per scopi politici – decidesse di reintrodurre la fattispecie di reato si porrebbe il problema della sindacabilità della norma abrogatrice intermedia che, in quanto più favorevole, continuerebbe ad applicarsi retroattivamente.

Il tema della sindacabilità di norme espressamente abrogatrici, come si è già visto, è strettamente connesso a questioni - che emergono anche nel caso in esame - implicanti l'ammissibilità di fenomeni di reviviscenza e l'esistenza di obblighi costituzionali di incriminazione.

La *vicenda* legislativa, allora, potrebbe trovare una soluzione soltanto ritenendo che se il legislatore rendesse di nuovo vigente la norma incriminatrice abrogata, occorrerebbe pur sempre sollevare la questione di costituzionalità della norma abrogatrice, in quanto norma illegittima, sul

²⁰⁹ Sulla questione cfr. GAMBARELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2010, 3727.

presupposto che dall'art. 18, comma 2, Cost. possa desumersi un obbligo di penalizzazione e che questo si assuma violato dall'intervento abolitivo.²¹⁰

Né pare che tale prospettiva possa trovare un ostacolo nella asserita impossibilità di sindacare norme di favore intermedie abrogate, in quanto l'ammissibilità di una simile operazione dovrebbe essere stata già ammessa dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 28 del 2010²¹¹.

²¹⁰ In questo senso GAMBARELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare*, cit., 3730.

²¹¹ Per l'affermazione secondo cui la Corte può dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme già abrogate, cfr. C. cost. n. 193 del 1985

CAPITOLO III

LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE. LA RISERVA DI LEGGE E LE «ZONE FRANCHE DELL'ORDINAMENTO PENALE».

SOMMARIO: 1. La riserva di legge come fondamento di un diritto penale democratico. – 2. La ragionevolezza della scelta penale. 3. La Corte costituzionale ed il rifiuto di «zone franche». – 4. L'inevitabile conflitto di valori costituzionali. Il bilanciamento come «scelta di campo». – 5. La legalità costituzionale come garanzia di eguale libertà.

1. La riserva di legge come fondamento di un diritto penale democratico.

Il tema del sindacato di costituzionalità sulle *norme penali di favore* consente di approfondire una delle questioni in cui oggi si coglie maggiormente l'esigenza di individuare con precisione i confini entro i quali gli organi costituzionali sono chiamati ad esercitare i poteri loro riservati dalla Carta fondamentale nel rispetto delle garanzie e dei principi ivi previsti.

In altri termini, si tratta di verificare se il controllo della legalità costituzionale, posto dagli artt. 134 e 136 Cost. a *chiusura* del sistema, sia condizionato - o addirittura *paralizzato* - dalla necessità che la norma penale, in entrambe le componenti di precetto e sanzione, sia non soltanto descritta in modo chiaro e preciso, ma lo sia da una particolare fonte dell'ordinamento; oppure se la scelta legislativa, non solo su ciò che va punito ma anche su ciò che non deve esserlo, sia una scelta costituzionalmente legittima solo in quanto non arbitraria e, quindi, ragionevole.

L'esame dei riflessi (limiti) che può (*deve*) avere la funzione di garanzia della riserva di legge sul sindacato di costituzionalità nell'ordinamento penale non può che presupporre un corretto inquadramento del principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. nella complessiva *impalcatura* delineata dai Costituenti.

L'attuale volto della riserva di legge²¹² sembra ben lontano dall'utopia illuministica che ne aveva disegnato i lineamenti, ma non pare che la *crisi* richiamata da più voci²¹³ possa essere tale da *svuotare* la riserva di legge di quei contenuti di garanzia individuale che da sempre le sono stati riconosciuti. E tuttavia il valore garantistico della riserva di legge non può essere apprezzato se ci si arresta ad un profilo formale: il controllo delle minoranze sulle scelte operate dalla maggioranza diviene inattuabile se si esaspera il dibattito parlamentare – ricorrendo troppo frequentemente al voto di fiducia – e le opzioni di politica criminale vengono realizzate con leggi che non devono essere motivate, «e quindi neppure devono essere motivabili»²¹⁴.

L'idea che la scelta del penale rilevante sia necessariamente affidata al Parlamento «affonda le sue radici nelle ideologie (e nei miti) del liberalismo democratico ottocentesco»²¹⁵, per cui ogni limite alla libertà personale imposto per legge sarebbe consentito in quanto *autorizzato* sulla base del principio di rappresentanza.

Nell'eco delle teorie contrattualistiche si rinviene l'idea della legge «in senso democratico», espressione della volontà generale e quindi per

²¹² Sulla «variabilità dei significati politico istituzionali della riserva di legge» si veda BALDUZZI – SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc.dir.*, XL, Milano, 1989, 1208; cfr. anche CUPELLI, *Commento all'art. 1 c.p.*, in LATTANZI – LUPO (a cura di) *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina.*, vol. 1, Milano, 2010.

²¹³ Cfr., per tutti, le considerazioni svolte da PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, XVI vol., 1279.

²¹⁴ Così DONINI, *Il volto attuale del diritto penale*, Milano, 2004, 168, il quale auspica una valorizzazione del metodo scientifico (verifica degli scopi dichiarati, sapere empirico, dati statistici, informazioni sull'effettività delle incriminazioni) applicato alla costruzione delle leggi. Si osserva infatti che «la riserva di legge, pertanto, è una tigre di carta, che garantisce poco se la maggioranza parlamentare non è vincolata al rispetto di verifiche e di criteri intrinseci che solo una più avanzata scienza della legislazione potrebbe assicurare». Nello stesso senso anche DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 100.

²¹⁵ CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 52.

definizione «giusta», ma, come è stato osservato, si tratta a ben vedere solo di «un'autentica finzione»²¹⁶, peraltro non più soddisfacente alla luce dell'assetto politico-costituzionale che caratterizza oggi l'ordinamento italiano.

Tale visione «non tiene conto di una struttura costituzionale che non vede la contrapposizione dualistica tra legislativo ed esecutivo, ma è informata alla dialettica tra Governo-maggioranza parlamentare e minoranza: e cioè di un sistema in cui il potere esecutivo è espressione della maggioranza parlamentare e la legge ne è lo strumento di attuazione dell'indirizzo politico»²¹⁷.

