

Cristiano Cupelli

---

**IL *PROBLEMA* DELLA LEGALITÀ  
PENALE. SEGNALI IN  
CONTROTENDENZA SULLA CRISI  
DELLA RISERVA DI LEGGE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## IL PROBLEMA DELLA LEGALITÀ PENALE SEGNALI IN CONTROTENDENZA SULLA CRISI DELLA RISERVA DI LEGGE

SOMMARIO: 1. La crisi e i suoi fattori. — 2. Le sentenze 5 e 32 del 2014. — 3. I segnali sul fronte interno: i vizi procedurali e la riserva di legge. — 3.1. La conversione eterogenea del decreto legge. — 3.2. Il sindacato sull'infedeltà del decreto legislativo (anche *in malam partem*). — 4. Garanzia procedurale quale garanzia sostanziale. — 5. I fattori esogeni e il viatico della sentenza 238 del 2014. — 6. La strada percorribile. — 6.1. Limitazioni di sovranità, principi fondamentali e identità costituzionale nazionale. — 6.2. Il controlimito della sovranità statale in materia penale. — 7. È vera crisi?

1. *La crisi e i suoi fattori.* — Inutile nascondersi: nel dibattito penalistico odierno si parla sempre più di crisi della legalità, di perdita di centralità del ruolo di garanzia della riserva di legge (1) e di inarrestabile ascesa del c.d. formante giurisprudenziale, cui tende a riconoscersi ormai una vera e propria funzione costitutiva (2). Molteplici, del resto, sono i fattori di *stress*, tanto endogeni quanto esogeni, cui l'istituto storicamente più pregnante della legalità penale è sottoposto.

I primi, riscontrabili in maniera differente ma pressoché costante in

---

(1) La possibilità di individuare un equivalente funzionale alla riserva di legge è al centro del confronto sviluppato in *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia* 2011, 77 ss., con *Nota introduttiva* di F. GIUNTA e contributi di G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, 99 ss. e C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, 125 ss.; nella vasta bibliografia sulla progressiva erosione del principio di legalità penale, si vedano, per tutti, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, Milano 2007, 1247 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, *ivi*, 1279 ss. e, da ultimi, T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli 2014, 14 ss. e D. PULTANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2015, 29 ss.

(2) Il tema è stato affrontato, di recente e nei suoi molteplici risvolti, anche nel III Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, tenutosi a Napoli il 7 e 8 novembre 2014, dal titolo «*La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*»; una dettagliata ricostruzione dei contenuti dell'incontro è ora svolta da C. SANTORO, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2014, 2212 ss.

tutti gli ordinamenti giuridici statuali, vanno dall'eclissi di rappresentatività del Parlamento alle disfunzioni interne al procedimento legislativo, passando per la scarsa efficacia del controllo esercitato da parte dell'opinione pubblica e per i distorti rapporti funzionali tra Parlamento e giudici, tanto costituzionali quanto ordinari, sino all'abuso delle fonti governative. Di quest'ultimo, la più evidente forma di manifestazione è rappresentata dall'abuso degli atti aventi forza di legge, che tende ad assumere — alimentato dal c.d. *fattore tecnocratico* (3) e dal «moltiplicarsi di autorità indipendenti, legislatori tecnici esenti da responsabilità politico-elettorale, la cui legittimazione poggia su competenza, autorevolezza e neutralità» (4) — i contorni di un'espropriazione del Parlamento ad opera di poteri, a ragione definiti «senza responsabilità» (e *senza rappresentanza*), «nuovi vettori della volontà sociale che contribuiscono alla destabilizzazione del circuito democratico» (5). Ciò si traduce nel prepotente ingresso di fonti secondarie, nella tendenza all'autonormazione (soprattutto in materia di codici di comportamento e responsabilità colposa) (6) e nella penetrazione, anche nel diritto penale, del c.d. *soft law*, quale insieme di «fonti atipiche non disciplinate da norme sulla produzione giuridica, improntate al mero principio di effettività

---

(3) Il risvolto tecnico — o meglio *tecnocratico* — collegato a talune drastiche scelte in termini di rigore finanziario compiute dinanzi alla crisi economica degli ultimi anni a livello interno, ma su chiara dettatura sovranazionale, ha stimolato riflessioni critiche sul ruolo del costituzionalismo e del diritto costituzionale in rapporto ai paradigmi tradizionali della sovranità nazionale e del principio democratico; si vedano i contributi raccolti nel volume collettaneo *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. ANGELINI - M. BENVENUTI, Napoli 2012, nonché il lavoro monografico di G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli 2012, *passim* (ma spec. 89 ss.).

(4) A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 104, il quale si riferisce a figure ed attori sociali «che si formano al di fuori delle strutture formali dello Stato e che influenzano in modo determinante le scelte e le strategie politiche, con il vantaggio di una sostanziale irresponsabilità», con l'effetto di determinare una trasmigrazione del potere politico-amministrativo dalle sedi istituzionali proprie a «sedi private, rappresentate da *lobbies*, gruppi di pressione, potentati»; un ampio quadro ricostruttivo anche in D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino 2010, 5 ss.

(5) A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 103; in una dimensione ancor più ampia — estesa cioè ad un «ordinamento non condizionato da principi costituzionali di legittimazione dei poteri, qual è quello globale» — delinea una mappa di taluni dei c.d. «nuovi sovrani globali», ossia di quei soggetti «che riescono — di fatto, più che di diritto — a partecipare e/o imporre decisioni politicamente rilevanti in ambito planetario (dunque sia nazionale sia sovranazionale)», G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari 2013, 50 ss.

(6) Per tutti, C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 261 ss.

e in questa prospettiva tutt'altro che irrilevanti ancorché non dotate di piena obbligatorietà» (7).

I secondi, ossia i c.d. fattori esogeni, da ricondurre alla moltitudine disordinata di fonti sovranazionali e alla loro incidenza sugli ordinamenti stessi, portano alla compressione della discrezionalità del legislatore interno nelle scelte relative all'introduzione di nuove incriminazioni (8).

Va da sé che le impostazioni volte a ridimensionare la portata garantista della riserva di legge, accompagnate alle pretese di una legalità plasmabile da spinte di matrice giurisprudenziale, arrivino a mettere in discussione lo stesso modello di democrazia rappresentativa che ne è presupposto e base teorica, patrocinandone un (più o meno esplicito) abbandono (9). Per tale via, enfatizzando i guasti dovuti alla degenerazione della prassi, si giunge, in un eccesso di semplificazione — o, forse, in «un'aprioristica e fin troppo generosa legittimazione dell'esistente» (10) — a sminuire il ruolo di garanzia della fonte scritta, a tutto vantaggio dell'attività interpretativa (11). Il discorso, portato alle conseguenze, spinge nella direzione del pieno riconoscimento della giurisprudenza quale fonte del diritto, anche penale, con un ruolo quantomeno paritario rispetto alla legge (12); un riconoscimento pieno,

---

(7) Così A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e «soft law»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2011, 536 ss., il quale si sforza di cogliere — nonostante i molteplici e segnalati profili che sembrano porre *soft law* e diritto penale in «una sorta di irriducibile antitetività» — i punti di avvicinamento tra il c.d. «diritto debole» e quella «branca 'durissima' dell'ordinamento giuridico» che è il diritto penale, valorizzando «le viepiù evidenti forme di interrelazione fra norme penali e norme *soft*»; in senso critico, nella dottrina costituzionalistica, R. BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. SOMMA, Torino 2009, 31 ss.

