

Rivista N°: 4/2016  
DATA PUBBLICAZIONE: 17/11/2016

AUTORE: Marilisa D'Amico\*

## CORTE COSTITUZIONALE E DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE IN MATERIA PENALE\*\*

*Sommario: 1. Considerazioni introduttive. 2. L'attuale crisi della legalità penale. 2.1. La mancata riforma del codice penale e il ruolo della giurisprudenza costituzionale. 2.2. Crisi del principio di legalità e crisi della legge. 2.3. Un sistema penale "disorganico e impreciso". 2.4. L'incidenza degli interventi europei sui confini del diritto penale nazionale. 3. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale in materia penale. 3.1. Considerazioni della Corte a margine di pronunce in cui entra nel merito. 3.2. La nota pronuncia in tema di bestemmia. 3.3. Le decisioni in bonam partem. 3.4. L'interpretazione conforme in materia penale. 4. Risposte differenti dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale. 4.1. La Corte circoscrive in modo confuso (Corte cost. n. 229 del 2015). 4.2. La Corte rispetta la discrezionalità legislativa stando un passo indietro (Corte cost. n. 223 del 2015). 4.3. La Corte modifica (in bonam partem) la cornice edittale (Corte cost. n. 56 del 2016 e n. 236 del 2016). 5. Alcune riflessioni conclusive e una proposta. 5.1. I problemi aperti. 5.2. Spunti dalla giurisprudenza costituzionale tedesca. 5.3. Il principio di legalità come orizzonte e non come "alibi"*

### 1. Considerazioni introduttive

Se c'è un settore nel quale la Corte costituzionale è stata molto rispettosa dei principi generali e dei limiti naturali del proprio operato a fronte del legislatore, questo è quello della materia penale. Rispettosa dei principi contenuti nella Costituzione, in generale, e del ruolo centrale spettante al legislatore, in particolare. Principi e posizione centrale del legislatore che hanno determinato, fin dagli esordi della giurisprudenza costituzionale, una limitazione delle possibilità di sindacato della Corte sulle norme penali, stante la natura incidentale del giudizio di costituzionalità e la peculiarità di alcuni principi della materia penale. Tale limitazione dura ancora oggi, nonostante sollecitazioni esterne, provenienti anche dalla dottrina,

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

\*\* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta nell'ambito del convegno "Crisi della legalità penale e diritto costituzionale", svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale, in data 15 aprile 2016.

abbiano indotto la Corte a “scalfire” per qualche aspetto la riserva al solo legislatore del compito di effettuare scelte di politica criminale<sup>1</sup>.

La prima breccia è stata aperta, come noto, con la sent. n. 148 del 1983, in cui il Giudice costituzionale, attraverso la distinzione tra norme penale di favore e norme penali più favorevoli, è entrato nel merito di giudizi di costituzionalità riguardanti norme che introducevano scriminanti o deroghe a trattamenti penali di portata generale (a questo proposito, preme ricordare che anche il campo delle norme penali di favore, nei primi anni di funzionamento della Corte, è stato escluso dal sindacato costituzionale, in ragione di quella che appariva come un’ovvia irrilevanza della questione di legittimità costituzionale<sup>2</sup>).

Ma, come risaputo, bisogna attendere la sent. n. 394 del 2006 per vedere dichiarare l’incostituzionalità di una norma penale di favore per violazione del principio di ragionevolezza, mentre nei precedenti casi la Corte si era limitata a dichiarare l’infondatezza della questione<sup>3</sup>.

Questo è solo un emblematico esempio della capacità di resistenza del dogma, di origine illuminista, della riserva di legge in materia penale, scalfito solo in minima parte all’interno della giurisprudenza costituzionale.

Si potrebbe infatti essere indotti a ritenere che tali contorni del sindacato di costituzionalità derivino da una scelta del Giudice costituzionale volta alla massima valorizzazione del principio di legalità penale di cui all’art. 25, comma 2, Cost. E che, dunque, limitatamente

---

<sup>1</sup> In questo senso si v., su tutti, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4160 ss.; V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di Giustizia*, Torino, 2005, p. 288 ss.

Ci si permette di rinviare, inoltre, in riferimento all’inammissibilità delle questioni in *malam partem* e ad un suo possibile superamento, con particolare attenzione al caso di contrasto con norme provenienti dall’Unione europea, a M. D’AMICO, *Relazione introduttiva*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, cit., p. 1 ss.

Più di recente v., a favore di una espansione del sindacato di costituzionale anche in *malam partem*, A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d’ombra della giustizia costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (30 giugno 2009), p. 10 ss.; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012; A. BONOMI, *Zone d’ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una «differenziazione ingiustificata» da parte della Corte costituzionale?*, in R. BALDUZZI - P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, p. 154 ss. In senso contrario, e dunque a favore del *self restraint* della Corte, v. invece la isolata posizione di A. CARAMONA, *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 717 ss.; esprime preoccupazione per l’erosione della zona franca, in riferimento al sindacato di costituzionalità riguardante le norme penali di favore, anche N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, in L. ZILLETTI – F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, p. 53 ss.

<sup>2</sup> Come noto poi, proprio con la citata sentenza n. 148 del 1983, la Corte ha superato questa iniziale chiusura, risolvendo in senso positivo il dubbio circa l’ammissibilità delle questioni aventi ad oggetto norme penali di favore. Il Giudice costituzionale è quindi riuscito, ripensando teoricamente il significato del nesso di incidentalità, ad elaborare una motivazione soddisfacente per evitare il crearsi di vere e proprie zone franche dal controllo di legittimità costituzionale. Su questi profili, v. V. ONIDA, *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, p. 996 ss.; D. PULITANÒ, *La “non punibilità” davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1803 ss.

<sup>3</sup> G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, cit., p. 4160 ss.

alla giurisprudenza costituzionale, se è consentito usare questi termini, il principio di legalità penale “goda di ottima salute”. Ma in realtà, come si tenterà di dimostrare nei parr. 3 e 4 del presente lavoro, le cose si sono orientate in modo diverso. Da un lato, infatti, la Corte costituzionale proclama di non voler interferire in alcun modo con le scelte di politica criminale del Parlamento, dichiarando inammissibili questioni aventi oggetto norme penali c.d. più favorevoli; e, anche nelle maglie in cui il suo sindacato si è spinto (le questioni riguardanti le norme penali di favore), si astiene di fatto molto spesso dall'intervenire con decisioni che potrebbero avere effetto in *malam partem*. Dall'altro lato, però, i fattori di crisi della riserva di legge sono stati nel complesso tollerati dalla giurisprudenza costituzionale. Si pensi, per fare qualche esempio, all'abusivo e problematico ricorso agli atti aventi forza di legge in materia penale, tra cui spiccano l'utilizzo del *maxiemendamento* con apposizione della questione di fiducia in sede di conversione dei decreti legge e l'anomalo ed intricato ricorso ai decreti legislativi correttivi, fermati solo dalle due sentenze nn. 5 e 32 del 2014, che hanno cercato di restituire al Parlamento una vera centralità in questo ambito (par. 2.2).

E, ancora, si ricordi che la stessa Corte costituzionale ha alimentato la crisi della riserva di legge in materia penale, ammettendo interventi manipolativi in *bonam partem* nonostante da essi scaturiscano fattispecie penali o cornici edittali diverse da quelle volute dal Parlamento<sup>4</sup> e nonostante in questo modo abbia dato vita a norme di risulta talvolta oscure e di incerta applicazione (par. 4.1).

Con le presenti riflessioni, dopo una breve disamina a tutto tondo dei fattori di crisi della legalità penale, si cercheranno di mettere in luce le ambiguità della stessa giurisprudenza costituzionale, che, trinceratasi dietro un apparente rigore, ha talvolta inciso profondamente sulle scelte di politica criminale operate dal legislatore e sulla precisione delle norme penali, per poi provare a delineare, da ultimo, possibili soluzioni a tale problematica.

## 2. L'attuale crisi della legalità penale

Numerosi sono i fattori che, nel contesto attuale, determinano una grave crisi del principio di legalità penale<sup>5</sup>. Tali fattori, come vedremo, sono dovuti principalmente all'incapacità del Parlamento di legiferare, anche nella materia penale.

---

<sup>4</sup> Sancisce esplicitamente la dicotomia del giudizio di costituzionalità in materia penale, a seconda che l'effetto dell'accoglimento manipolativo sia in *malam* o in *bonam partem*, la sent. n. 109 del 2016, in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti, là dove afferma che “nessun ostacolo – al di là di quello generale, legato all'esigenza che l'intervento risulti costituzionalmente vincolato nei contenuti, così da non implicare scelte discrezionali spettanti in via esclusiva al legislatore – incontrano invece le sentenze additive in *bonam partem*”. Segnala questo passaggio della pronuncia L. ROMANO, *Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale (rectius: la disposizione del t.u. stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (2016).

A proposito della incoerenza della erosione dei limiti del sindacato costituzionale in materia penale, per la ipotesi di decisioni manipolative, ammissibili solo se in *bonam partem*, si v. volendo, anche per considerazioni critiche rispetto agli effetti talvolta incerti derivanti dalle decisioni di incostituzionalità, M. D'AMICO, *Sulla costituzionalità delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. It.*, 1990, parte IV, p. 254 ss.

<sup>5</sup> Riguardo alla “crisi” della legalità penale la letteratura è ovviamente sterminata; si v., *ex multis*, tra i penalisti, sul tema a tutto tondo, G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa*.

## **2.1. La mancata riforma del codice penale e il ruolo della giurisprudenza costituzionale**

Un primo elemento di criticità – per vero piuttosto risalente – risiede nella mancata riforma del codice penale fascista del 1930. La mancata riforma del codice, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, ha infatti comportato lo stabilizzarsi di un sistema che rinuncia *a priori* alla propria coerenza e organicità<sup>6</sup>. Pretendendo di far valere integralmente il codice anteriore alla Costituzione, nonostante l'evidente contraddittorietà fra la scala di valori espressa dal primo rispetto a quella contenuta nella seconda, si crea, infatti, necessariamente una confusione nel sistema penale, perché *tutte* le norme in esso presenti, per salvarsi dalla presunzione di "incostituzionalità", devono essere interpretate alla luce della Costituzione (con ciò rinunciando *a priori* al dogma della "mera esecuzione" da parte del giudice del precetto legislativo penale).