Pur se la riserva di legge non riesce più a garantire (o più probabilmente non lo ha mai fatto appieno) sotto il profilo contenutistico, « la bontà intrinseca della legge»²¹⁸ ciò non significa che abbia perso del tutto la sua portata garantistica: può ancora, infatti, assicurare sotto il profilo procedurale un controllo democratico sulla legge («da garanzia di contenuto a garanzia di procedimento»)²¹⁹.

Si osserva come sia lo stesso *iter* di approvazione²²⁰ che, garantendo la pubblicità della procedura, assicura anche che vi sia un controllo

²¹⁶ KELSEN, *Democrazia e cultura*, Bologna, 1955, 31 e ss.

²¹⁷ TRAPANI, voce *Legge penale*, I, *Fonti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, 1990, 3.

²¹⁸ «La legittimazione democratica del diritto penale dovrebbe – almeno in linea teorica – assicurare razionalità, ponderazione e avvedutezza nel vagliare la necessità del ricorso alla sanzione punitiva sulla base del previo bilancio tra rispettivi costi e benefici» (FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, XVI vol., 1251).

²¹⁹ PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1294.

²²⁰ Si è sempre detto, tradizionalmente, che l'adozione del procedimento legislativo, proprio in quanto caratterizzato da una molteplicità di vagli critici, consenta alla minoranza di intervenire in modo dialettico se non nella determinazione, quanto meno nel controllo sulle scelte di criminalizzazione. Per un'esame della tesi che ravvisa la garanzia del cittadino nella struttura del procedimento legislativo si veda TRAPANI, voce *Legge penale*, cit., 4.

dell'opinione pubblica su quanto viene deciso²²¹: in questo modo si tenta di arginare lo *scivolamento* del principio democratico in quello maggioritario²²².

E che vi sia ben più che un mero rischio (per il modello di democrazia rappresentativa) nell'attuale momento storico-politico è da più parti affermato; al riguardo basti osservare che le linee di tendenza degli ultimi anni mostrano un ridimensionamento dell'assemblea parlamentare, un orientarsi del sistema politico in senso nettamente maggioritario e un governo che diventa protagonista delle riforme legislative²²³.

L'esperienza del riformismo penale più recente ha probabilmente dimostrato che «il principio penalistico della riserva di legge, considerato in sé e per sé, non è idoneo a garantire che le scelte di politica criminale siano frutto di un dibattito democratico reale e di un confronto vero tra maggioranza e minoranza», poiché «quando una maggioranza numericamente soverchiante non si fa scrupolo di imporre la sua politica criminale di parte in pressoché totale dispregio dell'opposizione, la riserva di legge smarrisce la sua più autentica funzione legittimatrice»²²⁴.

Ciò considerato, ci si deve chiedere se a fronte della «crisi istituzionale della legalità»²²⁵ si debba attendere che «il sistema politico riesca a recuperare, dal suo interno, con riforme sensate e pratiche corrette, gli elementi di una democrazia rispettosa di valori e vincoli costituzionali»²²⁶,

²²¹ Sul punto cfr. CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, (dal dattiloscritto p.5), il quale evidenzia la pubblicità della procedura legislativa a confronto della *segretezza* della Camera di Consiglio ove assume le proprie decisioni la Corte costituzionale.

²²² PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1293.

²²³ Manifesta serie preoccupazioni al riguardo FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1256.

²²⁴ FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1258.

²²⁵ PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1291.

²²⁶ Così CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, (dal dattiloscritto p.27)

oppure si debba attingere al «diverso piano della democrazia costituzionale, e confidare in interventi correttivi del giudice penale»²²⁷.

Affidare alla giurisdizione costituzionale il compito di *(ri)sistemare* una democrazia rappresentativa ormai in crisi appare, a dire il vero, non solo un'operazione *rischiosa*, ma anche non in linea con l'assetto istituzionale delineato dalla Carta fondamentale. Il Parlamento e la Corte costituzionale svolgono nell'ordinamento in generale, e ancor più in quello penale, funzioni nettamente distinte, anche in considerazione delle diverse regole che disciplinano la loro composizione ed il loro operare.

In particolare, mentre il primo è responsabile di fronte ai cittadini delle scelte politiche che compie, la seconda esercita un potere di controllo non soggetto ad ulteriori *supervisioni* e, soprattutto, svincolato dal calcolo delle conseguenze generali delle decisioni adottate²²⁸; solo chi è responsabile dovrebbe poter effettuare scelte di criminalizzazione, poiché il fondamento della garanzia della riserva di legge risiede proprio nel fatto di subire le conseguenze (politiche) delle proprie determinazioni.

Ora, se è vero che le maglie del sindacato di costituzionalità non possono allargarsi a dismisura solo per (contro)bilanciare lo *sgretolarsi* della democrazia parlamentare, pare altrettanto corretto richiedere che le opzioni normative prescelte dal legislatore siano rispettose dei valori costituzionali

²²⁷ FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1258. Cfr. anche MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, Napoli, 2001, 107, che guarda con preoccupazione alla «sovraesposizione del potere giudiziario, che, a sua volta, in occasione di vere e/o presunte emergenze ha occupato, indebitamente, spazi lasciati irresponsabilmente vuoti dalle istituzioni politiche»

²²⁸ «Il primato della legge non è fondato sulla stantia ripetizione della versione più banale del principio della separazione dei poteri, bensì sull'insopprimibile esigenza che in un ordinamento democratico ad ogni scelta politica si accompagni una responsabilità» (SILVESTRI, *Le sentenze normative*, cit., 1714). Nella stessa prospettiva - dell'impossibilità, per chi come la Corte è privo di responsabilità, di operare scelte politiche - si muove CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, (dal dattiloscritto p. 27): «per limitare la libertà personale preferisco, ancora, ad un giudice delle leggi colto e *giusto*, ma irresponsabile, un legislatore talora, perfino rozzo, ma responsabile secondo le regole della democrazia rappresentativa».

tanto quando si decide di punire un determinato fatto, tanto quando – invece – si sceglie di ampliare gli spazi di libertà.