(8) Su posizioni concordi nella diagnosi e difformi nella prognosi, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010, 24 ss. e C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012, *passim* e spec. 130 ss., 171 ss., nonché, più di recente, T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, cit., 14 ss. e C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2014, 1109 ss.

(9) In particolare, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 2269 e ID., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.* 1/2013, 163 ss.; una esaustiva indagine su alcune delle più evidenti trasformazioni della democrazia contemporanea in N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Milano 2014, 23 ss.

(10) A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 29 novembre 2014, 4.

(11) Sui rapporti tra interpretazione e fonti del diritto, da ultimo, G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena 2014, 36 ss.

(12) È questo l'approdo, tutt'altro che rassicurante, raggiunto ad esempio dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza 12 settembre 2012, n. 34952 (in *Cass. pen.* 2013, 52 ss.), la quale — nell'occuparsi della configurabilità del tentativo

dunque, di quel ruolo di co-legislatore nei fatti già assunto dal c.d. «potere normativo giurisprudenziale» (13) (senza, tuttavia, l'avallo della Corte costituzionale) (14), che trova sostegno proprio nel contesto sovranazionale — nella suggestione di un (asserito) massimo livello di salvaguardia dei diritti

---

di rapina impropria — ha dedicato ampio spazio ai vincoli del giudice. Adombra spazi di «discrezionalità giudiziaria *contra legem*» in parte della recente giurisprudenza della Cassazione relativa alle innovazioni apportate dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 alla disciplina della corruzione A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il 'sentiero interrotto' della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2014, 1034 ss.; denuncia, con esemplificazione casistica, la tendenza della prassi giurisprudenziale a «privilegiare le istanze di protezione dei beni giuridici, anche a scapito del rigoroso rispetto del principio di tassatività/tipicità della fattispecie penale», G. FLORA, *I vincoli costituzionali della interpretazione delle norme penali*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2014, 134 ss.

(13) Potere di cui parla, quale prospettiva dischiusa proprio «dall'allontanamento del diritto penale dal monopolio produttivo del Parlamento», A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, cit., 107 ss.

(14) Va infatti rimarcato come la tesi dell'(auto)assunzione del ruolo di co-legislatore dal parte del «potere normativo giurisprudenziale» sia stata nella sostanza respinta dalla Corte, in particolare nella sentenza 12 ottobre 2012, n. 230 (in questa *Rivista* 2012, 3440 ss., con osservazioni di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, ivi, 3474 ss.), ove — nel dichiarare infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p., censurato, in riferimento agli artt. 3, 13, 25, comma 2, 27, comma 3 e 117, comma 1 Cost., in relazione agli artt. 5, 6 e 7 CEDU, nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il «mutamento giurisprudenziale», determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato — si è ribadita la differenza tra attività normativa e attività interpretativa; e ciò, da un lato rivendicando come «il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana», giacché è ad esso «estraneo il principio — di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno — della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.»; dall'altro lato, precisando che, «a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, ogni decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione», potendo altresì «le stesse sezioni unite trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto».

In senso critico sulla possibile deriva verso una «giurisprudenza-fonte», con ampi riferimenti alla vicenda sottesa all'appena menzionata sentenza, A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della CGUE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in questa *Rivista* 2011, 4724 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, ivi, 2012, 3166 ss. e M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, ivi, 3825 ss.; segnala come la

fondamentali realizzabile attraverso la c.d. tutela multilivello (15) —, in particolare nell'impossibilità di enucleare dal tenore dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo una riserva di legge parlamentare. Tale dato normativo autorizzerebbe a ricondurre, oltre alla legge formale, anche la giurisprudenza nell'onnicomprensivo concetto di *diritto* cui la norma fa esplicito riferimento (16), giungendosi ad una trasfigurazione della riserva di legge in «riserva di diritto» (17), soddisfatta dai soli canoni elastici di accessibilità e prevedibilità del diritto stesso.

Sul terreno del diritto penale, ciò basterebbe a «revocare in dubbio, o quanto meno a problematizzare, l'idea che la riserva di legge sia realmente riuscita (anche in passato) ad assicurare la partecipazione democratica del cittadino alla scelta di politica criminale, almeno nei termini molto lineari ai quali la tradizione ci ha abituati» (18); degli scopi originari della riserva residuerebbe oggi solo il meno rilevante profilo della salvaguardia delle condizioni di conoscibilità del precetto in vista dell'autodeterminazione del

---

sentenza n. 230 del 2012, «di forte cifra politica», abbia «bloccato una deriva verso una sovversione di sistema», D. PULTANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 37.

(15) Un'incisiva critica di tale suggestione già in M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in questa *Rivista* 2006, 1660 ss., ripresa in Id., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., 3835 ss.; sui rischi di affidare ai giudici, “nella crisi della politica”, il futuro dei diritti fondamentali, torna di recente G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 82 ss. Tra gli ultimi lavori sul tema della tutela multilivello, si segnalano, senza pretesa di esaustività, D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012, 23 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012, 141 ss.; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012, 104 ss.; E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino 2013, 87 ss.; C. PINELLI, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali nella prospettiva della giurisprudenza italiana. Una ricostruzione*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli 2012, 2377 ss.; sul ruolo e le peculiarità dei diritti fondamentali, imprescindibile A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 88 ss.

(16) In questi termini, O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2011, 1478 ss.; sul riconoscimento della *giurisprudenza-fonte*, seppure all'esito di un percorso differente (fondato su una teoria delle norme giuridiche che, distinguendo tra *disposizioni* e *norme*, riconosce all'interprete uno spazio rilevante per ricavare le vere *norme* applicate dalle *disposizioni* astratte), anche M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, *passim* (ma spec. 51 ss.; 92 ss.).

(17) N. PARISI, *Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: lacune considerazioni a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 2254.

(18) O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., 2268.

singolo, non già quello della legittimazione autenticamente democratica delle scelte di politica penale (19).

In questo scenario, si pongono quali segnali in controtendenza alcune recenti sentenze della Corte costituzionale — e cioè, sul fronte interno, la n. 5 (20) e la n. 32 (21) e, su quello esterno, la n. 238 (22), tutte del 2014 —, le quali lasciano intravedere un possibile argine all'erompere di un pensiero debole in tema di legalità penale, offrendo nuovi stimoli alla tesi della perdurante attualità del fondamento garantistico della riserva di legge.