Soprattutto in campo penale, i valori costituzionali costituiscono una profonda modificazione rispetto all'impostazione espressa dal "legislatore" del 1930. Va segnalato, a titolo di esempio, che, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, vi erano interi settori del codice i quali reprimevano penalmente, qualificando dunque come delitti, comportamenti che nella Costituzione erano divenuti oggetto di diritti garantiti. Si pensi soprattutto alle norme che sanzionavano lo sciopero, divenuto nella Costituzione un "diritto"; si pensi anche ai reati di opinione, i quali, per la loro enunciazione vaga, comportavano la punizione di semplici espressioni di pensiero, tutelate invece pienamente dall'art. 21 Cost. Vi erano poi una serie di norme che, ammettendo una responsabilità oggettiva dell'autore del reato, si ponevano in frontale antitesi con il principio costituzionale di colpevolezza. Nel codice Rocco, d'altra parte, sono messi in primo piano, nella gerarchia dei valori tutelati dal diritto penale, beni "pub-

---

*tiva nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in aa.vv., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, XXXVI, 2007, p. 1281 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004; in particolare, sui "fattori esogeni" di crisi dell'istituto, si v. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, 2006, Milano; sull'abuso degli atti aventi forza di legge e in particolare dell'art. 76 Cost., C. CUPPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 8 ss.; sul ruolo della Corte costituzionale italiana, E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2007. Tra i costituzionalisti, v. N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 315 ss.; sia inoltre consentito rinviare a M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 2 ss.; v. infine, tra i lavori più di recenti, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2016.

<sup>6</sup> Sul punto, sia consentito il richiamo a M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998. La coesistenza di un codice penale di "indubbia ispirazione autoritaria" con la Costituzione è definita una "situazione ai limiti del paradosso" da F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)*, in *Riv. Dir. cost.*, 1999, p. 168; più di recente, v. ancora F. PALAZZO, *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, che esprime nuovamente sconforto, in quanto alcune parti "autoritaristiche" del codice Rocco serpeggiano tuttora; cfr. inoltre L. STORTONI – G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del codice Rocco*, Bologna, 2012.

blici”, rispetto ai quali è subordinata la protezione dei beni attinenti alla persona umana, la quale si trova ad essere protetta solo in relazione all’interesse dello Stato (si pensi ai delitti di aborto, che stano sotto il titolo di “reati contro l’integrità della stirpe”<sup>7</sup>); la Costituzione, invece, ponendo in primo piano la persona umana, presupporrebbe un diritto penale incardinato sulla tutela e centralità di quest’ultima, che dovrebbe comparire al primo posto nella scala dei valori meritevoli di tutela penale.

Con il passare degli anni, il sistema anteriore alla Costituzione, in larga parte non coincidente con il nuovo “ordine” costituzionale, viene invece ripotenziato attraverso una importante opera di adeguamento della Corte costituzionale, che, con pronunce manipolative<sup>8</sup>, o immettendo nel circuito giurisprudenziale nuove opzioni interpretative, spesso azzardate e poco coerenti rispetto al complessivo impianto del codice Rocco<sup>9</sup>, si pone però in contraddizione metodologica rispetto al principio di determinatezza nel suo fondamento originario, il quale escludeva, appunto, l’interpretazione, soprattutto se intesa a modificare o ad integrare l’enunciato linguistico della fattispecie penale.

## **2.2. Crisi del principio di legalità e crisi della legge**

Un secondo fattore di crisi della legalità penale riguarda, in particolare, il corollario della riserva di legge<sup>10</sup>.

La riserva di cui all’art. 25, comma 2, Cost. è stata sempre interpretata (sia dalla giurisprudenza costituzionale che dalla dottrina prevalente<sup>11</sup>) come riserva di fonte e non di or-

---

<sup>7</sup> Su cui v. la nota sent. n. 27 del 1975, che ha dichiarato incostituzionale l’illegittimità costituzionale dell’art. 546 c.p., “nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l’ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre”.

<sup>8</sup> Cfr. ad esempio le sentt. nn. 290 del 1974 e 165 del 1983, in tema di diritto di sciopero, riguardanti la “Serrata e sciopero per fini non contrattuali” (art. 503 c.p.) e la “Coazione alla pubblica autorità mediante serrata o sciopero” (art. 504 c.p.), incostituzionali nella parte in cui puniscono anche lo sciopero politico o a fine di coazione dell’Autorità “non diretto a sovvertire l’ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare”; o la sent. n. 84 del 1969, in relazione al reato di “Boicottaggio” (art. 507 c.p.), dichiarato illegittimo perché in contrasto con l’art. 21 Cost., definito significativamente “pietra angolare dell’ordine democratico”, nella parte in cui ricomprendeva nella sfera criminosa anche la “propaganda di puro pensiero e di pure opinioni”.

<sup>9</sup> V. ad es. la sentenza n. 3 del 1956, relativa all’allora vigente art. 57 c.p., sulla responsabilità del direttore di giornale, configurata quale responsabilità oggettiva, ritenuto interpretabile in modo coerente al principio di colpevolezza; o la sent. n. 19 del 1962, avente ad oggetto la norma che punisce il reato di “Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l’ordine pubblico” (art. 656 c.p.), che ha dichiarato non fondata la questione intendendo la norma come idonea a punire solo comportamenti capaci di “porre in pericolo l’ordine pubblico”, nel senso di “ordine legale su cui poggia la convivenza sociale”, ovvero “come bene collettivo che non è dammeno della libertà di manifestazione del pensiero”; v. infine la sentenza n. 65 del 1970, concernente il delitto di apologia di reato, interpretativa di rigetto, per cui “l’apologia punibile ai sensi dell’art. 414, ult. comma, c.p., non è dunque la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti”.

<sup>10</sup> In generale sulla cd. relativizzazione della riserva di cui all’art. 25, comma 2, Cost., F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 32 ss.; v. anche C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 181 ss.; da ultimo, per un’ampia ricognizione del fenomeno, v., I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, Milano, 2016.

<sup>11</sup> La dottrina maggioritaria si esprime a favore del ricorso agli artt. 76 e 77 Cost. in materia penale. In tal

gano, giustificando, in tal modo, l'adozione, da parte del governo, di atti aventi forza di legge in ambito penale (anche finalizzati a modificare profondamente interi settori dell'ordinamento penale, così con il D.L. n. 272/2005 in materia di stupefacenti)<sup>12</sup>.

Può segnalarsi, in questo senso, un importante passaggio della sentenza n. 394 del 2006, in cui la Corte afferma in modo stentoreo che *“il rischio di sottrazione al Parlamento del potere e della responsabilità delle scelte in materia penale, che i giudici rimettenti ritengono possa derivare dall'uso del decreto-legge come atto di normazione penale del tutto precario e non imputabile alla volontà del legislatore, non ha, comunque, ragion d'essere per il decreto-legge [oggetto della questione], che è stato convertito in legge”*. In questo modo la Corte sembra aderire a quell'orientamento dottrinale secondo cui, quando il governo adotta atti aventi forza di legge, il Parlamento interverrebbe comunque, prima o dopo, l'emanazione dell'atto governativo, e non sarebbe, pertanto, completamente estromesso dal complesso procedimento che consente all'atto avente forza di legge di entrare (a titolo stabile) nell'ordinamento. Ne consegue che, anche in questi casi e anche secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, il principio della riserva di legge sarebbe, in linea di principio, rispettato<sup>13</sup>.

Nondimeno, nella giurisprudenza costituzionale più recente non mancano considerazioni che sottolineano il ruolo centrale del Parlamento in materia penale e che riconoscono il procedimento legislativo ordinario come lo strumento più idoneo per effettuare scelte di politica criminale.

Così, nella stessa sentenza n. 394 del 2006<sup>14</sup>, la Corte ha affermato, in un *obiter dictum*, che la scelta dei fatti da sottoporre a pene e sanzioni andrebbe rimessa al *“legislatore – e segnatamente al “soggetto-Parlamento”, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale”*;

---

senso v. per tutti A. PAGLIARO, *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, par. 3.

Per un punto di vista diverso e più rigoroso, v., nella dottrina costituzionalistica, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 3 ss.; M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Sub Art. 25, comma 2, Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 536 ss; nella dottrina penalistica, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 28 ss.; e ancora G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale, Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, pp. 74-77.

<sup>12</sup> Si pensi ancora al decreto – legge 14 agosto 2013, n. 93, recante Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province, convertito nella l. n. 119 del 2013; oppure, si pensi al d.lgs 24 settembre 2015, n. 158, Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23.

Sull'uso distorto della delegazione legislativa in materia penale, si segnala C. CUPELLI, *La legalità delegata: crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit. Sulle qualità irrinunciabili della legge, v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, p. 368 ss.

<sup>13</sup> Cfr. la nota 11.

<sup>14</sup> A commento della decisione, con alcuni rilievi critici, per l'intrusione avvenuta ad opera della Corte nelle scelte del legislatore, nonostante la proclamata centralità del Parlamento, v. N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, cit., 53 ss.

V. inoltre V. MANES, *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali* (nota a Corte cost. n. 394/2006), in *Diritto & giustizia*, Milano, Giuffrè, n. 46/2006, 34 ss; I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006.

E ancora, nella sentenza n. 230 del 2012, la stessa Corte ha affermato che la riserva dell'art. 25, comma 2, Cost, *“demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell’individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall’intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale, esprime, altresì, le sue determinazioni all’esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze pubbliche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione”*<sup>15</sup>.

Nella sentenza n. 32 del 2014, la Corte ha modo di puntualizzare, sia pur incidentalmente, che quando il legislatore interviene nel settore penale (magari riformando significativamente intere discipline) dovrebbe seguire le procedure del procedimento legislativo ordinario. In relazione alla disciplina introdotta con la cd. “legge Fini-Giovanardi”, il Giudice costituzionale afferma che *“una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.”*.

La prassi testimonia che, accanto al più generale fenomeno della crisi della legge parlamentaria, si aggiunge anche l’abuso, da parte del governo, di alcuni strumenti in suo possesso in grado di strozzare il dibattito parlamentare, provocando problematiche di ordine costituzionale che si aggravano quando all’esame delle Camere vi sono leggi penali (ci si riferisce al cd. *binomio del diavolo* rappresentato dal ricorso al maxiemendamento con opposizione della questione di fiducia)<sup>16</sup>.

La reazione degli organi di garanzia di fronte a questo fenomeno è apparsa negli ultimi anni, e proprio in relazione alla materia penale, molto più netta e critica<sup>17</sup>. Da parte sua, infatti, il Presidente della Repubblica ha sottolineato, in occasione della promulgazione della legge di conversione di un decreto-legge in materia di sicurezza pubblica (nel 2009), che *“la formulazione, la struttura e i contenuti delle norme devono poter essere ‘riconosciuti’ sia da chi ne è il destinatario sia da chi deve darvi applicazione. Il nostro ordinamento giuridico risulta seriamente incrinato da norme oscuramente formulate, contraddittorie, di dubbia interpretazione o non rispondenti ai criteri di stabilità e certezza della legislazione: anche per le difficoltà e le controversie che ne nascono in sede di applicazione”* – con ciò mostrandosi particolarmente sensibile alle esigenze di chiarezza e inequivocità delle norme, in generale, e delle norme penali, in particolare.

---

<sup>15</sup> Considerazioni critiche su questo passaggio, in quanto avulso dalla dottrina e dalla giurisprudenza consolidata e incoerente laddove menziona i precedenti, in F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e Cedu: riserva di legge e base legale. riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Rivista AIC*, 3/2013 (13 settembre 2013), p. 9 ss.