In altri termini, sembra che il vero punto consista non tanto nel decidere se la Corte possa svolgere un compito di *normazione* suppletivo in un momento storico ove il legislatore sembra a taluni agire con modalità che non garantiscono l'eguale trattamento del cittadino, quanto nell'affermare che la legalità costituzionale non tollera «zone franche» al cui interno si possa legiferare anche in contrasto con i valori della Costituzione.

In particolare, nel settore delle norme penali di favore è concreto il rischio che le scelte legislative vengano effettuate in spregio del principio di uguaglianza e pertanto – sempre che si concordi con la premessa della inaccettabile presenza nell'ordinamento di una norma penale costituzionalmente illegittima (seppure di favore) – l'utilizzo del criterio della ragionevolezza, così come declinato dall'art. 3 Cost., viene a costituire un utile strumento di intervento per ripristinare la legalità costituzionale violata.

2. La ragionevolezza della scelta penale.

La Corte costituzionale ha più volte ribadito che la configurazione delle ipotesi criminose e la determinazione delle sanzioni per ciascuna di esse rientrano nella discrezionalità del legislatore, «con la conseguenza che un sindacato sul merito delle scelte legislative è possibile solo ove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene allorquando la *sperequazione normativa tra fattispecie omogenee* assuma aspetti e dimensioni tali da non potersi considerare sorretta da alcuna ragionevole giustificazione»²²⁹.

Il rischio che tramite il *grimaldello* della ragionevolezza si aprano le porte per un intervento suppletivo della Corte nelle scelte politiche è particolarmente avvertito dalla dottrina penalistica: il sospetto è che la Corte celi la volontà di sostituire la propria valutazione politico-criminale alla valutazione del Parlamento che, per quanto arbitraria, proviene da un soggetto eletto dal popolo e verso questo responsabile²³⁰.

Prima di esaminare i modi in cui la ragionevolezza è stata declinata nel controllo sulla legge penale occorre intendersi sui significati ad essa riconducibili e sugli spazi che le sono riservati nell'ambito del sindacato di costituzionalità²³¹.

²²⁹ C. cost. 394 del 2006.

²³⁰ DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza*, cit., 114. Considerazioni critiche sul ruolo politico della Corte si trovano anche in INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000, 288 e ss.

²³¹ La letteratura costituzionalistica sul punto è amplissima; si vedano, tra gli altri, le riflessioni di CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc.giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991; PALADIN, voce *Ragionevolezza*, in *Enc.dir.*, agg., I, Milano, 1997; MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

Tradizionalmente il livello minimo del sindacato di ragionevolezza è rinvenuto nel controllo di uguaglianza²³²; uguaglianza che nella prima giurisprudenza costituzionale imponeva soltanto il divieto di disparità formali (diversità di trattamento per situazioni considerate uguali; divieto di discriminazioni o differenziazioni soggettive indicate al primo comma dell'art. 3 Cost.)²³³.

Ma i primi segnali di un ampliamento dei contenuti di tale principio si sono intravisti già con la sentenza n. 53 del 1958, ove la Consulta ha affermato che «una legge che pareggiasse situazioni che sono oggettivamente diverse violerebbe al pari il principio dell'eguaglianza, e contrasterebbe con le ripetute affermazioni della Corte, secondo le quali è da ritenere costituzionalmente legittimo il diverso regolamento legislativo di situazioni diverse».

Successivamente con la sentenza n. 15 del 1960 si compie un ulteriore passo verso la declinazione del *criterio*²³⁴ della ragionevolezza: «non basta accertare che la norma non sia in contrasto con i precetti inderogabili posti dal primo comma dell'art. 3», perché questa disposizione deve considerarsi violata «anche quando la legge, senza un *ragionevole motivo*, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni».

Ciò premesso, si osserva come l'uguaglianza costituisca il principale *ambito* in cui si esplica il controllo di ragionevolezza, da intendersi come «canone di

²³² Così CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc.giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

²³³ C. Cost. 3/1957: «il principio di uguaglianza non va inteso nel senso che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni diverse [...] ma lo stesso principio deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione»

²³⁴ «La ragionevolezza non è un principio costituzionale», ma «un metodo ermeneutico che apre (può aprire) ad uno speciale criterio di decisione, di giudizio (applicazione del diritto)» (MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 55 e 64).

non arbitrarietà e di ragionevolezza delle qualificazioni legislative»²³⁵; nella stessa prospettiva si è sostenuto anche che «allo stato attuale l'area di applicazione giurisprudenziale dell'eguaglianza tende a coincidere in concreto con l'area del sindacato sull'esercizio della funzione legislativa *tout court*»²³⁶.

Un secondo ambito di applicazione del criterio della ragionevolezza attiene alla coerenza, congruità o congruenza del mezzo legislativo a perseguire lo scopo; in particolare con riferimento alle limitazioni legislative dei diritti fondamentali la verifica di adeguatezza si sviluppa in un controllo di proporzionalità.

Nel settore penale tutto ciò si traduce nell'esigenza che le sanzioni siano previste e disciplinate secondo il principio di proporzionalità: la pena deve essere cioè «proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia al contempo alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali»²³⁷.

Si aggiunge poi come la stessa funzione rieducativa della pena implichi un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte ed offesa dall'altra»²³⁸.

Appaiono opportune talune considerazioni sul parametro della proporzione tra disvalore del fatto e entità della risposta sanzionatoria.

È bene sottolineare che l'eterogeneità delle grandezze a confronto rende indispensabile una razionalizzazione del giudizio attraverso l'uso del *tertium comparationis*: il giudizio di proporzione sulla misura della pena si caratterizza per essere un giudizio relativo²³⁹.

²³⁵ MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., 13.

²³⁶ SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 45.

²³⁷ C. cost., 409 /1989.

²³⁸ C. cost., 313 /1990.

²³⁹ In questo senso PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, 374.

Se è sostanzialmente impossibile instaurare una corrispondenza biunivocamente necessaria (“giusta”) tra un certo fatto criminoso ed una determinata misura di pena, è invece possibile verificare che quel rapporto reato – pena sia proporzionato non in sé ma nel confronto con altro rapporto reato - pena che (implicitamente) si assume invece proporzionato.

