

Roberto GAROFOLI

MANUALE di DIRITTO PENALE

PARTE GENERALE

**ADDENDA DI AGGIORNAMENTO
LEGISLATIVO E GIURISPRUDENZIALE
APRILE 2025**

Aggiornata, tra l'altro, a

- L. 21 febbraio **2025**, n. 15 di conv. del D.L. 27 dicembre 2024, n. 202 dicembre (c.d. **Milleproroghe**)



**Neldiritto
Editore**

CAPITOLO III

LE FONTI DEL DIRITTO PENALE

Omissis

8.2. Le sentenze *in malam partem* compatibili con il principio di riserva di legge. Il contrasto con obblighi sovranazionali: Cass. Sez. VI, ord. 7 marzo 2025, n. 9442, in relazione all'abrogato abuso di ufficio.

In altri casi può verificarsi che gli effetti *in malam partem*, pure prodotti dalla sentenza della Corte, conseguano non già a un'inammissibile sostituzione della Corte stessa al Parlamento nella formulazione di scelte di politica criminale, quanto piuttosto al funzionamento di meccanismi ordinamentali volti ad assicurare che le lacune di disciplina determinatesi per effetto della verifica di incostituzionalità siano colmate.

È quanto sostenuto dalla Corte costituzionale con sentenza 23 novembre 2006, n. 394. Ad avviso della Corte, infatti, quando la declaratoria di illegittimità costituzionale riguarda *norme penali c.d. di favore*, volte cioè a stabilire, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello risultante dall'applicazione di norme generali o comuni, l'effetto *in malam* che ne deriva “*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*”.

L'assunto, che trova un precedente nella sentenza n. 148 del 1983, si giustifica con l'esigenza di evitare la creazione di “*zone franche*” dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, in cui il legislatore si trovi di fatto svincolato dal rispetto del testo costituzionale. La Corte, infatti, ritiene che “*qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità in malam partem fosse attribuito carattere assoluto, si (...) ver[rebbe] 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*”.

Pertanto, il principio di legalità impedisce in via assoluta alla Corte di introdurre nuove norme penali, ma non le preclude l'adozione di decisioni ablative incidenti su disposizioni che accordano un trattamento di favore a determinate categorie di soggetti o di condotte. In casi siffatti, la riespansione della norma generale è la naturale reazione dell'ordinamento al venir meno della norma annullata, e non la conseguenza di un intervento creativo o additivo precluso al Giudice costituzionale, che altrimenti violerebbe il monopolio del legislatore sulle scelte di criminalizzazione.

La preclusione delle pronunce *in malam partem* non viene in considerazione neppure quando si discuta di vizi formali o di incompetenza, relativi, cioè, al procedimento di formazione dell'atto legislativo e alla legittimazione dell'organo che lo ha adottato.

Con riferimento all'utilizzo dei decreti-legge, ad esempio, Corte cost. 18 gennaio 2022, n. 8 (relativa alla questione di legittimità costituzionale – invero rigettata – sollevata con riguardo alle modifiche al reato di abuso d'ufficio introdotte con l'art. 23 co. 1 del d.l. 76/2020) ha chiarito la propria competenza a scrutinare nel merito, malgrado i possibili effetti *in malam partem*, non solo questioni volte a censurare l'inserimento in sede di conversione di norme penali “intruse”, prive cioè di ogni collegamento logico-giuridico

Norme penali di favore: Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394

Sentenze *in malam partem* e decretazione d'urgenza

con il testo originario del decreto-legge, ma anche, e prima ancora, questioni intese a denunciare la carenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, ai quali è subordinata l'eccezionale legittimazione del Governo ad adottare atti con forza di legge in assenza di delegazione parlamentare.

**Abrogazione
contrastante
con i limiti
della legge
delega**

Nella sua giurisprudenza recente, la Corte costituzionale ha esteso la possibilità di un suo sindacato – proprio utilizzando i precedenti già sinora citati – al peculiare (e non del tutto infrequente) caso in cui la norma penale di favore sia costituita da un intervento abrogativo (che comporti pertanto una vera e propria *abolitio criminis*) realizzato da legislatore delegato, in sede di decreto legislativo, che abbia tuttavia agito violando i limiti della legge delega posti ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione.

La questione era già stata affrontata con la sentenza *Corte cost. del 23 gennaio 2014 n. 5*, con la quale i giudici delle leggi hanno ritenuto ammissibile il sindacato di legittimità su norme penali favorevoli (nel caso di specie produttive di effetti di *abolitio criminis*) allorché sospettate di aver ecceduto i vincoli costituzionali derivanti dal rispetto della legge di delega: ad avviso della Corte, il principio di riserva di legge in materia penale non solo non costituisce un ostacolo all'ammissibilità del sindacato *in malam partem* su tali norme, ma finirebbe per essere a sua volta violato da una norma che, incidendo sul trattamento penale di alcuni fatti, sia contenuta in un decreto legislativo assunto in violazione dell'art. 76 Cost. Nel dettaglio, intervenendo in materia penale in assenza o fuori dai limiti di una valida legge di delega, il Governo assumerebbe “*scelte di politica criminale autonome e contrastanti con quelle del legislatore delegante*”, ossia quelle espresse dal Parlamento cui in via esclusiva competono ex art. 25, co. 2, Cost.