<sup>16</sup> Offre una lettura molto critica del fenomeno, tra gli altri, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 32 ss.

<sup>17</sup> Mettono in evidenza questo profilo P. CARNEVALE - D. CHINNI, *C’è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *Rivista AIC* 2/2011 (19 aprile 2011), p. 12 ss.

Molto più incisivo è stato l'intervento della Corte costituzionale che, con due fondamentali decisioni relativamente recenti, del 2014 (la n. 5 e la già citata n. 32), è giunta a denunciare apertamente alcuni gravi vizi procedurali nell'impiego degli atti aventi forza di legge. Si tratta, come è stato osservato in dottrina, di due pronunce storiche perché la Corte, per la prima volta, afferma il proprio potere di controllo nei confronti di interventi normativi in *bonam partem* "operati da soggetti non legittimati, proprio perché non rappresentativi dell'intera collettività nazionale". In altre parole, la riserva di legge non fa più da scudo al sindacato che porterebbe all'accoglimento in *malam partem*, ma ne costituisce il fondamento<sup>18</sup>. Nel caso della sent. n. 5 del 2014<sup>19</sup>, il governo si era servito dello strumento del decreto legislativo senza il supporto della legge di delegazione parlamentare, abrogando al di fuori dei principi e criteri direttivi il reato di associazione militare. Ed è interessante notare che la Corte ha accolto la questione, sia in riferimento all'art. 76 Cost., sia in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost. In particolare, la Corte ha affermato che "la verifica sull'esercizio da parte del governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale sancito dall'art. 25, comma 2, Cost."

Nel caso della sentenza n. 32 del 2014<sup>20</sup>, la Corte ha ritenuto di poter intervenire dinanzi all'uso abnorme del maxiemendamento e della questione di fiducia da parte del governo, che, ricorrendo a questi strumenti, aveva inserito nel testo della legge di conversione, grazie al maxiemendamento, norme penali eterogenee rispetto al contenuto del decreto-legge. In questa pronuncia, il parametro su cui si incentra la questione e che la Corte ritiene violato è solo l'art. 77 Cost. (ma la ragione potrebbe risiedere semplicemente nel fatto che l'art. 25 non fosse stato direttamente evocato).

In diverse occasioni, la Corte ha scrutinato nel merito "norme penali di favore" regionali o statali, intese come cause di giustificazione o esimenti, che sottraggano categorie di soggetti o fatti all'area del penalmente rilevante<sup>21</sup>; tuttavia, prima delle sentenze n. 5 e 32 del 2014, nulla di simile era avvenuto in riferimento a norme penali "più favorevoli", che abrogano o modificano norme più severe, nemmeno in ragione della violazione degli artt. 76 e 77 Cost. Nella sentenza n. 161 del 2004, per esempio, sulla cd. riforma del falso in bilancio, la Corte aveva affermato che il profilo di inammissibilità dovuto all'art. 25, comma 2, Cost.,

---

<sup>18</sup> V. C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 505 ss., il quale saluta tale giurisprudenza come il possibile segno di un'auspicata inversione di tendenza e di un atteggiamento più rigoroso della Corte.

<sup>19</sup> Si veda il commento di M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 febbraio 2014

<sup>20</sup> Per una puntuale analisi dei numerosi profili problematici della decisione, v. R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost. 25 febbraio 2014 n. 32 e Corte cost. 6 marzo 2013 n. 34*, in *Foro. It.*, fasc. 4, 2014, p. 1014 ss.; V. MANES – L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge cd. "FINI-GIOVANARDI": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23 marzo 2014; C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 505 ss.

<sup>21</sup> Si è già detto della sent. n. 148 del 1983 e della sent. n. 394 del 2006 sulle norme penali di favore; rispetto alla giurisprudenza relativa ad esimenti regionali v. la sent. n. 487 del 1989 e tra le ultime la sent. n. 46 del 2014. Per considerazioni più ampie sul tema, assai controverso, cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, Milano, 2012.



*“preclude l'esame nel merito anche delle censure di violazione dell'art. 76 Cost. — riferite tanto alla norma di delega che alla norma delegata — basate sull'asserita carenza, o insufficiente specificazione, dei principi e criteri direttivi, nonché sull'arbitraria o scorretta attuazione della delega da parte dell'esecutivo. Ove pure, in ipotesi, le censure fossero fondate, la Corte non potrebbe, difatti, comunque pervenire al risultato richiesto dal giudice rimettente, perché ciò equivarrebbe pur sempre ad introdurre una norma incriminatrice diversa e più ampia di quella prefigurata dal legislatore delegante”*. La Corte, sia nella sentenza n. 5 che nella sentenza n. 32 del 2014, pur riducendo in parte i limiti al proprio sindacato su norme penali in *bonam partem*, cerca di ridurre l'impatto delle proprie decisioni; infatti, è ben attenta nel limitare il proprio scrutinio a vizi di competenza dell'organo che ha adottato la norma oggetto della questione (tanto che nella sentenza n. 32, coerentemente con tale impostazione, la Corte definisce il vizio riscontrato come procedurale).

### **2.3. Un sistema penale “disorganico e impreciso”**

Un terzo elemento capace di mettere in crisi il paradigma dell'art. 25, comma 2, Cost. (in particolare, in relazione al principio di determinatezza) consiste nella carenza di sistematicità dell'ordinamento penale<sup>22</sup>, da imputarsi, oltre che alla mancata riforma del codice del 1930 (di cui già si è detto), alle scelte di politica criminale del legislatore che, negli ultimi anni, ha privilegiato interventi settoriali. In questo modo, sia l'interprete che i comuni cittadini (reali destinatari dei precetti penali) si trovano davanti a un complesso reticolo di fattispecie penali, inserite in testi legislativi spesso disorganici (al di fuori del codice penale – il cd. fenomeno della “decodificazione del diritto penale”), di difficile comprensione e intelleggibilità. E ciò pone gravi problemi, come è stato osservato da autorevole dottrina, rispetto al funzionamento stesso del sistema penale: perché la sanzione penale possa efficacemente operare come strumento di prevenzione generale e perché sia possibile muovere un rimprovero di colpevolezza a chi ponga in essere determinati comportamenti (qualificati come penalmente rilevanti) è necessario, infatti, che le norme penali siano formulate con chiarezza e precisione<sup>23</sup>. Del resto, la stessa Corte costituzionale, dichiarando la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., con la celebre sentenza n. 364 del 1988, ha espressamente annoverato tra le ipotesi in cui l'errore sul precetto è inevitabile *“l'assoluta oscurità del testo legislativo”*. Un chiaro esempio di come le scelte di politica criminale del legislatore siano state, negli ultimi anni, orientate nel senso di privilegiare una legislazione frammentaria è dato dalla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Agli artt. 12 e 13 della cita-

---

<sup>22</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1699-1770; come osserva inoltre, in riferimento alla recente riforma che ha introdotto il c.d. “omicidio stradale”, A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016, “il risultato è quello di un diritto penale non più fisiologicamente “frammentario”, ma patologicamente “frammentato”, che, lungi dall'arrestarsi alla soglia di inefficacia del diritto simbolico, alimenta il fuoco delle incertezze e delle disfunzioni sul piano applicativo”.

<sup>23</sup> Sottolineano questo aspetto G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 28 ss.

ta legge, infatti, sono previste numerose fattispecie penali (con regimi sanzionatori anche molto severi – da dieci a venti anni in nei casi più gravi) poste a presidio di beni giuridici di primario rilievo costituzionale, di cui si dirà oltre, in quanto oggetto di una importante e recente sentenza manipolativa (n. 229 del 2015).

#### **2.4. L'incidenza degli interventi europei sui confini del diritto penale nazionale**

Infine, occorre accennare anche ad un altro fattore che di sicuro incide sul significato dell'art. 25, comma 2, Cost.: lo spazio degli interventi europei e sovranazionali. È vero che, in linea di principio, l'Unione Europea non ha competenza diretta in materia penale e che ad essa non spettano scelte dirette di criminalizzazione. Tuttavia, le norme comunitarie entrano direttamente nei sistemi penali nazionali, incidendo sui contorni della norma penale, attraverso la creazione di cause di giustificazione e, in casi più seri, con l'introduzione di fattispecie (si pensi, a titolo di esempio, ai reati finanziari)<sup>24</sup>, al punto che la Corte costituzionale ha ritenuto sindacabili norme di favore interne per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in quanto contrastanti con norme dell'Unione europea prive di effetto diretto (sent. n. 28 del 2010)<sup>25</sup>, ammettendo dunque che scelte di politica criminale in *bonam partem* compiute dal legislatore nazionale potessero "soccombere" dinanzi ai vincoli dell'ordinamento comunitario.

Inoltre, i principi stessi del diritto penale nazionale sono plasmati in modo sempre più incisivo anche dalla giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia (si pensi, al noto caso Taricco<sup>26</sup>).

### **3. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale in materia penale**

Fermo quanto sopra precisato, deve osservarsi, come già accennato sopra, che anche la giurisprudenza costituzionale spesso acuisce la crisi della legalità penale. Infatti, la Corte appare monolitica nel dichiarare inammissibili questioni di costituzionalità su norme penali più favorevoli, in quanto la condurrebbero ad adottare manipolative in *malam partem*. Tuttavia, vi sono alcune eccezioni, che rendono più difficilmente accettabile il rigore estremo spesso proclamato dalla Corte, al quale corrisponde una zona franca dal controllo di costituzionalità (ridottasi certamente – ma forse non abbastanza – dopo la sentenza n. 394 del

---

<sup>24</sup> In tema, diffusamente, v. per tutti A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004

<sup>25</sup> Su cui v. M. E. GENNUSA, *Un'eccezione alla necessaria applicazione del diritto comunitario?*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 379 ss.

<sup>26</sup> A commento, tra i molti, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 1 e ss.; C. SOTIS, *I limiti del giudice come controlimiti*, intervento nell'ambito del convegno, *Crisi della legalità penale e diritto costituzionale*, svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano, 15 aprile 2016, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (5 ottobre 2016).*

2006<sup>27</sup>). In questa sede ci si limiterà a ricordare i casi più eclatanti che mostrano come la posizione della Corte costituzionale sia solo apparentemente monolitica.