In questa prospettiva si è detto che «il giudizio di proporzione sulla misura della pena trova un punto di riferimento obbligato nel *tertium comparationis*²⁴⁰ costituito dalla previsione edittale di altra fattispecie: col che viene assicurato il carattere “endo-normativo”, addirittura “endo-ordinamentale del giudizio»²⁴¹.

Ed è proprio nell’ambito dello schema triadico che si è mossa la Corte costituzionale quando, con la sentenza n. 394 del 2006, ha dichiarato l’irragionevolezza delle norme sui falsi elettorali. In quell’occasione si è infatti affermata la sussistenza di una «sperequazione normativa» fra fattispecie omogenee (il *tertium comparationis* è stato individuato nelle ipotesi di falsità previste nel codice penale), dovendosi semmai riconoscere un maggior disvalore proprio alle fattispecie in materia elettorale in considerazione del particolare rilievo costituzionale del bene finale protetto.

Un’osservazione sul punto.

²⁴⁰ Non può negarsi, tuttavia, come la Corte talvolta per assicurarsi degli spazi nella rideterminazione del trattamento sanzionatorio accentui le distanze esistenti tra la norma *sub iudice* ed il *tertium comparationis*, così introducendo elementi innovativi che travolgono l’originaria dosimetria sanzionatoria.

²⁴¹ PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375. L’Autore evidenzia che per poter fare a meno del *tertium comparationis* si deve ipotizzare il ricorso a parametri costituzionali diversi dalla ragionevolezza e dalla proporzione ma parimenti capaci di incidere sulla legittimità della previsione edittale. Vengono alla mente quello ovviamente della legalità, peraltro sotto il circoscritto profilo di un’eventuale indeterminatezza conseguente ad una forbice edittale eccessivamente divaricata; e quello della funzione rieducativa della pena, ma ovviamente nella remota ipotesi in cui esso venga assunto in un suo contenuto immediatamente incidente sulla misura della pena, senza cioè passae per il tramite della proporzione.

L'ancoraggio del giudizio di ragionevolezza al *tertium comparationis* non ne esclude profili di discrezionalità. Al riguardo è stato opportunamente sottolineato che il *tertium comparationis* si rivela in fondo «un fattore di aleatorietà del giudizio di costituzionalità» in quanto «presuppone sempre necessariamente un'operazione valutativa della fattispecie impugnata», poiché solo alla stregua di un determinato parametro valutativo gli elementi differenziali propri di quella fattispecie possono apparire tali da imporre ad esempio un diverso trattamento al *tertium comparationis*. In sintesi, i giudizi *valutativi* che si effettuano nell'esplicare il controllo di ragionevolezza sono sostanzialmente identici a quelli che si compiono (a monte) nella scelta della fattispecie di riferimento²⁴².

²⁴² PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375 ss.

3. La Corte costituzionale ed il rifiuto di «zone franche».

L'attuale fisionomia del sindacato di costituzionalità sulle norme penali, come si è già osservato, non mutua i propri caratteri dalla necessità di porre *rimedio* alla crisi di democraticità che ritiene la gran parte della dottrina penalistica stia segnando il contingente momento politico, ma deve, piuttosto, essere apprezzata partendo da quella che la Corte ha definito «un' *ineludibile esigenza*»²⁴³.

Si riportano qui le stesse parole dei giudici costituzionali, nella convinzione che ciò che sembra una premessa del ragionamento sull'ammissibilità di un sindacato *in malam partem* possa costituire, in realtà, la *chiave di lettura* finale per verificare se l'innegabile *sacrificio* cui si esporrebbe il principio di riserva di legge sia *bilanciato* dal raggiungimento di un obiettivo il cui mancato conseguimento non potrebbe essere tollerato dall'ordinamento.

E questo obiettivo si traduce nella necessità di «evitare la creazione di "zone franche" dell'ordinamento (così la sentenza n. 148 del 1983), 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. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale,

²⁴³ C. cost. 394/2006.

mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole»²⁴⁴.

La questione che vede contrapporsi i poteri giurisdizionali di controllo della Consulta e le prerogative di normazione del Parlamento è tutta racchiusa nel passaggio motivazionale della sentenza ora richiamata.

Con un'avvertenza. La soluzione finale finisce per dipendere da una scelta iniziale di tipo ideologico e, in quanto tale, di fedeltà ad un modello. Scelta peraltro *difficile* proprio perché non esiste una soluzione interpretativa che consenta di salvaguardare la *tenuta* complessiva del sistema; o si *cede* nell'ordinamento penale e ci si rassegna a vedere scalfita la trincea della riserva di legge, oppure ci si barrica nella roccaforte della legge penale e si osserva come all'esterno si sia determinata una *crepa* nella cornice della legalità costituzionale.

Entrambe le soluzioni non sono sicuramente appaganti; si tratta, allora, di decidere quale sia il sacrificio che si è costretti a sopportare, nella consapevolezza che, trattandosi del settore penale, è in gioco il sommo bene della libertà personale del cittadino. Quest'ultimo, si è detto, è garantito dal fondamento di democraticità che si rinviene nella riserva di legge e tuttavia «è chiaro che il legislatore non è un'*entità onnipotente* cui tutto è consentito in virtù della sua legittimazione democratica diretta»²⁴⁵.

Ciò che l'ordinamento pare non possa tollerare è la consacrazione di «zone franche istituzionali»²⁴⁶ dove leggi incostituzionali sono sottratte al controllo

²⁴⁴ C. cost. 394/2006.

²⁴⁵ GIUNTA, *La Corte costituzionale*, cit., 1504. Nello stesso senso PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1292: «il primato della politica [...] non può significare monopolio assoluto del legislatore, in quanto si abbia consapevolezza della reale molteplicità della politica».

²⁴⁶ L'espressione è di M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale*, cit., 557.

della Corte costituzionale²⁴⁷. Si consideri, poi, che spesso la previsione di ingiustificabili divari sanzionatori tra reati e reati, oppure di odiose discriminazioni soggettive tra i loro autori rappresenta un intervento normativo più grave della stessa abolizione del reato²⁴⁸.

Affermare il carattere assoluto della riserva di legge significherebbe lasciare alla discrezionalità del legislatore l'opzione di rendere lecito un fatto o mitigarne la pena anche in violazione del principio di uguaglianza, determinando, grazie all'operare della regola della retroattività della legge più favorevole, una *sostanziale amnistia* anche per i fatti pregressi.