La questione si è riproposta di recente in vicende relative all'attuazione della c.d. riserva di codice (per la quale si rinvia al **par. 6 del Cap. II**) ad opera del d.lgs. n. 21 del 2018: nonostante la legge delega non prevedesse alcuna possibilità di interventi modificativi/innovativi ad opera del legislatore delegato (incaricato di una mera opera di sistemazione), alcuni interventi operati dal d.lgs. del 2018 hanno generato perplessità di ordine costituzionale, proprio sotto il profilo del rispetto dei richiamati limiti della legge delega: la prima questione è stata risolta da *Corte cost., 18 luglio 2019, n. 189*. Nel ritenere infondata la questione sollevata con riferimento al “nuovo” art. 570-bis c.p., attesa la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, Corte ha comunque considerato ammissibile e rilevante una questione che, se accolta, avrebbe comportato appunto una reviviscenza della disciplina previgente, fatta oggetto di *abolitio criminis* dal legislatore delegato.

Lo stesso principio è stato fatto proprio da *Cass., Sez. III, 21 settembre 2020, n. 26326*, che ha sollevato apposita questione di legittimità costituzionale, decisa dalla Corte costituzionale con sentenza del 22 aprile 2022, n. 105 (per la cui trattazione, si rinvia a **par. 6**), con riferimento all'art. 586-bis, comma 7, c.p. introdotto proprio dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, nella parte in cui - sostituendo la precedente formulazione dell'art. 9, l. 14 dicembre 2000, n. 376, abrogato dal medesimo d.lgs. n. 21 del 2018 – ha introdotto tra gli elementi costitutivi della fattispecie di commercio di sostanze dopanti “*il fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*”. Al riguardo è stata prospettata dal giudice rimettente la possibilità di un vero e proprio eccesso di delega, nella parte in cui il legislatore delegato non si è limitato a trasferire nella nuova collocazione normativa la riproduzione della previgente disposizione incriminatrice, ma ne avrebbe ristretto il perimetro applicativo prevedendo, quale elemento costitutivo, il sopra descritto dolo specifico, con conseguente parziale *abolitio criminis*.

**Interviene
Corte cost.,
22 aprile
2022, n.
105**

Sul punto, *Corte cost., 22 aprile 2022, n. 105*, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 586-bis, comma 7, c.p. (introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21), limitatamente alle parole “*al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*”, ha ancora una volta escluso che il principio della riserva di legge in materia penale precluda il sindacato di legittimità costituzionale in ordine alla violazione dell'art. 76 Cost., giacché “*tale principio è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa. [...] L'abrogazione della fattispecie criminosa mediante un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si porrebbe dunque in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., che demanda in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, precludendo al Governo scelte di politica criminale autonome o contrastanti con quelle del legislatore delegante*”. Se si escludesse il sindacato costituzionale sugli

atti legislativi adottati dal Governo anche nel caso di violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti.

L'ammissibilità di un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti in *malam partem* è, infine, discussa per l'ipotesi di dubio della contrarietà della disposizione penale a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, co. 1, Cost.

Il contrasto con obblighi sovranazionali: Cass. Sez. VI, ord. 7 marzo 2025, n. 9442

Sul punto, Cass. Sez. VI, ord. 7 marzo 2025, n. 9442, ritenendo violati gli artt. 11 e 117 Cost., nonché, quali norme interposte, gli artt. 7 par. 4, 19 e 65 par. 1 Convenzione di Merida, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, lett. b) della l. n. 114/2024 (c.d. legge Nordio), che ha abrogato l'art. 323 c.p.

Giova premettere che, secondo la Corte di Cassazione, il citato art. 19 della Convenzione di Merida pone un obbligo di criminalizzazione, distinguendo due fattispecie: a) lo Stato parte che non abbia introdotto la fattispecie prima dell'adesione alla Convenzione di Merida, sarà tenuto a valutare concretamente e seriamente la sua introduzione in conformità al proprio diritto interno; b) lo Stato parte che invece, come l'Italia, abbia già introdotto la fattispecie prima dell'adesione alla Convenzione di Merida, sarà tenuto a non abrogare la fattispecie già vigente, vieppiù senza la contestuale adozione di alcuna misura preventiva e/o repressiva-sanzionatoria caratterizzata da concreta ed effettiva dissuasività.

Ad avviso dei giudici di Cassazione, con la questione di costituzionalità relativa all'abrogazione dei reati di abuso di ufficio non si richiede alla Corte costituzionale “il sindacato di costituzionalità su un caso di inattuazione originaria da parte del legislatore dei vincoli dagli obblighi internazionali, che non consente alla Corte costituzionale di surrogare l'inerzia del Parlamento, sovrano in materia di scelte di criminalizzazione, introducendo una nuova incriminazione, ma su un caso di inattuazione sopravvenuta di tali vincoli, che consente la reviviscenza della fattispecie di reato abrogata e, dunque, la riespansione della sua efficacia”.

Per i giudici di legittimità, pertanto, in “questo caso, la Corte costituzionale non opera alcuna scelta di criminalizzazione, ma si limita a rimuovere la norma incostituzionale; l'effetto sfavorevole deriva dalla reviviscenza della norma precedente, posta dallo stesso legislatore, unica costituzionalmente conforme, perché rispettosa dell'obbligo sovranazionale”.

Allora, procedendo per gradi, per la Suprema Corte, una prima criticità argomentativa potrebbe trapelare dal fatto che il richiamo, compiuto dalla Cassazione alle pronunce summenzionate della Consulta, non riguarda le fonti del diritto sovranazionale *latu sensu*, ma unicamente quelle previste dall'ordinamento comunitario.