### **3.1. Considerazioni della Corte a margine di pronunce che entrano nel merito**

In primo luogo, occorre ricordare che vi sono sentenze in cui comunque la Corte costituzionale entra nel merito di questioni che, se accolte, produrrebbero effetti in *malam partem*. In tal senso, si possono citare le sentenze nn. 25 del 1994<sup>28</sup> e 317 del 1996<sup>29</sup> e dell'ordinanza n. 95 de 2004<sup>30</sup>. In tutte queste pronunce la Corte è stata chiamata, infatti, a valutare se le scelte sanzionatorie del legislatore non fossero in contrasto con il principio di uguaglianza (rispetto a norme incriminatrici di carattere generale più severe) e, in due casi, con il diritto comunitario, poiché si riteneva che fossero rimasti inattuati alcuni obblighi comunitari di tutela ritenuti avere natura penale<sup>31</sup>. E, invece di limitarsi a rispondere con decisioni di inammissibilità, la Corte costituzionale, nonostante abbia finito sempre con l'emettere pronunce di infondatezza (in un caso, una sentenza interpretativa di rigetto), è giunta addirittura a compiere delle valutazioni sulla ragionevolezza delle sanzioni più favorevoli. Tanto che, nella sentenza n. 25 del 1994, la Corte ha affermato che l'esercizio della discrezionalità del legislatore in materia di reati e pene può essere censurato in sede di giudizio di legittimità costituzionale *"quando esso non rispetti il limite della ragionevolezza e dia quindi luogo ad una disparità di trattamento palesemente irrazionale ed ingiustificata"*.

---

<sup>27</sup> Così v. G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, cit., p. 4160 ss.

<sup>28</sup> Corte Cost., 10 febbraio 1994, n. 25; in questo caso la Corte Costituzionale ha dovuto giudicare della legittimità costituzionale della norma che prevede alcune sanzioni per chi consegua indebitamente erogazioni dal Fondo europeo agricolo, mediante l'esposizione di dati o notizie falsi. La questione è stata sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., in quanto la disposizione impugnata avrebbe contenuto sanzioni eccessivamente attenuate rispetto ai casi dei reati di truffa e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. La Corte Costituzionale ha ritenuto la questione non fondata, perché la norma censurata, secondo la sua interpretazione, deve essere applicata in via residuale rispetto ai reati di truffa e truffa aggravata. Con questa pronuncia, la Corte entra nel merito, nonostante la previsione del legislatore, che le si chiede di dichiarare incostituzionale, contenga delle sanzioni meno gravi rispetto alle altre norme.

<sup>29</sup> Corte Cost., 26 luglio 1996, n. 317, in materia di risorse idriche, tendenti a limitare la sanzionabilità penale dei gestori di acquedotto; la questione è stata sollevata in riferimento agli artt. 3 e 11 Cost. In particolare, il giudice *a quo* ha sostenuto che, con le norme impuginate, il legislatore nazionale si fosse reso inadempiente nei confronti della Comunità europea, che, attraverso una direttiva (n. 80/778 del 15 luglio 1980), aveva dettato alcune disposizioni e parametri volti a garantire determinati requisiti per le acque destinate ad uso umano. In questo caso, la Corte Costituzionale, ha compiuto una valutazione sulla ragionevolezza delle sanzioni.

<sup>30</sup> La questione è del tutto analoga a quella risolta dalla sent. n. 25 del 1994. Oltre all'art. 3 Cost., però, viene invocato come parametro l'art. 11 Cost., per violazione della Convenzione per la salvaguardia degli interessi finanziari della Comunità europea. Il giudice *a quo* sostiene, infatti, che, oltre alla disparità di trattamento rispetto al caso di truffa, sussista una violazione del diritto comunitario. Infatti, le sanzioni previste nella norma impugnata non sarebbero idonee a proteggere gli interessi finanziari della Comunità europea. La Corte Costituzionale ribadisce la sua interpretazione, per cui la norma impugnata è applicabile in via residuale rispetto alla truffa, ed esclude di conseguenza una violazione dell'art. 11 Cost.

<sup>31</sup> Per una ricostruzione ed analisi di queste sentenze e la loro problematica riconduzione al filone giurisprudenziale della inammissibilità v. I. PELLIZZONE *La questione sul falso in bilancio: oggetto e limiti del sindacato costituzionale in materia penale*, in *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2005, p. 304 ss.

### **3.2. La nota pronuncia in tema di bestemmia**

Ancora più contraddittoria è la nota pronuncia sul reato di bestemmia contro la divinità, n. 440 del 1995<sup>32</sup>. In questa decisione, infatti, la Corte, attraverso una manipolazione della norma penale contenuta all'art. 724 c.p., non solo è entrata nel merito della questione, ma è giunta ad una sentenza di accoglimento, estendendo l'area penalmente rilevante alla bestemmia contro qualsiasi divinità, attraverso una scissione del nesso con la religione dello Stato. La Corte ha compiuto questa operazione con un ragionamento molto articolato che non è il caso di ripercorrere in questa sede. Ci si limita a ricordare però che, con tale decisione, il Giudice costituzionale ha alterato la scelta di politica criminale, includendo nei comportamenti ritenuti meritevoli di pena anche le offese a divinità diverse da quella venerata nella religione cattolica e giungendo dunque a proteggere non più la religione di stato, ma la fede religiosa in sé.

### **3.3. Le decisioni in bonam partem**

Un altro elemento contraddittorio della giurisprudenza costituzionale è rinvenibile nelle decisioni manipolative con effetto in *bonam partem*. Ebbene, tali decisioni pongono non pochi problemi se si prende sul serio il dogma enfatizzato dalla Corte nelle sue decisioni rivolte a questioni di costituzionalità dall'effetto in *malam partem*. La discrezionalità legislativa infatti dovrebbe essere intoccabile a prescindere dalla direzione dell'intervento della Corte, giacché, come è noto, il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. riserva al legislatore il compito di creare e modificare reati e pene, garantendo che sia la legge a decidere sull'*an*, sul *quantum* e sul *quomodo* delle pene. Anche un intervento in *bonam partem* implica, di per sé, una scelta su questi tre profili; scelta riservata al legislatore, in ossequio al principio del diritto penale come *extrema ratio*.

Al riguardo, è interessante richiamare la sentenza n. 409 del 1989, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 8 della legge n. 772 del 1972, in tema di rifiuto del servizio militare di leva, "*nella parte in cui determina la pena edittale ivi comminata nella misura di due anni anziché in quella di sei mesi, e nella misura massima di quattro anni anziché in quella di due anni*". Con tale intervento manipolativo, pacificamente rivolto ad attenuare il trattamento sanzionatorio previsto dalla norma censurata (con effetti quindi, almeno in teoria, in *bonam partem*), la Corte ha accertato la manifesta irrazionalità della sanzione comminata per il delitto di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza dal citato art. 8,

---

<sup>32</sup> Ci si permette di rinviare, per un'analisi critica della decisione, a M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la divinità*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3487 ss.

secondo comma, della legge n. 772 del 1972, in relazione alla sanzione prevista per il delitto di mancanza alla chiamata sanzionato dall'art. 151 del codice penale militare di pace<sup>33</sup>.

Il caso è particolarmente significativo perché, in ragione della contestata natura "legislativa" della decisione della Corte, il Tribunale militare di Torino ha sollevato un numero spropositato di q.l.c. (oltre 40) aventi ad oggetto proprio il citato art. 8, secondo comma, della legge n. 772 del 1972, "*come modificato dalla sentenza n. 409/1989 della Corte costituzionale*", per contrasto, oltreché con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., con l'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e con il principio di legalità e tassatività delle pene, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., in quanto la Corte costituzionale avrebbe modificato una norma penale, sostituendosi al legislatore nella scelta tra più soluzioni possibili.

Di risposta, la Corte, con l'ordinanza n. 27 del 1990, ha dichiarato la manifesta inammissibilità di tutte le questioni sollevate essendo "*rivolte a sindacare le statuizioni adottate dalla Corte con la menzionata sentenza n. 409/1989*", senza quindi affrontare nel merito il problema cruciale della costituzionalità di una simile decisione, proprio con riferimento all'art. 25, comma 2, Cost.

Anche in altre occasioni la reazione dei giudici può essere comunque assimilata ad una "ribellione" all'intervento manipolativo della Corte; tuttavia, a differenza del caso appena analizzato, si assiste ad una "disapplicazione" della sentenza manipolativa, in quanto i giudici considerano l'effetto della pronuncia una caducazione integrale della norma "manipolata" dalla Corte. Ciò è quanto è accaduto, per esempio, a seguito della decisione n. 108 del 1974 in tema di istigazione all'odio tra le classi sociali - fattispecie dichiarata parzialmente illegittima dalla Corte e tuttavia considerata come espunta integralmente dal sistema dalla Corte di Cassazione<sup>34</sup> - e anche in occasione della sentenza n. 27 del 1975 in tema di aborto<sup>35</sup>.

### **3.4. L'interpretazione conforme in materia penale**

Vi è un ulteriore ambito della giurisprudenza costituzionale, che fa trasparire una concezione solo apparentemente rigorosa del principio di legalità penale. Ci si riferisce ai casi in cui la Corte ha alimentato in maniera eccessiva il fenomeno della interpretazione costituzionalmente conforme in materia penale (un chiaro esempio è costituito dalla decisione n. 327 del 2008 sul disastro ambientale) inducendo i giudici a non sollevare più questioni di costitu-

---

<sup>33</sup> In particolare, con la citata sentenza, la Corte rileva che i comportamenti previsti dalle due ipotesi criminose (di cui all'art. 8 della legge n. 772 del 1972 e all'art. 151 c.p.m.p.) ledono, con modalità oggettive analoghe, lo stesso bene giuridico (l'interesse alla regolare incorporazione degli obbligati al servizio di leva nell'organizzazione militare) e che è identico il rimprovero di colpevolezza che si muove ai soggetti attivi dei due delitti e che pertanto appariva sproporzionata, arbitraria ed irrazionale la maggior pena comminata dal citato art. 8, secondo comma, della legge n. 772 del 1972 unicamente in ragione dell'esistenza di motivi di coscienza dedotti a giustificazione del comportamento tenuto.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 22.11.1974, con nota adesiva di C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1975.

<sup>35</sup> Si veda, a commento della decisione, la nota di C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. Cost.*, 1975, p. 1098 ss.

zionalità e ad affrontare con lo strumento interpretativo problemi di legittimità costituzionale. Si è consapevoli che un giudice “bocca della legge” non possa esistere, ma, allo stesso tempo, si ritiene che il diffondersi di una cultura dell’interpretazione programmaticamente incline a riconoscere, anche in materia penale, ampi poteri interpretativi alla magistratura, possa essere pericoloso.

Non è possibile in questa sede esaminare a fondo il problema dei rapporti tra *legislatio* e *giurisdictio*, divenuti ancora più complessi per l’avvento delle fonti europee e della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Basti portare qualche esempio del fenomeno. Situazioni emblematiche si sono verificate nel caso Ilva<sup>36</sup> o nel caso Eternit<sup>37</sup>, in cui a fronte di gravi lacune in materia di tutela penale dell’ambiente la giurisprudenza ha cercato di fare da sé, ricorrendo all’art. 434 c.p., ovvero al reato di “crollo di costruzioni o altri disastri dolosi”, con non poche forzature tenuto conto del principio *nulla poena sine lege stricta*.