La considerazione che non possa permanere in vigore una norma che viola la Costituzione – solo al fine di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale produca *effetti in malam partem* - ha aperto il varco alla sindacabilità delle norme penali di favore²⁴⁹.

In altri termini, può dirsi che gli effetti *in malam partem* che – di sicuro - si produrrebbero nell'ordinamento a seguito di una pronuncia di accoglimento della questione sono meno *indesiderabili* di quelli a cui si assisterebbe se venisse continuata ad applicare una norma che viola i valori tutelati nella Costituzione; situazione tanto più insopportabile quando ad essere tradito è il

²⁴⁷ Al contrario, ritiene che sia intollerabile la partecipazione della Corte nel processo normativo VENEZIANI, *Opinioni a confronto*, cit., 248: «l'idea che istituzionalmente la Consulta partecipi all'opera di rifinitura delle norme create dal legislatore, mutandone il contenuto anche *in malam partem*, mette francamente qualche brivido». Nella stessa prospettiva si muove CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano* (dal dattiloscritto p. 29), per il quale «ma dove il diritto penale rimane diritto penale, la consequenzialità dogmatica impone ancora di riservare esclusivamente al legislatore, politicamente responsabile, la scelta politica sulla misura della libertà personale».

²⁴⁸ In questo senso M. ROMANO, *Norme incriminatrici arbitrariamente discriminatorie «in se stesse ragionevoli» e costituzionalmente legittime?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, 1319; ritiene che sia più grave per l'ordinamento, rispetto alla sua "cancellazione", la conservazione di una norma penale che sancisca una inspiegabile discriminazione tra soggetti destinatari di un medesimo obbligo.

²⁴⁹ M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale*, cit., 557.

rispetto di quell'*uguaglianza* che impone di trattare in modo eguale situazioni eguali²⁵⁰.

²⁵⁰ Sulla declinazione del principio di uguaglianza nelle norme penali INSOLERA, *Principio di uguaglianza e controllo di ragionevolezza*, cit., 288 e ss.

4. L'inevitabile *conflitto di valori costituzionali*. Il bilanciamento come «scelta di campo».

Come si è visto il sindacato di costituzionalità (nei limiti della *ragionevolezza*) sulle norme penali di favore, per definizione derogatorie del principio di uguaglianza, equivale ad un controllo «sull'uso legislativo della disuguaglianza»²⁵¹, che si traduce, tuttavia, nella produzione di effetti *in malam partem* per i cittadini.

È evidente, dunque, che *in gioco* vi sia la salvaguardia di due valori costituzionali: l'uguaglianza e la libertà personale (garantita dal principio di riserva di legge); tali valori entrano in conflitto²⁵² allorquando si tratti di scegliere se paralizzare lo scrutinio di costituzionalità - con ciò proteggendo il diritto inviolabile di cui all'art. 13 Cost. - oppure dichiarare l'illegittimità di norme che si pongono in contrasto con il dettato di cui all'art. 3 Cost.²⁵³.

La circostanza che i diversi principi espressi in Costituzione possano entrare in frizione gli uni con gli altri è la naturale conseguenza della pluralità di valori contemperati nella Carta fondamentale; non è tanto il conflitto, quindi, che deve preoccupare, quanto l'individuazione dei criteri di risoluzione dello stesso.

²⁵¹ GIUNTA, *La Corte costituzionale*, cit., 1509.

²⁵² Sul tema del conflitto tra principi costituzionali GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006, 743: «ogni principio è, per definizione, e dunque necessariamente in conflitto con altri principi: insomma l'essere in conflitto con altri principi è un tratto definitorio dei principi, fa parte del concetto stesso di principio».

²⁵³ «Il tema della libertà propone molteplici spunti di riflessione [...] che trascendono necessariamente da un'analisi soltanto concettuale e tecnica, ad una valutazione di fondo del rapporto tra l'individuo, l'autorità e la società (FLICK, voce *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Milano, 1974, 535).

A ben vedere ciascun principio e ciascun valore, «se intesi nella purezza di un loro concetto assoluto, si risolverebbero nell'impossibilità di ammetterne altri accanto»²⁵⁴.

Non pare che ci si possa sottrarre dal modello del bilanciamento²⁵⁵, ben conosciuto nella letteratura costituzionalistica, e tuttavia l'aver individuato il metodo di soluzione del conflitto nulla dice circa l'individuazione del principio che ha «più valore»²⁵⁶.

Si è detto che «il bilanciamento di principi consiste nell'istituire tra i due principi configgenti una gerarchia assiologia mobile»²⁵⁷; l'istituzione di una gerarchia di valore tra i principi coinvolti non può che presentare profili di discrezionalità nella scelta su ciò che prevale.

Tale discrezionalità non può essere abbandonata neanche riconoscendo un ruolo di supremazia a quelli che la giurisprudenza costituzionale definisce come «principi supremi», ovvero quei principi «che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»²⁵⁸.

²⁵⁴ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 13. L'autore sottolinea inoltre che «il tempo presente è quello in cui sembra dominante l'aspirazione a quanto è concettualmente impossibile ma praticamente altamente desiderabile: non la prevalenza di un solo valore e di un solo principio, ma la salvaguardia di tanti, contemporaneamente».

²⁵⁵ ALEXY, *Collisione bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in LA TORRE – SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002

²⁵⁶ GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione*, cit., 776.

²⁵⁷ GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di SCHELESINGER, Milano, 2004, 219.

²⁵⁸ C. cost. 1146/1988.

Ora, non pare possa dubitarsi che il principio di uguaglianza e quello di riserva di legge (nella sua funzione di garanzia del diritto inviolabile sancito all'art. 13 Cost.) rappresentino *entrambi* l'essenza dei valori supremi su cui è improntato l'assetto costituzionale dell'ordinamento²⁵⁹; sicché per risolvere il bilanciamento bisognerebbe individuare un ulteriore criterio in grado di selezionare tra i principi supremi quello con più valore. Ma non sembra possibile individuare un principio «più supremo tra i supremi».

