

Roberto GAROFOLI

Compendio di

DIRITTO PENALE

Parte Generale

XIII edizione
2025-2026



**Neldiritto
Editore**

sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera d), del D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21, nella parte in cui - sostituendo l'art. 9 della legge 14 dicembre, 2000, n. 376 - prevede, al settimo comma, il fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti. Ciò in quanto il legislatore delegato, pur non avendone il potere in base alla legge delega, ha arricchito la descrizione della fattispecie del reato di commercio illecito di sostanze dopanti con l'introduzione del dolo specifico, così riducendo l'ambito di rilevanza della fattispecie penale del commercio di sostanze dopanti rispetto a quella previamente prevista nel comma 7 dell'art. 9 della citata legge n. 376 del 2000. Ad avviso della Corte, la delega di cui all'art. 1, comma 85, lettera q), della l. n. 103 del 2017, nel demandare al Governo "*l'inserimento nel codice penale delle fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore*", assumeva l'univoco significato di precludere, al legislatore delegato, di modificare in senso, sia ampliativo, sia restrittivo, le fattispecie criminose vigenti nella legislazione speciale.

Quanto all'ulteriore questione che la pronuncia di illegittimità costituzionale, richiesta dai giudici rimettenti, avrebbe l'effetto di ampliare l'area della rilevanza penale della condotta di commercio di sostanze dopanti, la Corte conferma che in linea di principio sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che concernano disposizioni abrogative di una previgente incriminazione, e che mirino al ripristino nell'ordinamento della norma incriminatrice abrogata, dal momento che a tale ripristino osta, di regola, il principio consacrato nell'art. 25, secondo comma, Cost., che riserva al solo legislatore la definizione dell'area di ciò che è penalmente rilevante. Principio, quest'ultimo, che determina in via generale l'inammissibilità di questioni volte a creare nuove norme penali, a estenderne l'ambito applicativo a casi non previsti (o non più previsti) dal legislatore.

Tuttavia, secondo la Corte, "*tali principi non sono senza eccezioni. E tra tali eccezioni, senz'altro rientra l'uso scorretto del potere legislativo da parte del Governo che abbia abrogato, anche parzialmente, mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega*".

Sicché, su questa scia, più di recente, la Corte costituzionale con *sentenza 18 gennaio 2022*, in relazione alla riforma dell'abuso d'ufficio, introdotta con il d.l. 76/2020, ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate in merito al suo art. 23 co. 1, che restringe l'ambito operativo del reato alle sole specifiche regole di condotta previste da leggi o altri atti e che non presentino margini di discrezionalità. Una sentenza di accoglimento, infatti, avrebbe determinato la reviviscenza della previa norma incriminatrice, dotata di un più ampio spazio di criminalizzazione, producendo così un effetto in *malam partem*.

LA SENTENZA

Le sentenze *in malam partem* e la violazione di obblighi sovranazionali: interviene Corte cost., 3 luglio 2025, n. 95

Più di recente il tema dell'ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale in materia penale produttivo di effetti in *malam partem* è stato affrontato in relazione all'intervenuta abolizione del reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) ad opera della legge 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. legge Nordio). Ad avviso di *Cass. Sez. VI, 7 marzo 2025, n. 9442*, in ossequio a quanto già statuito da *Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 37*, il sindacato della Corte costituzionale in materia penale può ritenersi ammissibile anche in presenza di effetti in *malam partem* (in specie, la reviviscenza dell'art. 323 c.p.) nell'ipotesi di contrarietà della norma censurata agli obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost. In particolare, la Corte di cassazione, recependo le censure sollevate da tredici autorità giurisdizionali, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, lett. b) della l. n. 114/2024 in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., nonché, quali norme interposte, gli artt. 7 par. 4, 19 e 65 par. 1 Convenzione di Merida. Ad avviso dei giudici di legittimità, 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. Una siffatta interpretazione comporterebbe l'illegittimità costituzionale della norma censurata nella misura in cui l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio, non accompagnata dall'adozione di adeguati strumenti di natura penale amministrativa in grado di garantire il mantenimento dello stesso livello di efficacia nella prevenzione degli abusi funzionali perpetrati intenzionalmente dai pubblici agenti a danno dei cittadini, priverebbe l'ordinamento di uno strumento essenziale per la repressione di condotte prevaricatrici e arbitrarie poste in essere dai pubblici ufficiali, incidendo negativamente sull'efficacia delle politiche di contrasto alla corruzione. La questione è stata decisa da *Corte cost.*, 3 luglio 2025, n. 95 che ha ritenuto ammissibili, ma non fondate, le questioni sollevate in riferimento agli obblighi derivanti dalla Convenzione di Merida. Quanto all'*ammissibilità*, la Corte riassume in primo luogo la giurisprudenza costituzionale su presupposti e limiti di ammissibilità di questioni *in malam partem* in materia penale.