D’altra parte, però, è bene tenere a mente che la misura dell’indipendenza del giudice è la sua soggezione alla legge, come ricorda la Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012<sup>38</sup>. Il rischio che si profila è esattamente quello che i Costituenti avevano voluto prevenire in modo particolare con l’art. 25, comma 2, ovvero il ricorso ad interpretazioni estensive o analogiche delle norme che prevedono fattispecie penalmente rilevanti. È in gioco più che mai, dunque, anche in questi casi, la difesa del cuore della riserva di legge in materia penale.

#### 4. Risposte differenti dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale

Se si guarda in modo rigido al principio di legalità penale, gli interventi manipolativi in *bonam partem* effettuati dalla Corte costituzionale si pongono spesso in contrasto con l’art. 25, comma 2, Cost. soprattutto per il profilo attinente alla determinatezza della fattispecie penale, posto che la norma risultante dalla pronuncia della Corte, essendo integrata dal dispositivo della decisione (che spesso, a sua volta, rinvia al contenuto della motivazione – così nella sentenza n. 27 del 1975 in materia di aborto) difetta inevitabilmente di chiarezza e inequivocità<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> In relazione alle problematiche dell’interpretazione nel caso ILVA, v. A. GUSMAI, *Il valore normativo dell’attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC* 3/2014 (11 luglio 2014), p. 1 ss. Sulla vicenda ILVA v. G. ARCONZO, *Note critiche sul ‘decreto legge ad Ilvam’, tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013, 16 ss.; dello stesso A., *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, *ivi*, p. 28 ss.

<sup>37</sup> Sulla vicenda, nonché sull’uso giurisprudenziale dell’art. 434 c.p., v. G. M. FLICK, *Parere pro-veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all’art. 434 c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Per un commento critico dell’esito della vicenda, v. anche G. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell’amianto: riflettendo sull’epilogo del caso Eternit*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2015.

<sup>38</sup> Su questi e altri aspetti della decisione, v. A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in *giur-cost.org*, 2012.

<sup>39</sup> Si veda ancora M. D’AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in BIN, G. BRUNELLI,

#### **4.1. La Corte circoscrive in modo confuso (Corte cost. n. 229 del 2015)**

Un esempio significativo e recente di questo problema è costituito dalla sentenza n. 229 del 2015 sulle sanzioni penali per chi pratica la diagnosi genetica preimpianto.

Si tratta di una decisione assai significativa, perché la Corte si è dovuta confrontare con molti dei problemi sopra indicati. La questione riguardava, infatti, norme penali da un lato non in linea con i tempi, in quanto, pur essendo state approvate nel 2004, non sono state adottate tenendo conto realmente dell'arte medica più avanzata a disposizione (art. 13 della l. n. 40 del 2004); dall'altro lato, la norma era stata redatta in modo non chiaro e appariva lacunosa.

Occorre ricordare che la fattispecie della diagnosi preimpianto e della selezione degli embrioni sani per il trasferimento nell'utero non è regolata esplicitamente da nessuna norma della l. n. 40 del 2004, ma la giurisprudenza, a partire dal 2007, aveva ritenuto queste tecniche legittime grazie ad una interpretazione conforme a Costituzione. Era dunque pacifico che nessuna norma penale fosse applicabile in queste ipotesi. Ebbene, con la pronuncia in questione la Corte costituzionale, sia pure senza ammetterlo esplicitamente, interviene con un dispositivo manipolativo al fine di rendere più chiara e precisa la norma penale: intende, quindi, ritagliare al di fuori dell'area penalmente rilevante le condotte in questione. Senonché, nel compiere questa operazione, il Giudice costituzionale trascura alcuni elementi, come ad esempio che la condotta della diagnosi e selezione embrionaria non sono fattispecie autonome di reato, ma circostanze aggravanti della fattispecie base costituita dalla sperimentazione sugli embrioni umani e, dunque, già non erano punibili; inoltre, la Corte costituzionale non elimina la sanzione penale per qualsiasi caso di accesso alla diagnosi preimpianto e selezione degli embrioni, ma solo in presenza di alcuni requisiti, individuati nel vicino precedente costituito dalla sent. n. 96 del 2015. Il Giudice costituzionale quindi dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge n. 40 del 2004, *"nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche"*.

Tuttavia, come evidente, entrambi i requisiti concorrono a rendere la norma penale imprecisa o indeterminata<sup>40</sup>.

---

A. PUGIOTTO e P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di Giustizia*, Torino, 2005, p. 13.

<sup>40</sup> Sul punto v. le interessanti osservazioni di I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium Iuris*, 7-8/2016, p. 826 ss.

V. inoltre A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (21 dicembre 2015), che segnala altri elementi per cui la norma penale di risulta problematica: in particolare, l'A. mette in evi-

Il primo requisito (la selezione può riguardare solo *embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b*), in quanto i criteri di gravità di cui si discorre sono del tutto vaghi: infatti, non è possibile individuare una volta per tutte malattie genetiche gravi a partire dalla diversa fattispecie dell'interruzione di gravidanza dopo il primo trimestre, in cui peraltro il medico è tenuto a compiere valutazioni caso per caso. Il secondo requisito (la apposita struttura pubblica) in quanto a ben vedere, se si può concedere che sia chiaro cosa si intenda con struttura pubblica, vi sono una serie di aree grigie, come le cliniche convenzionate, rispetto alle quali la norma è lacunosa e imprecisa. Inoltre, vediamo che il dispositivo si riferisce ad "apposite" strutture pubbliche, ma in questo momento cliniche ad hoc non sono state istituite. Il termine "apposite" riferito alle strutture pubbliche, in assenza di una norma di attuazione, o rende inoperante l'intervento della Corte, perché tali strutture ancora non esistono, o deve essere svuotato di significato dall'interprete.

Vi è un ultimo elemento che rende molto problematico l'intervento manipolativo della Corte: ovvero che il Giudice costituzionale ha fatto riferimento, per ridurre l'area penalmente rilevante, in modo indifferenziato e meccanico ai requisiti che nella sent. n. 96 del 2015 aveva individuato per permettere l'accesso alla PMA e a queste tecniche alle coppie fertili e portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

Ma che ne è, allora, dei medici che praticano diagnosi e selezione embrionaria alle coppie infertili? Devono rispettare, per evitare la sanzione penale, i medesimi requisiti individuati per le coppie fertili? La domanda non è fine a se stessa, in quanto le coppie infertili si sono viste riconoscere, a partire dalla citata giurisprudenza affermata dal 2007, l'accesso alla diagnosi genetica ed alla selezione embrionaria, per un numero di casi più ampio rispetto a quelli consentiti per le coppie fertili con la sent. n. 96 del 2015.

Dinanzi a queste complicazioni ed incertezze, non si può fare a meno di riscontrare come la Corte, pur essendo stata mossa da un intento di razionalizzazione del sistema (caducare norme penali pacificamente non applicabili a certe fattispecie), abbia forse utilizzato in modo troppo disinvolto i suoi poteri manipolativi in materia penale, mettendo a repentaglio lo stesso principio di precisione che verosimilmente ha ispirato la sentenza.

#### ***4.2. La Corte rispetta la discrezionalità legislativa stando un passo indietro (Corte cost. n. 223 del 2015)***

Non meno problematica appare la sentenza n. 223 del 2015 sulla norma che prevede la non punibilità del coniuge nei reati contro il patrimonio commessi senza violenza alle per-

---

denza come la Corte non abbia tenuto in considerazione che la diagnosi e selezione preimpianto, punite dalla norma oggetto della questione, altro non erano se non delle circostanze aggravanti della fattispecie della sperimentazione sugli embrioni (primo comma dell'art. 13, l. 40 del 2004); tale fraintendimento del Giudice costituzionale ha notevoli ripercussioni sulla tenuta della decisione, difficilmente conciliabile con il complessivo tenore dell'art. 13 della l. n. 40 del 2004.



sone di cui all'art. 649, primo comma, c.p.<sup>41</sup>. Tale decisione risulta particolarmente significativa poiché la Corte, da una parte, ha confermato la possibilità di scrutinare norme penali di favore – coerentemente con l'orientamento inaugurato con la citata sentenza n. 148 del 1983 – , dall'altra, però, ha emesso una pronuncia di inammissibilità, nonostante sia entrata nel merito della questione addirittura qualificando esplicitamente, per una questione di anacronismo legislativo, come “*non proporzionata e manifestamente irragionevole*” la norma penale di favore. In questo caso, l'inammissibilità era per la Corte una strada obbligata in ragione dell'assenza di un unico rimedio costituzionalmente obbligato al vizio rilevato dal giudice *a quo*. Fin qui, evidentemente, *nulla quaestio*. Tuttavia, è interessante notare come la Corte abbia associato l'inammissibilità per la presenza di più soluzioni compatibili con la Costituzione un altro elemento che conduce verso la soluzione dell'inammissibilità: cioè l'ambito (penale) della norma in questione. Usando le parole della Corte, il settore penale è “*caratterizzato oltretutto da una discrezionalità del legislatore particolarmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi contrapposti*”<sup>42</sup>.

Ci si limita qui a segnalare questo aspetto problematico della pronuncia: la Corte, infatti, da un lato, ha applicato giustamente lo schema utilizzato nella sentenza n. 148 del 1983, dall'altro lato, però, dovendo forse bilanciare l'affondo con cui ha riconosciuto l'irragionevolezza della norma penale di favore, ha fatto riemergere un argomento tipico, la discrezionalità del legislatore in materia penale, utilizzato per dichiarare la inammissibilità delle questioni riguardanti norme penali più favorevoli (o di questioni in *bonam partem* quando la Corte non ravvisi una *manifesta* irragionevolezza della norma oggetto).

La decisione appare ancor più interessante ove si consideri che, in pronunce anche recenti riguardanti norme penali dinanzi alle quali la inammissibilità della questione si è imposta in ragione dell'assenza di rime obbligate, il Giudice costituzionale non ha avvertito il bisogno di recuperare dall'argomento della discrezionalità legislativa in ambito penale argomentazioni *ad adiuvandum* (sentenze nn. 134 del 2012, sulle pene accessorie nel caso di bancarotta; 279 del 2013, sul rinvio facoltativo della pena in presenza di condizioni di sovraffollamento carcerario; 214 del 2014, sul ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive).

---

<sup>41</sup> Per un commento adesivo alla pronuncia, v. G. LEO, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 novembre 2015; sul tema, con particolare attenzione ai profili di merito della questione affrontata dalla Corte, v. anche C. NARDOCCI, *Norme penali di favore fra tutela dell'unità della famiglia “tradizionale” e diritti individuali. all'incrocio tra tempo della norma e tempi del legislatore. a margine di Corte cost. sent. n. 223 del 2015*, in *Rivista AIC* 2/2016.

<sup>42</sup> Non vale a superare questa osservazione l'evocazione dell'argomento dell'anacronismo legislativo, spesso posto dalla Corte a premessa per decisioni di inammissibilità, visto il risalto precipuamente dato nella pronuncia alla discrezionalità del legislatore in ambito penale.