2. *Le sentenze 5 e 32 del 2014.* — Partendo dal versante 'interno', nei casi sottoposti allo scrutinio della Corte nelle prime due pronunce richiamate, si combinano alcuni tra i fattori patologici che, minando le fondamenta della riserva di legge parlamentare e la sua credibilità, alterano la separazione dei poteri e la ripartizione delle competenze tra esecutivo e legislativo. Da un lato, un intervento governativo al di fuori dei 'confini' tracciati dalla delega parlamentare, che trasforma i fisiologici e marginali spazi di discrezionalità tecnica riconnessi all'esercizio della delega al potere esecutivo in una discrezionalità pressoché assoluta nelle *scelte penali* (23);

(19) O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., 2270.

(20) La sentenza è pubblicata in questa *Rivista* 2014, 92 ss., con note di C. CARUSO, *Dottrina delle «zone franche» e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, *ivi*, 122 ss. e di P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, *ivi*, 3587 ss. e in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2014, 965 ss., con nota di C. CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, 977 ss.

(21) Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, in questa *Rivista* 2014, 485 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, 505 ss.; nella riflessione penalistica, sugli effetti (soprattutto intertemporali) della sentenza, v., per tutti, V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.* 23 marzo 2014; M. GAMBARDILLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.* 2014, 1132 ss.

(22) Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238, in questa *Rivista* 2014, 3853 ss.

(23) Qualora ve ne fosse bisogno, la recente vicenda relativa alla riforma dei reati tributari, ed in particolare all'approvazione del relativo "*Schema di decreto legislativo*" da parte del Consiglio dei Ministri nella seduta del 24 dicembre 2014, con le polemiche suscitate dall'*improvvisa* comparsa all'interno del testo della clausola di esclusione della punibilità di cui all'art. 19-bis, ha offerto un'emblematica testimonianza dell'inadeguatezza e dell'opacità dello strumento al cospetto delle imprescindibili esigenze di democraticità che accompagnano la materia penale; sulla vicenda, e sulle relative implicazioni costituzionalistiche (ma anche su possibili risvolti penali), A. PACE, *La funzione positiva degli scandali*, in *La Repubblica* 8 gennaio 2015, p. 32; ID., *Una manina pericolosa*, *ivi*, 15 gennaio 2015, p. 35; M. FRANCAVIGLIA, *L'emanazione differita dei decreti-legge alla luce dell'art. 77 Cost.*, in "*Legislazione governativa*

dall'altro, l'utilizzo non ortodosso della decretazione d'urgenza, ravvisato nel ricorso, nella fase di conversione, ad un c.d. maxi-emendamento governativo, dal contenuto eterogeneo rispetto al decreto, che elide la discussione in aula sul testo da approvare e quindi vanifica la potenzialità garantista del confronto parlamentare (24).

Nello specifico, con la sentenza n. 5 la Corte ha dichiarato l'illegittimità per carenza di delega dei decreti legislativi che abrogavano il reato di associazione militare con scopi politici. È stata riconosciuta l'illegittimità — per violazione dell'art. 76 Cost. — dell'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010, nella parte in cui, al numero 297) del comma 1, abrogava il d.lgs. n. 43 del 1948, e dell'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010, laddove modificava il d.lgs. n. 179 del 2009, espungendo, con l'Allegato B, dalle norme mantenute in vigore dall'Allegato 1 del citato d.lgs. n. 179 del 2009, il d.lgs. n. 43 del 1948. L'abuso perpetrato dal potere esecutivo nell'abrogare la fattispecie di associazione militare per scopi politici è ravvisato nel fatto che tanto l'art. 2268, comma 1, n. 297) del d.lgs. n. 66 del 2010, quanto l'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010 risultano adottati «in carenza della necessaria delega legislativa», non potendo essere invocati *a copertura* — come invece espressamente indicato nel preambolo dei provvedimenti — i commi 14, 14-*quater*, 15 e 18 dell'art. 14 della legge delega n. 246 del 2005.

La sentenza n. 32, cui è stato attribuito un più ampio risalto, anche per le ricadute intertemporali che ne sono derivate (25), ha accolto i dubbi sollevati dalla Terza Sezione penale della Cassazione (26) sulla compatibilità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies-ter*, comma 2, lett. a) e comma 3, lett. a), n. 6 del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 — entrambi introdotti dalla legge di conversione 21 febbraio 2006, n. 49 (27) — con l'art. 77, comma 2 Cost., rilevandosi l'estraneità delle norme inserite in sede di conversione all'oggetto, alle

---

*d'urgenza" e crisi*, a cura di R. Calvano, Napoli 2015 e C. CUPELLI, *Gli atti aventi forza di legge in materia penale, la delega fiscale e i soliti sospetti*, in *Dir. pen. cont.* 23 febbraio 2015.

(24) Per tutti, N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. GIANFRANCESCO - N. LUPO, Roma 2007, 41 ss.; ulteriori sviluppi in *Id.*, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, in *Analisi giur. econ.* 2013, 421 ss.

(25) Sulle quali, esaurientemente, M. GAMBARELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, Supplemento a *Cass. pen.* 2014, 20 ss.

(26) Cass. pen., Sez. III, ord. 9 maggio 2013 (dep. 11 giugno 2013), n. 25554, in *Cass. pen.* 2013, 3405 ss.

(27) Come è noto, il primo articolo ha modificato l'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 nella parte in cui, sostituendo i commi 1 e 4 di tale norma, ha parificato ai fini sanzionatori le sostanze stupefacenti previste dalle tabelle II e IV di cui al previgente art. 14 a quelle delle tabelle I e III, elevando conseguentemente le relative sanzioni, mentre il secondo ha sostituito gli artt. 13 e 14 del d.P.R. 309 del 1990, unificando le tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, includendo la *cannabis* e i suoi derivati nella prima di tali tabelle.



finalità e alla *ratio* dell'originale decreto-legge. In particolare, è stata censurata l'assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate — con le quali è stata modificata la disciplina degli stupefacenti, eliminando a fini sanzionatori la distinzione fra droghe pesanti e droghe leggere e prevedendo un aumento delle pene per gli illeciti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 relativi alle droghe leggere — e quelle originarie del decreto-legge, ritenendo le prime, in difetto del nesso logico-giuridico richiesto dall'art. 77, comma 2 Cost., adottate in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente illegittime.