Osserva al riguardo che, se certo l'adozione di pronunce con effetti *in malam partem* in materia penale risulta, in via generale, preclusa dal principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., sono ormai riconosciute alcune *eccezioni al principio*, riassunte in *Corte cost.* n. 37 del 2019 e riguardanti:

- a) le norme penali di favore;
- b) i vizi genetici del provvedimento abrogativo (per esempio dovuti all'uso improprio del decreto legge o del decreto legislativo);
- c) gli effetti indiretti della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale;
- d) la contrarietà a obblighi sovranazionali di incriminazione derivati dall'art. 11 Cost., quanto al diritto UE, e dall'art. 117, co. 1 Cost., quanto al diritto internazionale pattizio.

Al riguardo, *Corte cost.* n. 5 del 2025 resta fedele al suindicato *numerus clausus* di eccezioni dichiarando così l'inammissibilità delle questioni sollevate al di fuori delle deroghe sopra elencate, in specie quelle sollevate per contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost. Sicché, se anche l'abolizione dell'art. 323 c.p. determina "indubbi vuoti di tutela" rispetto all'art. 97 Cost., non può essere sindacata dalla Corte costituzionale attesa la preclusione derivante dal principio della riserva di legge, operante anche per la Corte costituzionale. I giudici costituzionali sostengono, al riguardo, di "non potere sindacare la complessiva efficacia del sistema di prevenzione e contrasto alle condotte abusive dei pubblici agenti risultante dall'abolizione del delitto di abuso d'ufficio, sovrapponendo la propria valutazione a quella del legislatore" in quanto spetta esclusivamente a quest'ultimo il compito di valutare "se gli indubbi vuoti di tutela penale che derivano dall'abolizione del reato – ... – possano ritenersi o meno compensati dai benefici che (lo stesso) si è ripromesso di ottenere secondo quanto puntualmente illustrato nei lavori preparatori della riforma".

La stessa *Corte cost.* n. 5 del 2025 dichiara, invece, ammissibili le questioni prospettate, in relazione all'art. 117, co. 1 Cost., affermando che la violazione di una norma di diritto internazionale pattizio può comportare l'illegittimità costituzionale di una norma penale, e la riespansione (o reviviscenza) di tale norma.

Ad avviso dei giudici costituzionali, in particolare, la *ratio* democratica/parlamentare della riserva di legge in materia penale non può considerarsi neutralizzata per effetto del riconoscimento alle fonti unionali e internazionali della legittimazione a dettare indicazioni vincolanti per il legislatore nazionale in materia penale: "gli obblighi di criminalizzazione stabiliti dal diritto internazionale pattizio sono infatti liberamente accettati dallo stesso Parlamento per il tramite della legge che autorizza la ratifica dei singoli trattati, la quale può altresì indicare al Governo di apporre riserve e dichiarazioni, nei limiti consentiti dal diritto internazionale, in ordine a loro specifiche previsioni all'atto di ratifica".

Quando ai rapporti tra le **sentenze in *malam partem*** ed i **principi che presidono alla successione nel tempo** delle previsioni penali, occorre distinguere due ipotesi.

penale, in quanto una descrizione vaga ed inesatta del precetto si rivelerebbe assolutamente inadeguata ad orientare teleologicamente le condotte dei singoli nell'area della liceità penale, vanificando le stesse finalità garantistiche perseguite dal principio di riserva di legge. Identico è, pertanto, il fondamento giuridico-sostanziale dei due citati principi, che risiede nella funzione di circoscrivere *a priori* le fattispecie penalmente illecite in un'ottica di **garanzia della libertà individuale**: ad onta della mancanza di un espresso richiamo letterale, anche il principio di tassatività trova pertanto **fondamento nell'art. 25 Cost.**

Tuttavia, i due principi sono distinti in quanto:

- mentre il *principio della riserva di legge* attiene alle **fonti** del diritto penale, il *principio di tassatività* presiede alla **tecnica di formulazione della legge penale** ovvero concerne le modalità espressive della sua redazione;
- mentre la *riserva di legge* è fondamentalmente intesa a garantire il singolo dai possibili arbitrii del **potere esecutivo**, il *principio di tassatività* è essenzialmente deputato ad evitare arbitrarie ingerenze nella normazione penale da parte del **potere giudiziario**.

2. Tecniche di redazione del precetto penale ed elementi descrittivi della fattispecie.



Magistratura Ordinaria, d.m. 10 dicembre 2024_App.A.1.1.

La norma penale, per soddisfare adeguatamente i principi costituzionali scanditi dall'art. 25 Cost., deve essere costruita in modo tale da circoscrivere compiutamente l'attività giudiziale di applicazione e interpretazione della stessa. Laddove, infatti, la norma fosse eccessivamente vaga e indefinita, l'ermeneusi del giudice degenererebbe in attività creativa di diritto, in spregio alle garanzie di legalità dei cittadini.