Si potrebbe, allora, guardare alla complessiva *impronta personalistica* che connota la Costituzione per desumerne la centralità della persona e della sua libertà²⁶⁰. Così ragionando si dovrebbe concludere nel senso che almeno quando il sindacato di costituzionalità sia guidato dal criterio di ragionevolezza-razionalità (e non dal ben più stringente parametro dell'uguaglianza formale ex art. 3, comma 1, Cost.) i principi valutati «debbono sempre cedere il passo al valore supremo della libertà come proviene, sì dagli artt. 2 e 25, comma 2, ma soprattutto dall'art. 13 della Costituzione, con la relativa preclusione di un giudizio *in malam partem*»²⁶¹.

Il punto è, tuttavia, stabilire se effettivamente si possa stabilire una gerarchia – seppur assiologia²⁶² – dei valori.

²⁵⁹ Così, INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, 50 e ss.

²⁶⁰ In questa prospettiva, CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano* (dal dattiloscritto p. 20). Si veda anche Bricola, *Art. 25*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1981, 278: «tale libertà ha innegabilmente un ruolo primario o privilegiato, segnalato dal tipo rafforzato di riserva di cui all'art. 13».

²⁶¹ CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano* (dal dattiloscritto p. 20)

²⁶² Cfr. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di SCHELESINGER, Milano, 2004, 219, il quale precisa che «una gerarchia assiologia è una relazione di valore istituita (non dalle fonti stesse, ma) dall'interprete: per l'appunto mediante un soggettivo giudizio di valore. Istituire una gerarchia assiologica consiste nell'accordare ad uno dei due principi configgenti un maggior "peso", ossia un maggior valore, rispetto all'altro. Il principio dotato di maggior valore prevale, nel senso che è applicato; il principio assiologicamente inferiore soccombe – non nel senso che risulti invalido o abrogato, ma – nel senso che viene accantonato».

Si è al riguardo osservato che tale opera interpretativa parrebbe porsi in contrasto con il carattere pluralistico dei principi e dei valori racchiusi in Costituzione: «in caso di conflitto il principio più elevato priverebbe di valori tutti i principi inferiori e darebbe luogo a una minacciosa “tirannia del valore” fondamentalmente distruttiva»²⁶³.

L'assenza di una gerarchia formalmente predeterminata impone una particolare prudenza nel bilanciamento, ma per quanto la giurisprudenza costituzionale si sia sforzata di formalizzare gli schemi logici con i quali opera il bilanciamento tutti i tentativi non sono risultati appaganti.

È proprio un connotato dei principi e dei valori «la loro attitudine a rendersi relativi per potersi conciliare reciprocamente nella pratica del diritto», a differenza delle regole che si applicano nella forma del «o tutto o niente»²⁶⁴.

Ciò considerato, allora, nell'indeterminatezza della scelta su quale principio far prevalere potrebbe valorizzarsi quello che un principio non è, ma che, comunque, rappresenta il custode del rispetto di tutti valori tutelati nella Carta fondamentale: la legalità costituzionale.

Il sindacato di costituzionalità, svolgendo proprio la funzione di ripristinare la legalità costituzionale violata, assicura che vengano rispettati tutti i *valori* fatti propri dalla Costituzione, con ciò affermandone – implicitamente – la pari *significatività*.

Qualora si riconoscesse l'esistenza di un settore – quello delle norme penali di favore – sottratto a tale sindacato si ammetterebbe che vi sono certi valori (art. 3) che seppur violati non determinano la reazione dell'ordinamento perché *inferiori* rispetto ad altri che vanno salvaguardati

²⁶³ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 170.

²⁶⁴ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 171 e seg.

anche *a costo* di creare un *vulnus* di legalità nell'assetto costituzionale (con ciò incardinando, di fatto, i predetti valori all'interno di una gerarchia che verrebbe a negare il carattere pluralistico della società).

5. La legalità costituzionale come garanzia di eguale libertà.

Il controllo sulla legalità costituzionale, si è detto, è ciò che garantisce l'effettiva osservanza da parte del Parlamento dei valori fondanti la Costituzione; nell'ordinamento penale tutto questo assume un connotato peculiare in considerazione del fatto che le scelte normative incidono su di un bene che più di altri qualifica l'individuo: la libertà personale.

Quando ci si orienta nell'ambito di scelte di incriminazione tale libertà trova le proprie garanzie (ma anche i propri limiti) nel fondamento democratico della riserva di legge sancita al secondo comma dell'art. 25 Cost.; ci si deve chiedere, ora, se anche per le *scelte di libertà* effettuate dal legislatore si rinvengano nella Costituzione delle garanzie per il cittadino.

In altri termini, il punto è capire se quando il Parlamento muti la sua valutazione in ordine al disvalore penale di un certo fatto e decida di introdurre, ad esempio, una causa di non punibilità (o di attenuare la risposta sanzionatoria della fattispecie) lo possa fare in base a considerazioni discrezionali – e in quanto tali insindacabili – oppure se debba, comunque, garantire il rispetto di certi valori costituzionali, primo fra tutti quello di uguaglianza.

Le scelte politiche, in quanto tali, sono scelte discrezionali; ma discrezionalità non può significare arbitrio. La diversa ponderazione di interessi che può portare ad introdurre nell'ordinamento una norma *in favor libertatis* non può per ciò solo essere sottratta ad uno scrutinio che ne verifichi la compatibilità con la Costituzione.

Così come la riserva di legge – nei suoi momenti sostanziali – tendenzialmente tutela il cittadino dall'arbitrio del legislatore²⁶⁵ quando questo si determina a restringere gli spazi di libertà, il principio di uguaglianza dovrebbe *limitarne* l'arbitrio anche quando l'opzione normativa si indirizzi verso un ampliamento della sfera di liceità di un determinato comportamento. In altri termini l'art. 3 Cost. dovrebbe garantire ad ogni cittadino di poter *godere* della stessa libertà accordata ad altri che versino nelle medesime condizioni soggettive ed oggettive.

In questa prospettiva il diritto alla libertà personale verrebbe garantito non solo quando ci si indirizzi verso una sua compressione (art. 25 Cost.), ma anche quando la norma si proietti verso un'espansione della stessa (art. 3).