#### **4.3. La Corte modifica (in bonam partem) la cornice edittale (Corte cost. n. 56 del 2016 e n. 236 del 2016)**

In ordine ai confini della discrezionalità del legislatore in materia penale, deve poi rimarcarsi la recentissima sentenza n. 56 del 2016 con cui la Corte costituzionale, indipendentemente dal fatto che si tratti di una decisione dall'effetto in *bonam partem*, ha formulato preziose considerazioni di ampio respiro sul punto<sup>43</sup>. In tale pronuncia, la Corte, investita di una questione di legittimità avente ad oggetto l'art. 181, comma 1-bis, del d.lgs. n. 42 del 2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio)<sup>44</sup>, ha dichiarato incostituzionale la norma censurata dal giudice *a quo*, sanzionando il carattere irragionevole della pena (più severa) prevista dalla medesima fattispecie.

Il Giudice costituzionale, dopo aver ribadito che *“la discrezionalità di cui gode il legislatore nel delineare il sistema sanzionatorio penale trova il limite della manifesta irragionevolezza e dell'arbitrio”*, ha concluso per l'accoglimento della questione in ragione del palese contrasto della normativa impugnata con il canone della ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Più nel dettaglio, la Corte ha rilevato un'ingiustificata e irragionevole disparità di trattamento tra l'ipotesi delittuosa incriminata dalla norma oggetto della questione di legittimità, di cui al citato art. 181, comma 1-bis, del d.lgs. n. 42 del 2004, da un lato, e il gemello reato contravvenzionale previsto dall'art. 181, comma 1, dello stesso d.lgs., dall'altro. La Corte osserva, infatti, che punendo più gravemente le condotte incidenti su beni sottoposti a vincoli puntuali, di cui al più volte citato comma 1-bis, rispetto a quelle incidenti su beni vincolati per legge, ex comma 1, il legislatore ha *“delineato un complessivo trattamento sanzionatorio delle prime di gran lunga più severo rispetto a quello riservato alle seconde”*, travolgendo l'impianto originario della normativa in materia, nel cui ambito erano punite più severamente le violazioni incidenti su beni sottoposti a vincolo legale. Ad avviso della Corte, una simile evoluzione legislativa appare *“ondivaga, non giustificata né da sopravvenienze fattuali né dal mutare degli indirizzi culturali di fondo della normativa in materia”* e, in quanto tale, contrastante con il principio di ragionevolezza ricavabile dall'art. 3 Cost. E una siffatta irragionevolezza – prosegue ancora la Corte – *“è resa poi manifesta dalla rilevantissima disparità tanto nella configurazione dei reati (nell'un caso delitto, nell'altro contravvenzione), quanto nel trattamento sanzionatorio, in relazione sia alla entità della pena che alla disciplina delle cause di non punibilità ed estinzione del reato”*.

Dalla fondatezza della questione, conclude infine il Giudice costituzionale, consegue la parificazione della risposta sanzionatoria (secondo l'assetto originariamente sperimentato dal legislatore al momento della prima codificazione in materia di reati paesaggistici). Ed allo-

---

<sup>43</sup> Con particolare attenzione ai profili penalistici della decisione, v. A. NATALINI, *La “contravvenzionalizzazione” del delitto paesaggistico: il “sacrificio” del precetto (e del giudicato) in nome della (ir)ragionevolezza sanzionatoria. Effetti sostanziali, processuali e profili rimediati a margine di Corte cost., sent. 23 marzo 2016, n. 56, Pres. Crisculo, Rel. Coraggio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (11 aprile 2016).

<sup>44</sup> Fattispecie che incrimina la condotta di chi, senza la prescritta autorizzazione o in difformità da essa, esegue lavori di qualsiasi genere su *“immobili od aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori”*.

ra, tale pronuncia costituisce un chiaro esempio di come la Corte costituzionale – qualora accerti che il legislatore abbia esercitato il proprio potere sanzionatorio in modo arbitrario ed irragionevole e ferma restando la efficacia in *bonam partem* della pronuncia – si riconosca come pienamente legittimata, anzitutto, a sindacarne le scelte punitive e, in secondo luogo, a ricondurre autonomamente il relativo trattamento sanzionatorio entro i confini della legalità costituzionale.

Propende in modo netto verso un'assunzione di responsabilità in ordine al sindacato di costituzionalità in materia penale la recentissima decisione n. 236 del 2016<sup>45</sup>, nella quale la Corte costituzionale modifica la cornice edittale della pena del delitto di alterazione di stato del neonato, anche questa volta in *bonam partem*. Secondo la Corte costituzionale, l'art. 567, comma 2, c.p., il quale punisce l'alterazione di stato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, deve essere dichiarato incostituzionale nella parte in cui prevede "la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale da un minimo di tre a un massimo di dieci anni". Nella decisione, il Giudice costituzionale si spinge all'operazione manipolativa sulla cornice edittale, ben consapevole dei limiti e dei rischi di una sua scelta in materia penale e ancorandola ad una irragionevolezza intrinseca fra due fattispecie diverse, ma assimilabili. Irragionevolezza manifestatasi anche in ragione di un anacronismo, reso più forte dalle profonde modifiche della società e delle leggi in materia di filiazione. In modo molto opportuno, dunque, la Corte fa il suo mestiere, ma ricorda, in chiusura, come sia "auspicabile" un "intervento riformatore che riconsideri *funditus*, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame, definendo il proprio intervento manipolativo come "transitorio". Una pronuncia, quindi, attenta al rispetto dei propri confini in materia nella motivazione; e, ancora, una pronuncia che comunque passa quei confini riservati al legislatore, decidendo, sia pure transitoriamente, sull'*an*, sottoponendo a interpretazione il bene giuridico tutelato originariamente, e sul *quantum* della pena, modificandone la cornice edittale.

La recente giurisprudenza costituzionale, pertanto, ci offre un quadro emblematico dello stato dell'arte: il Giudice costituzionale oscilla fra un *self-restraint* nei confronti del legislatore (così nella sent. n. 223 del 2015) che lo costringe a lasciare nell'ordinamento una norma ormai diventata incostituzionale e viceversa operazioni manipolative (così nelle sent. nn. 229 del 2015 e 56 del 2016) che pur apparentemente contenute e rispettose della discrezionalità legislativa (cfr. la sent. n. 236 del 2016), in realtà risultano problematiche nell'impatto con l'ordinamento.

## 5. Alcune riflessioni conclusive e una proposta

---

<sup>45</sup> Per un primo commento, si veda F. Viganò, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Penale Contemporaneo*, 2016.

### 5.1. I problemi aperti

In conclusione, terminato l'esame dei fattori della crisi del principio di legalità penale imputabile sia al legislatore (per la mancata riforma del codice e per le disorganiche scelte di politica criminale sopra ricordate), sia alla stessa Corte costituzionale (che forse avrebbe potuto essere più coerente nelle scelte in materia, al di là di un apparente rispetto del principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost.) viene spontaneo chiedersi: ma oggi quali valori vogliamo tutelare con il richiamo a questo principio?

Si è visto come la *ratio* democratica della riserva di legge oramai, nonostante sia proclamata dalla Corte, venga in realtà spesso calpestata soprattutto per via del modo di legiferare del nostro Parlamento, che vede il dibattito tra maggioranza ed opposizione assai limitato dall'uso anomalo della questione di fiducia e dal ricorso massiccio agli atti aventi forza di legge. Ma anche se si volge lo sguardo al principio di precisione si perviene ad un risultato insoddisfacente. In questo caso, oltre alla scadente tecnica legislativa, sono la mancata riforma del codice e la conseguente incisività degli interventi di riscrittura delle norme attraverso l'interpretazione, spesso incoraggiata dalla giurisprudenza costituzionale, ad erodere il principio. Anche le sentenze manipolative della Corte, pronunciate in *bonam partem* (fatto salvo il caso della bestemmia) hanno però un peso (sebbene limitato) nel processo di indebolimento del principio di precisione<sup>46</sup>. Non va poi dimenticata la erosione del diritto penale nazionale nell'impatto con la normativa europea e la sua interpretazione da parte delle Corti sovranazionali.

Volendo tirare le fila del ragionamento, occorre domandarsi se la Corte costituzionale non possa fare di più; se non sia giunto il momento in cui il dogma della discrezionalità legislativa in materia penale, come tendenzialmente accaduto nelle altre materie, debba cadere; se la prudenza della Corte non debba attenuarsi, non solo quando la decisione ha effetto in *bonam partem* (si è visto che in questo caso le decisioni di accoglimento, in linea teorica ammissibili, sono comunque poche), ma anche quando l'effetto della pronuncia è in *malam partem*.

È evidente come sia inutile addossare troppa responsabilità alla Corte costituzionale, né riporre nel suo intervento aspettative eccessive. Non è infatti compatibile con il ruolo del Giudice costituzionale porre rimedio, in via generale, all'inerzia del legislatore e sostituirsi ad esso nella riscrittura delle norme penali, che assommano oramai ai molti vizi dovuti alla mancata riforma del Codice Rocco anche problemi sempre più gravi, trasmodanti nell'irragionevolezza, in ragione dell'anacronismo legislativo che le connota (emblematica in tal senso è la sentenza n. 223 del 2015). Il Giudice costituzionale, dunque, fa bene a non avventurarsi verso l'accoglimento della questione quando la norma penale manifestamente irragionevole potrebbe essere sostituita da una pluralità di scelte legislative diverse. Tali scelte, infatti, non possono essere fatte dalla Corte, ma spettano solo al legislatore.

---

<sup>46</sup> Sul tema, v. A. PUGIOTTO, *Sentenze normative: legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 4214.

## 5.2. Spunti dalla giurisprudenza costituzionale tedesca

Una soluzione al problema evidenziato, che consentirebbe alla Corte di uscire dalla strettoia in cui si trova, e quindi dichiarare l'incostituzionalità della norma penale, ma allo stesso tempo fermarsi prima di sostituire la propria scelta ad una tra le tante legittime, rispettando lo spazio riservato al legislatore, potrebbe essere costituita dalle c.d. "sentenze additive di principio" o "sentenze meccanismo"<sup>47</sup>, con cui si accerta l'incostituzionalità, ma viene delegato al legislatore il compito di intervenire per determinare il contenuto delle norme applicabili. Come è noto questa categoria di decisioni non ha avuto in Italia, finora, molta fortuna.

