

PENALE PARTE GENERALE

Roberto GAROFOLI

I PRINCIPI

e le applicazioni di Parte Speciale

Tomo I

Con online

📖 **Approfondimenti** avanzati

✍️ **Temi** svolti

⚖️ **Giurisprudenza** per esteso

Edizione **2026**


Neldiritto
Editore

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*.

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.

8.2.1. Le sentenze *in malam partem* e la violazione di obblighi sovranazionali: il caso dell'abrogazione dell'abuso di ufficio. 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

La recente presa di posizione di Corte cost., 18 luglio 2019, n. 189

Sulla stessa questione: Cass., Sez. III, 21 settembre 2020, n. 26326

Interviene Corte cost. n. 105/2022

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

4. 

2024, n. 114 (c.d. legge Nordio). Ad avviso di *Cass. Sez. VI, ord. 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. Nell'ordinanza di remissione i giudici di legittimità chiariscono che non si tratterebbe di un sindacato destinato a sanare “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”, piuttosto di un sindacato “su un caso di inattuazione sopravvenuta di tali vincoli, che consente la reviviscenza della fattispecie di reato abrogata e, dunque, la riesplorazione della sua efficacia”. 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”.

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.

5. 

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*".

Senonché, nel merito la Corte afferma che "*né il tenore letterale delle disposizioni della Convenzione di Mérida evocate dai rimettenti, né la loro ratio e collocazione sistematica, né — ancora — i relativi travaux préparatoires supportano in alcun modo la tesi secondo cui dalla Convenzione stessa deriverebbe un obbligo di introdurre il reato di abuso di ufficio o un divieto di abrogare la disposizione incriminatrice eventualmente già prevista nell'ordinamento interno*".

8.3. Le sentenze *in malam partem* e i principi che governano la successione nel tempo delle norme penali.

Superato nei termini indicati lo scoglio relativo alla compatibilità con il principio di riserva di legge della tecnica sentenziale in esame, resta da vagliarne i rapporti con i principi che presiedono alla successione nel tempo delle previsioni penali.

Vanno, al riguardo, distinte due ipotesi.

8.3.1. Il fatto è commesso sotto la vigenza della norma di favore.

La prima viene in considerazione allorché il fatto sia stato commesso sotto la vigenza della norma di favore.

Il rischio che si prospetta, quindi, è che, dichiarata l'incostituzionalità della norma di favore vigente al momento del fatto, possa trovare applicazione la norma comune più grave.

Al riguardo, nella citata sentenza n. 394/2006, la Corte ha sostenuto che, ferma restando l'assoluta intangibilità del principio in forza del quale nessun soggetto può essere