3. *I segnali sul fronte interno: i vizi procedurali e la riserva di legge.* — Può dunque dirsi che con le due decisioni di inizio 2014 (28), la Corte, oltre a vincere quell'atteggiamento di timidezza spesso assunto in tema di sindacato sugli atti aventi forza di legge in materia penale, apra la strada ad una valorizzazione, su piani distinti (del decreto legislativo la prima e del decreto-legge la seconda) ma connessi, dei profili procedurali della riserva di legge, intercettando anche il tema dei confini di ammissibilità degli interventi *in malam partem*; paravento dietro al quale, come è ben noto, la stessa Corte si è a lungo trincerata per eludere le censure relative alla genericità di principi e criteri direttivi ovvero ad eccessi di delega (29).

Sul versante della riserva di legge, dunque, le due sentenze, pur glisando sul problema di fondo — l'ammissibilità di decreto-legge e decreto legislativo quali fonti del diritto penale (30) —, lasciano emergere alcune fisiologiche criticità della decretazione d'urgenza e della delegazione legislativa in materia penale.

3.1. *La conversione eterogenea del decreto-legge.* — Con riferimento alla decretazione d'urgenza, nella sentenza n. 32 le problematicità, al di là degli argomenti tradizionali, sono rapportate alla fase che rappresenta — per chi annovera il decreto-legge tra le fonti del diritto penale — il momento di 'recupero' della compatibilità con la riserva, quella cioè della *conversione in legge*. Agli occhi del penalista la pronuncia compie un passo avanti ulteriore rispetto al percorso virtuoso, diretto a restituire al decreto-legge un volto il più possibile conforme ai crismi costituzionali, intrapreso dalla giurisprudenza a partire dalla seconda metà degli anni Novanta. Percorso che ha visto dapprima porre fine all'uso disinvolto della ripetizione di decreti decaduti

---

(28) Alle quali va affiancata, sul versante delle competenze regionali, la sent. 13 marzo 2014, n. 46 (in questa *Rivista* 2014, 1134 ss.), soprattutto, come si vedrà, con riferimento ai rapporti tra riserva di legge ed effetti *in malam partem* delle pronunce di accoglimento.

(29) Sulla questione, e per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, cfr. C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 192 ss.

(30) Sul quale sia consentito rinviare ancora a C. CUPELLI, *La legalità delegata*, 130 ss., 171 ss.

per scadenza dei termini di conversione (31), e quindi esaminare il requisito della *straordinaria necessità e urgenza* (32); ma soprattutto, e più di recente, ha visto allargare il raggio del possibile intervento anche agli emendamenti inseriti in sede di conversione che si presentino del tutto *eterogenei* rispetto al contenuto del decreto-legge, di per sé legittimamente fondato sui necessari presupposti (33).

Il passaggio che appare significativo è quello volto a riconnettere i vizi *in procedendo* (individuati nella disomogeneità degli emendamenti e nel ricorso a maxi-emendamenti, voto di fiducia e voto bloccato) non solo all'interruzione del «legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed i provvedimenti provvisori con forza di legge», ma anche alle inevitabili frizioni con quella che rappresenta l'essenza della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2 Cost.: la garanzia di effettiva partecipazione delle minoranze, per via procedimentale, alle opzioni politico-criminali (34).

La Corte rivendica la necessità di un legame funzionale tra l'importanza della materia trattata (e dei beni coinvolti) e l'opportunità di un ponderato dibattito parlamentare. Il rispetto del requisito dell'omogeneità e dell'interrelazione funzionale tra disposizione del decreto e quelle della legge di conversione riveste un ruolo «di fondamentale importanza per mantenere entro la cornice costituzionale i rapporti istituzionali tra Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica nello svolgimento della funzione legislativa». Diviene, in altri termini, il *limite consentito* di svolgimento della dialettica tra organi, che riconduce alla volontà del Parlamento una scelta solo preliminarmente rimessa al Governo in ragione della necessità ed urgenza, non potendo la legge di conversione aprirsi «a qualsiasi contenuto ulteriore, onde evitare che tale percorso semplificato possa essere sfruttato

---

(31) Con la sentenza, divenuta ormai celebre, 24 ottobre 1996, n. 360, in questa *Rivista* 1996, 3147 ss.

(32) Per tutte, nelle sentenze 27 gennaio 1995, n. 29 (in questa *Rivista* 1995, 3677 ss.); 23 maggio 2007, n. 171 (*ivi*, 2007, 1662 ss.) e 30 aprile 2008, n. 128 (*ivi*, 2008, 1486 ss.).

(33) Il riferimento è, in particolare, alla sent. 16 febbraio 2012, n. 22, in questa *Rivista* 2012, 248 ss.; peraltro, il tema dell'esercizio della funzione legislativa da parte del Governo, con particolare riferimento al tema dei maxi-emendamenti presentati durante l'*iter* parlamentare di conversione dei decreti-legge e del rispetto del criterio dell'omogeneità delle disposizioni introdotte, è stato ripreso dalla Corte nella successiva sentenza 7 novembre 2014, n. 251.

(34) Opzioni che peraltro, nella circostanza, risultano fortemente intrise di *politicalità*, dal momento che, richiamando le parole della Corte, con gli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* si è operata una «innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni, sia sotto quello sanzionatorio», realizzando una «penetrante e incisiva riforma coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica», che «avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge *ex art. 72 Cost.*» (cit., 501).

per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare».

L'uso indebito di questa logica, che si traduce nell'estraneità della materia *convertita* a quella *da convertire*, rappresenta l'epicentro della perdita di legittimazione democratica dell'atto, adottato «in carenza dei presupposti del legittimo esercizio del potere legislativo di conversione» e perciò costituzionalmente illegittimo: è ancora la sentenza a far presente come «nella misura in cui le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere».

### 3.2. *Il sindacato sull'infedeltà del decreto legislativo (anche in malam partem).*

— Spostandoci sul versante del decreto legislativo, la sentenza n. 5 — superando la già richiamata ritrosia che ha condotto negli anni la giurisprudenza costituzionale a un vero e proprio svilimento dei limiti necessari della delegazione legislativa in materia penale (35) — stigmatizza i vizi della

---

(35) A riprova dell'atteggiamento ondivago che ancora accompagna la giurisprudenza costituzionale, possono menzionarsi quattro pronunce — due delle quali depositate a distanza di un giorno l'una dall'altra — che lanciano segnali contraddittori: da una parte, e al di fuori della materia penale, indizi di un (almeno apparente) maggiore 'coraggio' si possono cogliere nella sent. 14 marzo 2014, n. 50 (in questa *Rivista* 2014, 1192 ss.), con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale — per difetto di delega — dell'art. 3, commi 8 e 9, del d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23 (*"Disposizioni in materia di Federalismo Fiscale Municipale"*) e nella sent. 4 giugno 2014, n. 153, che ha riconosciuto l'incostituzionalità dell'art. 18-bis, commi 3 e 4, del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (*"Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE, concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro"*), nel testo introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. f), del d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213 (*"Modifiche ed integrazioni al d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, in materia di apparato sanzionatorio dell'orario di lavoro"*), con riguardo alla prospettata violazione dei principi della legge delega derivante dalla previsione di sanzioni amministrative più elevate rispetto a quelle di cui al sistema previgente. Dall'altro lato, invece, si profila un *passo indietro* nella sent. 13 marzo 2014, n. 47 (in questa *Rivista* 2014, 1154 ss.), ove è stata dichiarata non fondata, in riferimento agli artt. 3 e 76 Cost., la questione di legittimità dell'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000, nella parte in cui non consente l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 163 ss. c.p., relative alla sospensione condizionale della pena, nei casi di condanna a pena pecuniaria per reati di competenza del giudice di pace, neppure quando il beneficio sia richiesto dalla difesa. Nel dettaglio, per quel che concerne la violazione dell'art. 76 Cost., si è qui ribadito che «la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, la quale può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega» e che l'art. 76 Cost. «non impedisce l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante»; di talché, neppure il silenzio di quest'ultimo sullo specifico tema «può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato», sempre che si tratti di scelte coerenti con la *ratio* e, quindi, con gli