L'esperienza tedesca, invece, costituisce un prezioso modello, cui guardare con attenzione<sup>48</sup>. Le sentenze di incompatibilità del *Bundesverfassungsgericht* (di seguito: *BverfG*), le cd. *Unvereinbarkeitserklärungen*, di cui il Giudice costituzionale tedesco si è dotato inizialmente in via pretoria<sup>49</sup>, infatti, consentono di modulare in vario modo gli effetti nel tempo della decisione d'incostituzionalità, in attesa di un intervento da parte del legislatore<sup>50</sup>. Con tali pronunce il Tribunale costituzionale, più precisamente, dichiara una norma "incompatibile" con il *Grundgesetz* (di seguito: GG), ma non la rende per ciò solo nulla, giacché, se la norma incompatibile con il dettato costituzionale non venisse più applicata, avrebbe luogo una violazione ancora più grave della Legge Fondamentale. In questo modo sono evidente-

---

<sup>47</sup> Sul tema, si vedano i contributi di F. POLITI, *L'applicazione delle sentenze additive di principio da parte dei giudici comuni e l'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità*, in *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), Napoli – Roma, 2006, p. 192 ss.; A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 3435 ss.; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, 1996; E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 148 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 400 ss.

<sup>48</sup> In questo senso v. anche A. BONOMI, *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una «differenziazione ingiustificata» da parte della Corte costituzionale?*, cit., 2007, 150, nota 24, in riferimento alla Corte austriaca, anch'essa dotata del potere di modulare gli effetti delle sue pronunce, sia pure in modo meno flessibile e variegato della Corte tedesca.

<sup>49</sup> Sebbene già partire dalla fine degli anni '50 il Tribunale costituzionale avesse posto le basi per questo tipo di decisioni, si può dire che esse facciano parte dell'arsenale utilizzato dal *Bundesverfassungsgericht* dal 1970 (sentenza dell'11 maggio, 1.05.1970 – 1 BvL 17/67 – E 28, 227, 236, 242 "Steuerprivileg Landwirte"). Già nel 1970, con la quarta legge di modifica del BVerfGG, la creazione pretoria è stata recepita nel suo nucleo fondamentale dal diritto positivo. Da notare che comunque le norme vigenti al riguardo sono essenziali e scarse, così che la flessibilità dei poteri del *Bundesverfassungsgericht* resti intaccata.

<sup>50</sup> Nella letteratura tedesca v., tra gli altri, K. HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Gesellschaft, Baden Baden, 1988, p. 12; J. IPSEN, *Rechtsfolgen der verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden Baden, 1980, p. 111 ss.; C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, Beck, München, 1991, 344 ss.

Nella letteratura italiana, v. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2012, p. 56; più di recente, N. FIANO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (29 giugno 2016).

Sul tema della modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità in Italia, dove tale fenomeno è come noto molto più circoscritto, intervenendo la Corte in casi sporadici al fine di limitare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce di accoglimento, cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni*, Milano, 1993.

mente evitate situazioni di vuoto legislativo che non potrebbero essere colmate dal *BverfG* se non con delicate operazioni manipolative, non sempre praticabili, tra cui pare possibile annoverare anche quelle che tanto preoccupano il Giudice costituzionale italiano alle prese con la materia penale.

È molto opportuno sottolineare che uno dei motivi che più frequentemente spingono il Tribunale costituzionale tedesco ad optare per questo tipo di pronunce è proprio l'esigenza di non interferire con scelte discrezionali del legislatore, permettendosi in questo modo al Parlamento di esercitare successivamente alla dichiarazione di incompatibilità il suo potere discrezionale<sup>51</sup>. Basti considerare che le decisioni di incompatibilità sono spesso accompagnate dalla individuazione di un *Frist*, un termine, entro il quale il Parlamento stesso deve esercitare il suo potere, pena la dichiarazione di nullità della norma stessa<sup>52</sup>, mentre, nel frattempo, la norma incompatibile può continuare a dispiegare effetti ed dunque essere applicata (c.d. *weitere Anwendbarkeit*).

Altre volte, invece, le decisioni (anche di nullità) del *BverfG* sono accompagnate da un ordine di esecuzione che contiene una sorta di regime transitorio, elaborato dal giudice costituzionale in modo da consentire immediatamente l'attuazione ed il rispetto del GG, da applicare sino all'intervento del legislatore, comunque necessario<sup>53</sup>.

Certamente, quando ci si avvicina a questo tipo di esperienza, occorre anche osservare che il Tribunale costituzionale tedesco può permettersi di lasciare al *Bundestag* la possibilità di sopperire alle proprie precedenti mancanze entro un termine futuro, senza caducare la norma incostituzionale, perché la collaborazione tra i due organi è piuttosto stretta<sup>54</sup>.

Ciò posto, nella variegata ed ampia esperienza tedesca lo strumento della decisione di incompatibilità viene messo in azione molto spesso nei casi di violazione del principio di uguaglianza nell'accesso alla tutela di un diritto sociale, in cui viene riscontrata una discriminazione o un vizio di ragionevolezza nella legge, la quale necessita di essere sostituita da un'altra legge contenente una diversa scelta discrezionale non lesiva del principio costituzionale<sup>55</sup>.

Tuttavia, non mancano casi che hanno investito anche la materia penale, tra cui si può annoverare in primo luogo una pronuncia recente, interessante ai fini del presente lavoro. Si tratta di una decisione in cui il *BverfG* non ha dichiarato nulle, ma solo incompatibili con

---

<sup>51</sup> Così v. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungsnichtigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden Baden, 1980, p. 111. Per un paragone tra decisioni di incompatibilità tedesche e sentenze additive di principio non autoapplicative italiane, che valorizza la *ratio* della non interferenza nella sfera di discrezionalità spettante al legislatore, sia consentito di rinviare anche a M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993, II, p. 1812.

<sup>52</sup> V. al riguardo G. CERRINA FERONI, *op. cit.*, 66 ss.

<sup>53</sup> Sull'ordine di esecuzione, adottato ai sensi dell'art. 35 del *BverfG Gesetz*, v. J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, p. 183.

<sup>54</sup> Insiste su questo aspetto U. STÖY-SCHNELL, *Das Bundesverfassungsgericht und die Corte Costituzionale*, Frankfurt am Mein, 1998, p. 217; di recente, valorizza l'importanza della collaborazione tra i due organi anche F. PEDRINI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (5 giugno 2015) e in *Quad. cost.*, 2015, 727 ss.

<sup>55</sup> C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, C.F Müller, p. 202.

la Legge Fondamentale, le disposizioni relative alla custodia di sicurezza contenute nel codice penale. Infatti, sebbene tali misure fossero in contrasto con la libertà personale ed il principio costituzionale di tutela dell'affidamento<sup>56</sup>, i giudici costituzionali hanno inteso evitare la liberazione dei soggetti sottoposti alla misura di sicurezza in questione, in quanto tale situazione sarebbe stata difficilmente gestibile dai Tribunali, dall'Amministrazione e dalla polizia. Contestualmente, il Tribunale costituzionale ha individuato i principi costituzionali cui il *Bundestag* ha dovuto fare riferimento nell'elaborazione della nuova legge ed un termine entro il quale questo ha dovuto provvedere (il 31 maggio 2013)<sup>57</sup>. Evidenti gli effetti in *malam partem* di una simile tecnica dilatoria, inconcepibili alla luce del rigido orientamento della Corte costituzionale italiana, trincerata dietro il dogma della discrezionalità legislativa; tuttavia, è altrettanto chiaro che il Parlamento tedesco ha potuto, in questo modo (e non sarebbe stato possibile altrimenti), riformulare l'intera disciplina della custodia di sicurezza in modo organico, attenendosi al dettato del Giudice costituzionale ed esercitando, per quanto consentitogli dalla Legge fondamentale, le proprie scelte discrezionali.

Di recente, occorre menzionare anche la decisione del 20 aprile 2016<sup>58</sup>, in cui è stata dichiarata l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge federale denominata "*Bundeskriminalamtgesetz – BKAG*", recante le norme che regolano i compiti e l'attività della forza di polizia federale (*Bundeskriminalamt – BK*) e la cooperazione in materia penale tra i Governi statali e quello federale e con i Paesi terzi<sup>59</sup>. Infatti, con tale pronuncia il *BVerfG* ha dichiarato la compatibilità rispetto alle norme costituzionali evocate di alcune misure di sorveglianza utilizzabili dalla polizia federale, ma al contempo ha dichiarato incompatibile con il *Grundgesetz* la disciplina dei relativi poteri investigativi, in quanto posta in violazione del principio di proporzionalità, "*alla cui stregua va compiuto il bilanciamento tra poteri pubblici e prerogative individuali*"<sup>60</sup>. Ebbene, le disposizioni che sono state dichiarate incostituzionali non sono state annullate dal *BVerfG*, il quale ha statuito invece che tali norme fossero applicabili fino al 30 giugno 2018. Quanto al "mandato di riforma", il *BVerfG* ha dichiarato che "*è compito del legislatore trovare un equilibrio tra il dovere dello Stato di proteggere la popolazione da gravi minacce, come quella terroristica, prevenendo i reati, e la garanzia dei diritti fondamentali della persona all'inviolabilità del domicilio, alla segretezza delle comunicazioni, alla riservatezza ed all'integrità dei sistemi informatici*"<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Combinato disposto degli artt. 2, comma II, frase II, e 104, comma I, GG, e combinato disposto degli artt. 2, comma II, frase II, e 20, comma III, GG.

<sup>57</sup> Cfr. *BVerfG*, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09. A commento della decisione, v. S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco. Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht*, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (18 novembre 2011).

<sup>58</sup> *BVerfG*, I Senato, 20 aprile 2016 - 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

<sup>59</sup> Le disposizioni rilevanti sono costituite dalla sottosezione della legge sulla prevenzione delle minacce terroristiche internazionali (*Unterabschnitt Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus*), §§ da 20a a 20x, introdotte il 25 dicembre 2008 a decorrere dal 1 gennaio 2009.

Sulla pronuncia v. A. VENEGONI - L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 maggio 2016.

<sup>60</sup> Cfr. A. VENEGONI - L. GIORDANO, *op. ult. cit.*

<sup>61</sup> Cfr. A. VENEGONI - L. GIORDANO, *op. ult. cit.*

Ma tale giurisprudenza non è ascrivibile solo all'ultimo periodo di funzionamento del Tribunale costituzionale e si dispiega anzi in molteplici ambiti del diritto penale, alcuni dei quali, come si vedrà, centrali per il dibattito politico e dell'opinione pubblica.

Un primo esempio è costituito dalla pronuncia del 14 marzo 1972<sup>62</sup>, in ambito di esecuzione della pena e regole sulla corrispondenza dei detenuti, in cui il *BVerfG* ha indicato al legislatore un termine, successivamente rinnovato a causa dell'inerzia parlamentare, affermando che "è compito di una legge in materia di esecuzione della pena tracciare un confine che sia idoneo a bilanciare la libertà di manifestazione del pensiero dei detenuti con l'indispensabile esigenza di una ragionevole e ordinata esecuzione della pena"<sup>63</sup>.

Ancora, nonostante il Tribunale federale in questi casi si spinga alla parziale dichiarazione di nullità, non si possono non menzionare le storiche sentenze del *BVerfG* in materia di aborto, che, sebbene di segno diverso, risultano entrambe assai significative del rapporto di collaborazione affermatosi in Germania in ambito penale tra organo di giustizia costituzionale e organo legislativo.