Il vero problema va ravvisato, dunque, nella complicata ricerca dell'ideale **grado di determinatezza** della fattispecie, capace di soddisfare le finalità perseguite dal principio di tassatività.

A tal riguardo si individuano **tre distinte categorie di elementi** che partecipano alla composizione della fattispecie penale: a) *elementi rigidi*; b) *elementi elastici*; c) *elementi vaghi o indeterminati*.

- **Elementi rigidi**: lo sono gli elementi **descrittivi**, di tipo naturalistico o numerico, così come quegli elementi **normativi giuridici** che richiamano altre norme giuridiche ben individuabili e determinate nel loro contenuto (ad es., la proprietà e il matrimonio con effetti civili di cui agli artt. 556 e 632 c.p.). Tali elementi non pongono problemi di armonizzabilità con il principio di tassatività, poiché il loro uso rende agevole ricondurre il caso concreto alla fattispecie astratta;
- **Elementi elastici**: sono elementi **non astrattamente tipizzabili a priori** dal legislatore, che esprimono una **realtà quantitativa o temporale** abbastanza circoscritta (es., la gravità del danno dell'art. 133, la tenuità del valore dell'art. 626 o il tempo di notte dell'art. 699) e, soprattutto, tutti quegli **elementi normativi extra-giuridici** che richiamano parametri metagiuridici quali regole sociali, etiche, di costume, tecniche, scientifiche, etc. Di facile individuazione (es., la nozione di "osceno" ex art. 529 c.p.). Tali elementi lasciano al giudice un margine di

apprezzamento meno vincolato rispetto ai c.d. elementi rigidi, ma comunque adeguatamente ridotto e, come tale, rispondente al canone costituzionale di tassatività. La dottrina dominante (MARINUCCI, PAGLIARO) li considera come “*organi respiratori*”, poiché garantiscono l’adeguamento del dato giuridico alla realtà sociale, soggetta a continua evoluzione, nonché dalla stessa giurisprudenza costituzionale, seppur ad alcune condizioni.

ORDINAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Grado di determinatezza della fattispecie

Le ipotesi applicative esaminate dalla giurisprudenza riguardano:

■ **A. La clausola “senza giustificato motivo”** di cui all’art. 14, co. 5-ter, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286: si è sostenuta (*Corte cost. n. 5/2004*; in giurisprudenza di legittimità cfr., per tutte, *Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2010, n. 34235*) la compatibilità della stessa con il principio di tassatività, posto che, alla luce della finalità dell’incriminazione e del quadro normativo in cui essa si innesta, ha riguardo a **situazioni ostative di particolare gravidanza**, che incidono già sulla possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all’intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa (come uno **stato di assoluta impossidenza dei mezzi economici** necessari per poter abbandonare il territorio dello Stato).

LA SENTENZA

Corte cost., 13 maggio 2004, n. 5

La questione della compatibilità dei c.d. elementi elastici con il principio di tassatività è stata affrontata da *Corte cost. n. 5/2004*, intervenuta sulla questione relativa alla costituzionalità dell’art. 14, co. 5-ter, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e del riferimento ivi contenuto all’assenza di **giustificato motivo**.

Il Giudice costituzionale osserva in primo luogo che la formula “**senza giustificato motivo**” e formule ad essa equivalenti od omologhe – “**senza giusta causa**”, “**senza giusto motivo**”, “**senza necessità**”, “**arbitrariamente**”, ecc. – compaiono con **particolare frequenza** nel corpo di norme incriminatrici, ubicate tanto all’interno dei codici che in leggi speciali, e descrittive di reati di natura non soltanto commissiva, ma anche omissiva, quale quello in esame.

Il **carattere “elastico”** della clausola si connette, nella valutazione legislativa, all’impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a “giustificare” l’inosservanza del precetto. Una simile elencazione sconterebbe immancabilmente il **rischio di lacune** che tornerebbero non a vantaggio, ma a **danno del reo**, posto che la clausola in parola assolve al ruolo (negativo) di escludere la punibilità di condotte per il resto corrispondenti al tipo legale. Dette clausole sono destinate, pertanto, a fungere da “**valvola di sicurezza**” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorché – anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione – l’osservanza del precetto appaia concretamente “inesigibile”.

Ciò posto, la Corte correttamente puntualizza che “*la frequenza dell’impiego di una determinata formula nella legislazione ordinaria non equivale ancora, ovviamente, ad una patente di legittimazione sul piano costituzionale: rimanendo ferma, al contrario, l’esigenza di accertare, in relazione al singolo contesto di utilizzo, che la locuzione de qua – in quanto incidente, sia pure in negativo, sulla delimitazione dell’area dell’illiceità penale – non ponga la norma incriminatrice in contrasto con il fondamentale principio di determinatezza, rimettendo di fatto all’arbitrio giudiziale la fissazione dei confini d’intervento della sanzione criminale. Deve essere peraltro di guida, in tale indagine, il criterio per cui la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell’illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la*