delega, rapportandoli alla (mancata) *fedeltà* da parte del Governo al mandato ricevuto dal Parlamento; fedeltà che dovrebbe ancora una volta rappresentare il momento di ancoraggio alla garanzia parlamentare (36).

Va peraltro segnalato come sulla questione aleggiasse lo spettro di una possibile inammissibilità, per i dubbi che accompagnano la sottoposizione delle norme penali favorevoli al sindacato costituzionale: l'eventuale accoglimento, infatti, si sarebbe tradotto in una pronuncia ablativa con effetti *in malam partem*, potendo la dichiarazione di illegittimità dell'art. 2268 del d.lgs. 66 del 2010 (così come quella dell'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010) comportare la reviviscenza della disciplina abrogata e la riaffermazione della rilevanza penale dei comportamenti vietati dalla Costituzione (37).

Già nelle prospettazioni dei giudici *a quibus* — fatte proprie dalla Corte — si coglie un punto decisivo dei rapporti tra limiti del sindacato costituzionale, riserva di legge e delegazione legislativa (38): l'effetto *in malam partem* che deriva da una pronuncia di illegittimità costituzionale della

---

indirizzi generali della delega», arrivando, proprio sulla base di questi principi, ad escludere il denunciato vizio di eccesso di delega. Altrettanto poco confortante appare anche la più recente sentenza 6 ottobre 2014, n. 229 (in questa *Rivista* 2014, 3739 ss., con nota di D. NOCILLA, *Sui rapporti tra definizione dell'oggetto della delega legislativa e formulazione dei principi e criteri direttivi*, *ivi*, 3755 ss.), nella quale vengono ritenute conformi all'art. 76 Cost. «scelte del legislatore delegato coerenti con gli indirizzi generali della delega e compatibili con la *ratio* di questa, atteso che il menzionato parametro costituzionale non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, nella specie, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, poiché deve escludersi che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo», con la conseguenza «che, nell'attuazione della delega, è possibile valutare le situazioni giuridiche da regolamentare ed effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi».

(36) Sul punto, volendo, ancora C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 179 ss.

(37) Prima della pronuncia della Corte costituzionale la questione era stata affrontata da D. NOTARO, *“Rimandato” il sindacato costituzionale sull'abrogazione delle associazioni paramilitari*, in *Dir. pen. proc.* 2012, 450 ss.; M. GAMBARDILLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cass. pen.* 2010, 3727 ss. e M. SCOLETTA, *Reviviscenza di fattispecie penale illegittimamente abrogata? Il caso del reato di “associazioni di carattere militare per scopi politici” al cospetto della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.* 6 maggio 2011, 1 ss.

(38) I giudici rimettenti, prevedendo tale possibile risvolto, lo avevano tuttavia reputato superabile sia perché — secondo il Tribunale di Verona — «in ogni caso, anche ritenendo che la riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2 Cost., precluda alla Corte costituzionale un sindacato sulle leggi abrogative di reati, tale orientamento non potrebbe trovare applicazione nel caso di specie, in cui la pronuncia che è richiesta alla Corte è diretta espressamente a riaffermare il principio della riserva di legge, violato proprio dall'illegittimo intervento di un organo diverso dal Parlamento», producendosi in caso contrario «l'effetto di legittimare la violazione del medesimo principio ad opera del Governo in carenza assoluta del relativo potere»; sia ancora perché, come precisato dal GUP del Tribunale di Treviso, «se è vero che il

norma di un decreto legislativo che abroghi, eccedendo dalla delega, una fattispecie incriminatrice, si pone *non in contrasto* con la riserva di legge, quanto piuttosto *a salvaguardia* della stessa, soprattutto se letta come *riserva di organo* (39).

Chiarisce in merito la sentenza che «se si escludesse il sindacato costituzionale sugli atti legislativi adottati dal governo anche nel caso di violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti». Con la conseguenza che «quando, deducendo la violazione dell'art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato (...) non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale», il quale «rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa».

La verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene «strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale» e «non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*»; in caso contrario, ci si esporrebbe al rischio «di creare zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, comma 2 Cost.» (40).

---

sindacato della Corte può essere limitato dal principio della riserva di legge nell'ipotesi di cattivo esercizio in concreto da parte del Governo della funzione legislativa conferitagli *ex art. 76 Cost.* dalle Camere, è anche vero che il controllo di legittimità costituzionale delle norme primarie non può essere negato quando vi sia una scelta del legislatore delegato che esuli completamente dalla delega ricevuta». In breve: nel caso di abrogazione di una norma incriminatrice in assenza di delega legislativa, la Corte costituzionale non effettuerebbe autonome scelte punitive, ma si limiterebbe a garantire l'osservanza del principio di riserva di legge.

(39) L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990, I ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II.1, L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 1993, 61 ss.

(40) In senso analogo — e con espliciti richiami alla sentenza in esame — cfr. anche la già richiamata sent. 13 marzo 2014, n. 46, per la quale «la preclusione delle pronunce *in malam partem* non può venire (...) in considerazione quando sia in discussione la stessa idoneità della fonte di produzione normativa»; si chiarisce in particolare che «se l'esclusione delle pronunce *in malam partem* mira a salvaguardare il monopolio del soggetto-Parlamento sulle scelte di criminalizzazione, voluto dall'art. 25, comma 2 Cost., sarebbe del tutto illogico che detta preclusione possa saturare da interventi normativi operati da soggetti non legittimati, proprio perché

In sostanza, secondo la Corte — riprendendo spunti avanzati nella sentenza 28 giugno 2010, n. 28 (41) —, per superare il paradosso ed evitare al tempo stesso eventuali effetti impropri di una pronuncia *in malam partem*, occorre «distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali» (42).