E che l'ordinamento penale non sia indifferente a tale esigenza lo si desume dalla disciplina accordata all'art. 2.c.p., per la quale – come è noto – chi ha compiuto lo stesso fatto di un altro, solo che in un momento precedente, ha diritto di beneficiare dell'eventuale diversa valutazione – in termini di disvalore – che il legislatore abbia compiuto con un norma successiva.

Se allora l'abolizione di un illecito penale costituisce il risultato di una valutazione di compatibilità tra il comportamento prima incriminato e l'interesse collettivo, sarebbe contraddittorio e irragionevole, cioè in violazione dell'art. 3 Cost., continuare a punire l'autore di un fatto ormai tollerato dall'ordinamento.

Quest'ultimo ha diritto di godere degli stessi spazi di libertà riconosciuti a chi dopo di lui ha posto in essere lo stesso comportamento (ritenuto, oramai, penalmente irrilevante). Ma se tale esigenza, in sede di *applicazione della legge*, è avvertita in modo così forte da travolgere addirittura l'eventuale

²⁶⁵ TRAPANI, voce *Legge penale*, I, *Fonti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, 1990, 4.

giudicato che nel frattempo si fosse formato, non pare che debba ragionarsi diversamente al momento della *formazione* della norma, quando si tratta cioè di scegliere quali soggetti e quali ipotesi ricondurre nel trattamento di favore; anche qui, infatti, il valore dell'uguaglianza deve essere rispettato.

Così se il paradigma costituzionale viene tradito si può aprire la strada al sindacato della Corte, la quale potrà orientare il proprio giudizio in base agli stretti parametri indicati dal primo comma dell'art. 3 Cost., oppure verificare la ragionevolezza – coerenza della scelta legislativa, intendendosi per «coerenza» il «quantum di conformità ai valori costituzionali»²⁶⁶.

Non si tratterebbe di effettuare pertanto uno scrutinio sulla pura razionalità o sulla armonia architettonica del sistema fine a se stessa, ma di ricercare un «livello minimo accettabile della norma censurata rispetto ai parametri della Costituzione»²⁶⁷.

Se è innegabile infatti che la funzione del giudice delle leggi è quella di ripristinare la legalità costituzionale violata, il sindacato, anche qualora venisse effettuato in ordine alla «ragionevolezza intrinseca», non potrebbe essere del tutto sganciato dal principio di uguaglianza; l'unico in forza del quale può *forse* sopportarsi l'altrettanto innegabile sacrificio della libertà determinato dalla dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale *in favor libertatis*.

²⁶⁶ MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 49.

²⁶⁷ SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza, Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, Milano, 2010, 17. Nella stessa prospettiva anche la Corte costituzionale (sent. 182 del 2007): «non è compito di questa Corte procedere ad aggiustamenti delle norme processuali per mere esigenze di coerenza sistematica e simmetria, in ossequio ad un astratto principio di razionalità del sistema normativo, senza che si possano rilevare lesioni di principi o regole contenuti nella Costituzione o di diritti costituzionalmente tutelati».

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AGRÒ, *Commento all'art. 3*, in BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975.
- ALEXY, *Collisione bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in LA TORRE – SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.
- AMATO, *Libertà (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974.
- BALDUZZI – SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc.dir.*, XL, Milano, 1989.
- BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- BETSU, *Retroattività della norma penale più favorevole e sindacato di costituzionalità: una rivisitazione*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- BIN, *Un ostacolo che la Corte non può aggirare*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1991.
- BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
- BIN, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.
- BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in LA TORRE – SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.
- BONOMI, *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una «differenziazione giustificata» da parte della giurisprudenza*

- costituzionale?*, in BALDUZZI-COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007.
- BONOMI, *Sono davvero inammissibili le additive in malam partem in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giur. Cost.*, 2008, 891.
- BRANCA, *Norme penali di favore, dall'irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*, in *Giur. Cost.*, 1981, 913.
- BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965.
- Bricola, *Art. 25*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1981.
- CABIDDU, *L'orologio, la bilancia e la spada. Ovvero: del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e del c.d. "favor rei"*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- CAPOTOSTI, *Reviviscenza di norme abrogate e dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1974, 1403.
- CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990.
- CARMONA, *Oltre la libertà per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano (dal dattiloscritto)*.
- CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari: verso l'inammissibilità dei referendum su "normative comunitariamente necessarie"*, in *Riv.it. dir. pubbl. com.*, 2000, 187.
- CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc.dir. Treccani*, 1998.
- CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976.
- CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc.giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

- COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della corte costituzionale*, Pisa, 1990.
- CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, 484.
- CRISAFULLI, *Incostituzionalità e abrogazione*, in *Giur. Cost.*, 1957, 271.
- CRISAFULLI, *In tema di efficacia di leggi incostituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1967, 685.
- CRISAFULLI, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Riv.trim. dir. e proc. civ.*, 1967, 1.
- CRISAFULLI, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1969.
- CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984.
- CUPELLI, *Commento all'art. 1 c.p.*, in LATTANZI – LUPO (a cura di) *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina.*, vol. 1, Milano, 2010.
- CURI, *L'attività paralegislative della Corte costituzionale in ambito penale:cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur.cost.*, 1995, 1091.
- D'ALESSIO, *Sulla sindacabilità delle norme penali «di favore»*, in *Giur. Cost.*, 1979, 679.
- D' AMICO M., *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- D' AMICO R. , *Il principio del favor rei ed il dialogo tra le Corti*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- DE MARTINO G., *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur.cost.*, 2006, 4170.

- DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004.
- DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995, 159.
- DI GIOVINE, *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1996, 824.
- DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2006.
- DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 100.
- DI GIOVINE, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 217.
- DODARO, *Disciplina della prescrizione e retroattività della norma penale più favorevole*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 1135.
- DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50.
- DONINI, *Il volto attuale del diritto penale*, Milano, 2004.
- ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954.
- FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 353.
- FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, XVI VOL., 1247.
- FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza, Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, Milano, 2010, p. 115.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.