Come noto infatti, sia nel 1975, sia nel 1993<sup>64</sup>, il giudice costituzionale tedesco viene chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle norme appena approvate in materia di interruzione volontaria di gravidanza e sulla necessità della previsione di una tutela penale per il diritto alla vita dell'embrione. Più in particolare, in entrambi in casi al *BVerfG* viene chiesto di sindacare la legittimità costituzionale del c.d. "modello temporale", secondo cui l'aborto è legittimo se praticato entro un certo termine, che, nella legge del 1993, veniva accompagnato dall'obbligo per la donna di rivolgersi al consultorio<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Cfr. sulla decisione D. ELHERS, *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, De Gruyter Lehrbuch, Berlin, 2009, p. 341; M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker und Humblot, Berlin, 1993, p. 130.

<sup>63</sup> "Es wird Aufgabe eines Strafvollzugsgesetzes sein, eine Grenze zu ziehen, die sowohl der Meinungsfreiheit des Gefangenen wie den unabdingbaren Erfordernissen eines geordneten und sinnvollen Strafvollzuges angemessen Rechnung trägt".

Più precisamente, il Tribunale federale era stato adito con ricorso diretto da un detenuto che, nel corso dell'esecuzione della pena, aveva indirizzato una lettera ad una persona esterna al carcere, nella quale aveva espresso delle rimostranze nei confronti del direttore dell'istituto.

Tuttavia, la lettera era stata trattenuta dall'amministrazione carceraria, in quanto contenente dichiarazioni ed affermazioni oltraggiose e, in particolare, poiché descriveva alcuni comportamenti tenutisi all'interno dell'istituto, la cui divulgazione era vietata (v. il regolamento amministrativo – *Verwaltungsvorschrift*- nr. 155, § 2 DVollzO). Pertanto, il ricorrente aveva lamentato la lesione degli artt. 1 (sulla dignità umana), 5 (sulla libertà di manifestazione del pensiero), 10 (sulla segretezza della corrispondenza), 19 (sulla restrizione dei diritti fondamentali), 20 (sui fondamenti dell'ordinamento statale) e 103 (sui diritti fondamentali degli imputati) del *Grundgesetz*.

Nella sua decisione, come accennato, il *BVerfG* invita il Parlamento a dare un fondamento legale (*gesetzliche Grundlage*) alla limitazione dei menzionati diritti fondamentali entro il termine della legislatura (1973). Il *Frist* non è stato peraltro rispettato dal legislatore, in quanto la legislatura è terminata anticipatamente nell'autunno del 1972. Nell'autunno del 1975 il legislatore non aveva così ancora adempiuto a quanto stabilito dal *BVerfG*, il quale ha pertanto rinnovato il termine fino all'1 luglio 1977, ma già il 16 marzo 1976 il legislatore aveva adempiuto al suo compito.

<sup>64</sup> La prima pronuncia è del 25 febbraio 1975, 39 BVerfGE 1, mentre la seconda sentenza è stata pronunciata il 28 maggio 1993, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, e 2 BvF 5/92.

Non è possibile, in questa sede, approfondire la tematica, su cui si permette di rinviare a M. D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

<sup>65</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Donne e aborto*, cit., pp. 21 e 62 ss.



Nella prima decisione il giudice costituzionale, dopo aver riscontrato l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate perché, in estrema sintesi, non tutelavano attraverso il ricorso allo strumento penale il diritto alla vita del feto, senza il quale la protezione al bene giuridico leso sarebbe illusoria o inadeguata, si è rivolto al legislatore, intervenuto un anno dopo<sup>66</sup>, affinché riformasse alcuni ambiti della disciplina dichiarata incostituzionale. Da notare che il Tribunale costituzionale sottolinea l'importanza dell'intervento del Parlamento in merito alle modalità di tutela adoperabili dallo Stato rispetto alla vita prenatale, precisando che è suo compito esaminare se il legislatore, nei limiti delle sue possibilità, abbia fatto tutto il necessario per eliminare i pericoli dal bene giuridico da tutelare<sup>67</sup>.

La sentenza del 1993, diversamente, impone al legislatore di considerare l'aborto "illegittimo, ma non penalmente punibile"<sup>68</sup>: in ossequio al principio della pena come *extrema ratio* e, soprattutto, dinanzi ad indagini empiriche che dimostrano l'inutilità della pena, il giudice costituzionale tedesco, cercando almeno apparentemente di rispettare lo spazio di discrezionalità riservato al legislatore in materia penale, rinviene importanza centrale, per la tutela del diritto alla vita e dignità del concepito, non più nella irrogazione di una pena, ma nella previsione di una consulenza alla donna organizzata in modo tale da creare o rafforzare il suo senso di responsabilità verso il nascituro ed orientata a convincerla a proseguire nella gravidanza<sup>69</sup>. Pertanto, la pronuncia dichiara nulle alcune norme della legge impugnata, tra cui fondamentali sono quelle che rendono legittimo l'aborto entro le prime 12 settimane senza prevedere una consulenza per la donna orientata nel senso sopra indicato. Al contempo, nell'ordine di esecuzione, il *BVerfG*<sup>70</sup> indica una serie di "misure integrative" che formano un vero e proprio regime transitorio, da applicare in attesa dell'approvazione di una nuova legge, più volte invocata nell'ordine di esecuzione medesimo e nella motivazione della pronuncia, e allo stesso momento costituiscono punti fermi cui il legislatore dovrà attenersi nel tuo futuro intervento<sup>71</sup>.

Può essere interessante citare, infine, anche la cd. *Cannabis Entscheidung*. Nella sentenza in esame, risalente al 9 marzo 1994<sup>72</sup>, e riguardante sanzioni penali in merito a violazioni del divieto di consumo di prodotti a base di cannabis, il *BVerfG*, dopo aver ordinato gli Stati del *Bund* di armonizzare le norme sull'esecuzione della pena in caso di violazione del cd. *Cannabisverbot*, ha specificato che è compito del legislatore scegliere con quale strumento – anche diverso da quello penale – sia possibile perseguire lo scopo della tutela dei beni giuridici messi in pericolo o lesi dal consumo di tali prodotti. La sentenza in questione,

---

<sup>66</sup> Le legge è del 18 maggio 1976. Per una descrizione del suo contenuto, v. M. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 23 ss. In tema v. anche AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali: U.S.A., Austria, Francia, Repubblica Federale Tedesca, Italia*, Milano, 1976.

<sup>67</sup> Cfr. M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker und Humblot, Berlin, 1993, p. 59 – 60, per cui spetta infatti al Parlamento l'individuazione "della decisione oggettiva sui valori" (*der objektiven Werteentscheidung*).

<sup>68</sup> V. M. D'Amico, *op. ult. cit.*, pp. 63 e 68.

<sup>69</sup> Cfr. il punto D II della pronuncia e, per approfondimenti, M. D'AMICO, *op. ult. cit.*, pp. 73 e 80 ss.

<sup>70</sup> È possibile leggere la decisione, tradotta in italiano, in M. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 113 ss.

<sup>71</sup> Da applicare dopo il 15 giugno 1993 (termine indicato dal *BVerfG* alla scadenza del quale la legge dichiarata incostituzionale non avrebbe più trovato applicazione) e sino all'intervento del legislatore.

<sup>72</sup> BVerfGE 90, 145.

più precisamente, contiene un dovere di riforma per il legislatore, ovvero un *Nachbesserungspflicht*<sup>73</sup>.

### **5.3. Il principio di legalità come orizzonte e non come “alibi”**

Da questa disamina dell’esperienza tedesca emerge in modo ancor più chiaro l’utilità di strumenti di raccordo col legislatore in ambito penale, che, invece, nell’esperienza italiana, ferma restando la più ristretta varietà delle tipologie di decisioni a disposizione della Corte costituzionale, sono utilizzati in modo piuttosto limitato: fatta eccezione per qualche caso isolato e comunque riferito ad uno specifico settore dell’ordinamento penale<sup>74</sup>, mancano anche sentenze monito che sottolineino l’importanza di una riforma organica del codice penale<sup>75</sup>.

A conclusione di queste riflessioni e con l’augurio che la giurisprudenza costituzionale esca dalle formali strettoie che ancora le impediscono un giudizio a tutto tondo nella materia penale, ci piace ricordare l’intervento coraggioso con cui la Corte costituzionale ha inciso su una norma cardine del codice Rocco, l’art. 5, modificando profondamente un principio fino ad allora indiscusso del diritto penale italiano. Si tratta della notissima sentenza n. 364 del 1988, che esclude dall’ignoranza non scusabile l’ignoranza inevitabile. Da notare che si tratta di un caso eccezionale e che la *ratio decidendi* della pronuncia sottolinea come “*lo spirito stesso dell’intera Carta fondamentale ed i suoi essenziali principi ispiratori*” siano violati dalla norma oggetto della questione. Per questo la Corte non si esime dal pronunciarsi, pur mettendo in rilievo, in chiusura, che “*spetta al legislatore (oltre all’eventuale emanazione di norme “di raccordo”) stabilire se l’ignoranza evitabile della legge penale meriti un’attenuazione di pena, come per gli ordinamenti tedesco occidentale ed austriaco, oppure se il sistema dell’ignoranza della legge penale debba restare quello risultante a seguito della qui dichiarata parziale illegittimità costituzionale dell’art. 5 c.p.*”. Questa pronuncia, oramai risalente a quasi trent’anni fa, deve essere ricordata e tenuta presente dal Giudice costituzionale; essa infatti può costituire un modello per futuri interventi manipolativi, qualora norme penali oramai datate o comunque frutto di una cattiva tecnica normativa, ancorché disciplinanti aspetti fondamentali del sistema penale, mettano in discussione principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale. In questo senso, pare muoversi la recentissima decisione n. 236 del 2016,

---

<sup>73</sup> Cfr. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislazione nella Repubblica federale tedesca*, Torino, 2002, p. 299.

<sup>74</sup> Ci si riferisce alla sentenza n. 134 del 2012 con cui la Corte costituzionale ha ribadito espressamente “*l’opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l’art. 27, terzo comma*” (Considerato in diritto 2).

<sup>75</sup> Invocata invece ancora di recente, tra i tanti, da F. PALAZZO, *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, cit. Sui rapporti tra le decisioni di incostituzionalità e l’intervento del legislatore, ci si permette di rinviare a M. D’AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993, II, p. 1803 ss.

che, manipolando la cornice edittale dell'art. 567, comma 2, c.p., alla luce di un contesto profondamente mutato, sollecita in ogni caso un intervento del legislatore<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Su cui, anche, F. VIGANÒ, cit., il quale valorizza la portata della pronuncia di una Corte “finalmente” coraggiosa, senza tralasciare la centralità del legislatore, chiamato a “ristabilire – nell’esercizio della propria discrezionalità – una più ponderata dosimetria sanzionatoria”.