L'esito della pronuncia, a prescindere dai possibili risvolti, è quello di ripristinare il valore della deliberazione fatta nella sede parlamentare: i limiti del sindacato della Corte, come si sa, attengono al rispetto delle prerogative del potere legislativo nelle scelte politico-criminali e non possono essere estesi alle scelte compiute dall'esecutivo; scelte che peraltro — nel caso di eccesso di delega — sono effettuate in contrasto con quelle del Parlamento o, quantomeno, *a sua insaputa* (43). Le barriere agli interventi *in malam partem* sembrano avere trovato proprio nella sindacabilità dei vizi formali del procedimento di formazione della legge o degli atti ad essa equiparati una nuova occasione di approfondimento, sul presupposto che nel sanzionare il vizio *in procedendo* ad essere salvaguardata sia, in fondo, proprio l'istanza

---

non rappresentativi dell'intera collettività nazionale — quale il Governo, che si serva dello strumento del decreto legislativo senza il supporto della legge di delegazione parlamentare (...), ovvero un Consiglio regionale (...) — i quali pretendano, in ipotesi, di 'neutralizzare' le scelte effettuate da chi detiene quel monopolio».

(41) Corte cost., sent. 28 gennaio 2010, n. 28, in questa *Rivista* 2010, 358 ss., che ha dichiarato — in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1 Cost. — l'illegittimità costituzionale di un decreto legislativo intermedio che aveva escluso, in contrasto con una direttiva comunitaria, la punibilità di un fatto anteriormente e successivamente previsto come reato, in quanto «se si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie — (...) cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie (...) per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. — non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano».

(42) Anche in questo passaggio si può cogliere un ulteriore punto di contatto tra le due pronunce, laddove nella sentenza n. 32 la Corte demanda la risoluzione degli specifici (e cospicui, a differenza di quelli, invero alquanto circoscritti, della sentenza n. 5) effetti intertemporali — unitamente a quella dei risvolti di caducazione a catena sulle norme successive a quelle impugnate — *in toto* al giudice ordinario, spingendo parte della dottrina a parlare di un vero e proprio «processo di protagonizzazione del giudice *a quo* (e del giudice comune in generale) nella messa a fuoco delle implicazioni scaturenti da dichiarazioni di illegittimità costituzionale» (così V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi"*: *gli orizzonti attuali della democrazia penale*, cit., 20 ss.).

(43) In questa prospettiva anche M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino 2013, 125 ss.

garantista sottesa alla riserva (44), senza tuttavia che possa dirsi intaccato — nella sostanza — l'orientamento di fondo in tema di (in)ammissibilità delle questioni *in malam partem* (45).

4. *Garanzia procedurale quale garanzia sostanziale.* — I passaggi richiamati evocano, ancora una volta, le specificità della riserva di legge in materia penale, quale presidio della divisione dei poteri, del principio democratico e della rappresentatività nelle scelte politico-criminali; ciò presuppone la presenza di un organo rappresentativo che, all'esito di un percorso dialettico assicurato da essenziali crismi procedurali, possa legittimamente imporre restrizioni al bene primario della libertà personale.

È evidente come, in questa prospettiva, non paiano coerenti, in termini di legittimazione democratica, scelte penali adottate, in sede di conversione di un decreto-legge, attraverso emendamenti disomogenei che, seppure formalmente attribuibili al potere legislativo, vedono svalutata ogni *realità* dialettica dal ricorso alle compresse dinamiche emergenti dal combinato tra maxi-emendamenti governativi, voto bloccato che la questione di fiducia determina (precludendo ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo) e *minaccia* della decorrenza dei termini di conversione e dell'imminente fine della legislatura; allo stesso modo, non possono ritenersi in linea con l'art. 25 Cost. decreti legislativi emanati in assenza totale di delega o estranei ai principi e criteri direttivi in essa delineati.

Nelle prese di posizione della Corte — che sanziona l'elusione del corretto procedimento di conversione del decreto-legge e di attuazione delle prescrizioni e dei limiti della delega — vi è la conferma della *decisività* del momento procedimentale rispetto alle esigenze di salvaguardia della *ratio* della riserva di legge. Si avvalora l'idea che solo il procedimento legislativo — alla base della conversione in legge e dell'emanazione della legge delega e dei suoi principi e criteri direttivi — assicuri l'effettivo coinvolgimento delle forze rappresentative nel momento di compiere le scelte di criminalizzazione; le forme giuridiche di tale legittimazione e i suoi limiti non possono che coincidere con le — o, al più, derivare dalle — forme dei procedimenti assembleari. È questo, del resto, il paradigma procedurale della democrazia parlamentare, fondato sulla condivisione a monte delle modalità attraverso le quali decisioni di rilevanza collettiva vengono prese, prima ancora che sul

---

(44) Evidenzia le analogie e i punti di contatto tra le pronunce richiamate nel testo M. GAMBARELLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, cit., 1141 ss.

(45) Come ritiene invece parte della dottrina; così, ad esempio, F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Studium iuris* 2015, 12 ss. Parla di «espansione del controllo *in malam partem* tra istanze di democrazia procedurale e nuove "zone franche"», V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2015, 183 ss.

loro merito, che rientra in un profilo di garanzia distinto e successivo (46).

Il *corretto iter* legislativo — esteso all'osservanza delle regole del procedimento nell'attuazione della delega e al rispetto del requisito dell'omogeneità e dell'interrelazione funzionale tra disposizioni del decreto-legge e quelle della legge di conversione — è *di per sé fonte di garanzia*, per la virtù dialogica che ne costituisce il fondamento e per la potenzialità democratica che si sprigiona nella funzione di controllo parlamentare, *condivisa* da maggioranza e opposizione: l'asse portante della riserva sta proprio nell'assicurare efficacemente «sotto il profilo *procedurale* una possibilità di *controllo* democratico sulla legge» (47). Detto altrimenti: se il senso della garanzia democratica risiede nella capacità dialettica, questa — in sede deliberativa — non può che esercitarsi per via procedimentale, assicurando cioè il rispetto di forme che, nella sede rappresentativa, consentano a tutti di intervenire, partecipando alla scelta.

Ciò — come è evidente — ha un valore assoluto, che non può essere svalutato né obliterato allorché l'effetto del vizio procedimentale, come nel caso della sentenza n. 5, si assuma *in bonam partem*, dal momento che, a ben vedere, anche in tal caso si è al cospetto di scelte di politica criminale, come tale appannaggio esclusivo del Parlamento. La valutazione sulla perdita di disvalore penale di un fatto, che conduce all'abolizione della relativa fattispecie di reato prima prevista, è da ricondurre *comunque* al valore della democraticità nelle scelte punitive (48). Valore garantito solo se queste ultime costituiscono il portato di un confronto dialettico tra le diverse forze politiche che animano l'organo parlamentare, direttamente rappresentative della sovranità popolare: la riserva di legge assicura che le deliberazioni — qualunque sia il loro contenuto — maturino attraverso il necessario vaglio di opzioni alternative e ragioni antagonistiche (49).