- FLICK, voce *Libertà individuale (delitti contro la,)* in *Enciclopedia del diritto*, vol.XXIV, Milano, 1974.
- FRANCO, *Considerazioni sulla dichiarazione di incostituzionalità di norme espressamente abrogatrici*, in *Giur. Cost.*, 1974, 3436.
- GALLO M., *La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1956, 723.
- GALLO M. , *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino, 1999.
- GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass.pen.*, 2007, 467.
- GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008.
- GAMBARDELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2010, 3727.
- GEMMA, *Una declaratoria di incostituzionalità difficile ma doverosa*, AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- GIACOBBE, voce *Reviviscenza e quiescenza*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 189.
- GIRONI, *Le guarentigie del consiglio superiore della magistratura*, in *Foro it.* 1983, 1801.
- GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di legittimità costituzionale del falso in bilancio*, in *Dir.pen.proc.*, 2004, 1497.
- GIUNTA, *Relazione*, in ZILLETTI- OLIVA (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali* , Pisa, 2007.
- GRASSI M., *La Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in malam partem*, in *Ind.pen.*, 2007, 141.

- GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2006, 1043.
- GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di SCHELESINGER, Milano, 2004.
- GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006, 743.
- INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV. ,*Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000.
- INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003.
- INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 671.
- INSOLERA, *Relazione*, in ZILLETTI- OLIVA (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali* , Pisa, 2007.
- INSOLERA – MANES, *La sentenza della corte di giustizia sul falso in bilancio: un epilogo deludente?*, in *Cass.pen.*, 2005, 2764.
- KELSEN, *Democrazia e cultura*, Bologna, 1955.
- LA ROSA, *La condivisibile ragionevolezza sulle norme penali di favore*, in *Dir. Pen.proc.*, 2007, 324.
- LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind.pen.*, 2003, 895.
- LATTANZI, *La non punibilità dei Componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *Foro it.*, 1983, 1800.

- LAVAGNA, *Sulle «sentenze additive» della Corte costituzionale*, in *Giur.it.*, 1969, 149.
- MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1614.
- MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. Giust.*, 2006, 31.
- MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 739.
- MANES, *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in www.forumcostituzionale.it
- MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007.
- MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le zone franche*, in *Giur. Cost.*, 2006, 4166.
- MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2008, 77.
- MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999.
- MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione, di tassatività*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 444.
- MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.
- MICHELETTI, *L'incensurabilità delle «riforme penali di favore»: un limite tecnico o di moderazione politica?*, in *Giur.cost.*, 2008, 3488.
- MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’*, Napoli, 2001.

- MODUGNO, *Sulla pretesa incostituzionalità del requisito della «rilevanza» per le quaestiones legitimitatis*, in *Giur. Cost.*, 1971, 1220.
- MODUGNO, *Problemi o pseudo problemi relativi alla cosiddetta reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in *Studi in memoria di Calo Esposito*, Padova, 1972, 1976.
- MODUGNO, voce *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXIII, 1973, 1035.
- MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir. Agg.*, Milano, 1997.
- MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.
- MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975.
- NAPOLEONI, *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta da «reato societario»*, in *Cass.pen.*, 2009, 294.
- NICOSIA, *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità in materia di proporzione e adeguatezza allo scopo di sanzioni penali: un caso di self-restraint della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2003, 64.
- ONIDA, *Note su un dibattito in tema di rilevanza delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, 997.
- ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in *AA.VV., Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 285.
- PAGLIARO, *Sproporzione irragionevole dei livelli sanzionatori o sproporzione irrazionale*, in *Giur.cost.*, 1997, 759.
- PALADIN, voce *Eguaglianza*, in *Enc.dir.*, XIV, Milano, 1965.

- PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Giur.cost.*, 1984, 216.
- PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, 660.
- PALADIN, voce *Ragionevolezza*, in *Enc.dir.*, agg., I, Milano, 1997.
- PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998.
- PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1993.
- PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, 350.
- PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, XVI vol., 1279.
- PARODI GIUSINO, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, 915.
- PECORELLA C., *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.proc.pen.*, 2006, 302.
- PECORELLA C., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 343.
- PEDRAZZI, *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1974, 444.
- PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1975, 646.
- PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in www.forumcostituzionale.it.

- PELLIZZONE, *La questione sul falso in bilancio: oggetto e limiti del sindacato costituzionale in materia penale*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur.it.*, 1971, 192.
- PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, 123.
- PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, 305.
- PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1986, 809.
- PUGIOTTO, *Sentenze normative: legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività delle fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, 4199.
- PUGIOTTO, *Vite parallele? "Rifiuti" e "Falso in bilancio" davanti alla Cortcostituzionale e di giustizia*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- PULITANÒ, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.* 1983, 1806.
- PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1993, 484.
- PULITANÒ, *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr.merito*, 2007.
- PULITANÒ, *Giudizi di fatto e controlli di costituzionalità di norme penali*, in *Riv.it. dir. E proc.pen.*, 2008, 1004.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009.

- ROMANO M., *Norme incriminatrici arbitrariamente discriminatorie «in se stesse ragionevoli» e costituzionalmente legittime?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, 1319.
- ROMANO M., *“Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.* 1992, 46.
- ROMANO M. , *Commentario sistematico del codice penale*, Vol 1, Milano, 2004.
- Romano M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, 2008, 29.
- ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2008, 538.
- RONCO, *La legge penale*, Bologna, 2006.
- SALCUNI, *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2003, 843.
- SALCUNI, *Il “canto del cigno” degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in bilancio*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2005, 109.
- SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- SCACCIA, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dizionario di diritto pubblico, diretto da Cassese*, Milano, 2006.
- SCOLETTA, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, in AA.VV., *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- SCOLETTA, *L’irragionevole insindacabilità dell’arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. Cost.*, 2009, 428.
- SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1986, 1684.

- SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza, Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, Milano, 2010.
- SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 2002, 171.
- SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, (a cura di) P. Bilancia-M. D'Amico, Milano, 2009.
- STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, 625.
- TRAPANI, voce *Legge penale*, I, *Fonti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, 1990.
- VASSALLI, *Abolito criminis e principi costituzionali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 377.
- VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 233.
- VERONESI, *La sostenibile irretroattività della norma penale favorevole*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.
- ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale ed il legislatore*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1983, 103.
- ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.
- ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti*, Torino, 2006.
- ZANON, *Il controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in AA.VV., *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007.

ZIOTTI, *La sentenza Berlusconi: una pronuncia coerente con la precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.