È lo stesso argomento di fondo che — nel percorso dialogico intrapreso

---

(46) V. OTTONELLI, *I principi procedurali della democrazia*, Bologna 2012, 8; come precisa S. MOCCIA (*Qualche considerazione su auctoritas doctorum e rispetto dei principi*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna 2005, 58) si tratta di un modello che certamente «non va inteso in un mero, angusto proceduralismo formale — sia pure istituzionalizzato — povero di contenuti, bensì come un procedimento che in tanto può essere riconosciuto legittimo, in quanto materialmente orientato alla tutela e al libero esercizio di diritti fondamentali e al loro interno anche della libertà partecipativa dei consociati alla produzione del diritto».

(47) F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1294.

(48) Pone in evidenza il «filo di continuità tra genesi ed estinzione della norma penale», al fine di estendere alla fase genetica della norma penale le stesse garanzie procedimentali previste costituzionalmente per i fatti estintivi di natura elementare, E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 181 ss.

(49) In una prospettiva non dissimile 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 *Dir. pen. cont.* 3 febbraio 2014, 11.



tra le due sentenze — sorregge le perplessità che non ha mancato di suscitare la soluzione avanzata dalla Corte nella sentenza n. 32, circa la sicura reviviscenza della normativa abrogata (in materia di stupefacenti) dalla legge dichiarata incostituzionale per un vizio di carattere formale, giacché la valutazione di politica criminale alla base della norma dichiarata incostituzionale (non censurata nei contenuti) era, nel caso di specie, orientata sulla (pur discutibile, ma non discussa nel merito) scelta di equiparare, a fini sanzionatori, droghe leggere e droghe pesanti; assimilazione che, con la reviviscenza della precedente normativa, improntata ad una logica repressiva del tutto differente, viene eliminata (50).

Può dirsi dunque che le censure mosse dalla Corte da un lato consentono la prosecuzione di quella virtuosa opera di ridimensionamento dell'(ab)uso del decreto-legge in materia penale, per l'effetto dissuasivo che l'ampliamento del sindacato può indurre nei confronti del potere esecutivo; dall'altro, se adeguatamente valorizzate e sviluppate, possono rappresentare un punto di svolta (da tempo atteso ed invocato) in relazione agli eccessi della (e nella) delegazione legislativa. Ma non solo. Come si è visto, esse lanciano un segnale forte in chiave di rivitalizzazione del ruolo del procedimento legislativo; precludendo qualsiasi scorciatoia diretta ad eliminare la dialettica parlamentare e il controllo delle opposizioni sui provvedimenti che si riflettono sulla libertà personale, possono contribuire ad immunizzare la materia penale dalle distorsioni endoprocedimentali e soprattutto dalla (sempre latente) tentazione di sostituire all'idea originaria e virtuosa della legge come sintesi degli interessi generali un nuovo tipo patologico di legge, la c.d. «legge governativa» (51).

5. *I fattori esogeni e il viatico della sentenza 238 del 2014.* — A questo punto, letta la riserva di legge conformemente alla propria *ratio* e alla propria origine, quale presidio a tutela della divisione dei poteri, del principio democratico e della rappresentatività delle scelte politico-criminali, e tematizzata nella sua perdurante attualità, attraverso un percorso di rivitalizzazione del momento procedurale, si può provare a sdrammatizzare anche la portata dei c.d. fattori esogeni.

Seppure titolare di una potestà punitiva penale solo indiretta, è assai significativa l'incidenza esercitata dall'Unione europea *anche* sulle determinazioni politico-criminali degli Stati membri (52), tenuto conto che con il

(50) Per approfondimenti, C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, cit., 511 ss.

(51) F. BILANCIA, *La legge e l'interesse generale: un paradigma per un'etica costituzionale?*, in *www.costituzionalismo.it* 2005, 2 ss.; Id., *La legalità: il tramonto di una categoria giuspolitica*, *ivi* 2008, 3.

(52) Se è vero, come si è ancora di recente ribadito, che, in fondo, il complesso delle previsioni di cui agli artt. 83 e 86 TFUE delinea una competenza penale dell'Unione europea qualificabile come *indiretta*, di indiretto essa conserva solo la veste formale, visto che si esercita «mediante direttive che necessitano sempre

Trattato di Lisbona, se da una parte si sono ampliati i margini di influenza in materia penale, dall'altra non si sono resi *davvero* conformi a *standard* di garanzia democratica i relativi meccanismi decisionali, ancora rimessi al ruolo egemone di organi privi di effettiva rappresentatività (53). A ciò va aggiunto che, nel cammino di un potenziamento delle capacità di incidere nelle deliberazioni sovranazionali, ha rappresentato un'occasione persa la l. 24 dicembre 2012, n. 234, la quale, nonostante i buoni propositi, ha di fatto cristallizzato la marginalizzazione delle assemblee interne rispetto alla formazione del diritto europeo, sia nella fase ascendente che in quella discendente (54). Senza dimenticare gli ulteriori (e ormai prossimi) effetti sulle legislazioni nazionali scaturenti dal rafforzamento della competenza della Corte di Giustizia, estesa dal dicembre 2014 anche alla materia penale, in attuazione di quanto previsto al Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona,

---

dell'intervento del legislatore», la cui discrezionalità tuttavia viene «ad essere delimitata e circoscritta con riguardo sia ai beni giuridici da tutelare, sia alle tecniche di tale tutela, sia alla strutturazione della fattispecie, sia alle scelte sanzionatorie» (G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA, Milano 2013, 725). Nell'ampia bibliografia sui molteplici profili di intersezione tra fonti sovranazionali e diritto penale, anche con riferimento ai vincoli imposti dalle convenzioni internazionali, v. in particolare F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale, Speciale di Dir. pen. proc.* 2011, 4 ss.; V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale. I*, a cura di G. INSOLETA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI, Torino 2012, 157 ss.; su genesi, evoluzione e diffidenze rispetto all'attribuzione all'Unione di una competenza penale accessoria, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. PALIERO e F. VIGANÒ, Milano 2013, 69 ss.

(53) Sulla strutturazione del sistema parlamentare euro-nazionale, si segnalano i contributi raccolti nel volume *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, a cura di A. MANZELLA - N. LUPO, Torino 2014, oltre al recente lavoro di A. MANZELLA, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista AIC*, 1/2015; tematizza l'endemico *deficit* democratico delle istituzioni europee, al di fuori del circuito strettamente giuridico, B. SPINELLI, *La sovranità assente*, Torino 2014, *passim*.

(54) Si pensi, in particolare, alla prassi lassista che, nella c.d. fase discendente, ha storicamente accompagnato il ruolo parlamentare, con atti interni di recepimento che si sono limitati — e continuano a limitarsi — a riportare pedissequamente il contenuto della fonte comunitaria, individuando principi e criteri direttivi della legge di delegazione europea (e, in precedenza, della legge comunitaria) *per relationem*, con mero rinvio cioè al contenuto delle direttive stesse. Per un'analisi degli effetti sulla legalità penale della legge n. 234 del 2012, con varietà di posizioni, cfr. C. CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen. proc.* 2013, 411 ss. e C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.* 2/2013, 43 ss.; in termini più generali, F. SCUTO, *L'evoluzione del rapporto Parlamento-Governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista AIC* n. 1/2015.

che consente alla Commissione europea di adire la Corte contro i singoli Stati, in caso di mancata o erronea trasposizione nel loro ordinamento interno di norme per la cooperazione transnazionale nella giustizia penale (55).

Ancora una volta è una recente presa di posizione della Corte costituzionale ad offrire interessanti spunti e ad indicare una possibile strada per ridiscutere la questione. Il riferimento è alla sentenza n. 238 del 2014 e agli spazi che vi si possono scorgere per valorizzare in materia penale la c.d. teoria dei controlimiti; teoria alla quale la Corte ha fatto ricorso nel dichiarare l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost., di due disposizioni legislative riguardanti le immunità giurisdizionali degli Stati esteri nei giudizi volti al risarcimento del danno subito dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità (56).

Al di là della (pur rilevante) questione oggetto del giudizio, ciò che interessa evidenziare è come il giudice delle leggi abbia finalmente invocato, dandone applicazione, l'esistenza di controlimiti che, 'bloccando' in questo caso l'operatività del rinvio di cui all'art. 10 Cost., sono in grado di impedire l'ingresso nel nostro ordinamento di norme di diritto internazionale in contrasto con il sistema dei valori consacrati dalla Costituzione (57), indicando al penalista lo strumento attraverso il quale portare a compimento — anche in chiave sovranazionale — l'obiettivo di rivitalizzare la riserva di legge.

---

(55) In sede di primo commento, D. BONI, *La fine del regime transitorio, a cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Quad. cost.* 2015, 196 ss.

(56) Si tratta dell'art. 3 della l. 14 gennaio 2013, n. 5 (*"Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento interno"*) e dell'art. 1 della l. 17 agosto 1957, n. 848 (*"Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945"*), limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona.

(57) Nel caso sottoposto allo scrutinio della Corte, si trattava della norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, reputata in contrasto con l'art. 24 Cost., nella misura in cui impedisce la tutela giurisdizionale di un diritto fondamentale, quale quello della dignità umana, sancito all'art. 2 Cost.; sugli effetti e i limiti della pronuncia, v. in particolare B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in questa *Rivista* 2014, 3885 ss.; C. PINELLI, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, *ivi*, 3891 ss.; M. BRANCA, *Il punto sui «controlimiti»*, *ivi*, 3899 ss.; R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, *ivi*, 3908 ss.; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.* 2015, 84 ss.

6. *La strada percorribile.* — Il discorso si articola in due passaggi: da un lato, il richiamo alla primaria garanzia di legalità democratica realizzabile mediante il procedimento legislativo, espressa dall'art. 25 Cost., quale *controlimite* rispetto a quelle limitazioni di sovranità che, pur coperte dagli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., non promanano da istituzioni sovranazionali legittimate ad imporre obblighi di criminalizzazione; dall'altro, la presa d'atto di come i timidissimi passi avanti compiuti a livello europeo con il Trattato di Lisbona in relazione ai principi procedurali dell'organo assembleare — il cui punto qualificante è rappresentato dalla procedura legislativa *ordinaria* (art. 294 TFUE), in gran parte ricalcata sul modello della già nota codecisione (58) — non paiano sufficienti a ridurre la distanza dai principi costituzionali di garanzia fondanti il 'nocciolo duro' del nostro sistema penale (59).

Le premesse argomentative sono autorevolmente segnate da chi ritiene che «i limiti alla sovranità sono possibili nel rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento», tra i quali può «essere sicuramente annoverato quello della riserva assoluta di legge in materia penale di cui all'art. 25 Cost.», il cui «fondamento garantistico, secondo cui sono riservate al Parlamento nazionale le scelte comunque concernenti alla libertà e la dignità personale, ne fa addirittura un diritto fondamentale dell'uomo» (60). In sostanza, occorrerebbe garantire l'ossequio alla necessità, insita anche nell'art. 11 Cost., che le limitazioni di sovranità avvengano nel rispetto delle scelte fondamentali che caratterizzano il sistema costituzionale; come si è messo in evidenza, «in materia penale ciò implica la necessità che quell'insieme di limiti e garanzie, che caratterizzano il sistema penale di uno Stato di diritto e che rappresentano un momento essenziale dei rapporti tra autorità e libertà (anzitutto quindi il principio di legalità), costituiscano una componente ineliminabile di quel nucleo di principi fondamentali che debbono necessariamente riflettersi nella struttura costituzionale dell'organizzazione sovranazionale alla quale sia conferita una potestà penale» (61).

Oltretutto, il principio della riserva di legge, *in veste di controlimite* (62), potrebbe trovare un avallo interpretativo non solo nella lettura *contenuti-*

(58) Una distinzione tra la procedura di *codecisione*, di cui all'art. 251 TCE, e la procedura *ordinaria* di cui all'art. 294 TFUE, con accenti critici sui passi avanti che quest'ultima avrebbe introdotto nel cammino di democratizzazione del procedimento legislativo europeo, in C. SIMONCINI, *I limiti del coinvolgimento del Parlamento europeo nei processi di decisione normativa*, in *Riv. dir. pubbl. comun.* 2009, 1224 ss.

(59) Sul punto, C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia* 2013, 535 ss.

(60) F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2013, 128.

(61) G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, cit., 733.

(62) Per l'individuazione dei possibili rimedi attivabili in concreto, tanto in sede normativa quanto giurisdizionale, quali declinazioni del *controlimite della sovranità statale in materia penale*, sia consentito rinviare a C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia* 2014, 351 ss.

stica dell'art. 25 Cost. (e, come si è visto, dell'art. 11), ma anche nell'art. 4.2. TUE (63), se è vero — come si è detto — che «il primato del diritto eurounitario e il rispetto delle fondamenta costituzionali di ciascuno Stato membro, di cui all'art. 4, sono entrambi principi che informano di sé l'ordinamento dell'Unione: per il tramite del primo, quest'ultima manifesta ed esprime nel massimo grado la propria vocazione istituzionale, quale ordinamento appunto che *in progress* tende verso una crescente integrazione interna e stabilizzazione; per il tramite del secondo, si rende palese la vocazione 'pluralista' dell'istituzione stessa, che vuole edificarsi e crescere nello scrupoloso rispetto dell'identità costituzionale di ciascuno degli ordinamenti nazionali da cui risulta composta» (64).

6.1. *Limitazioni di sovranità, principi fondamentali e identità costituzionale nazionale.* — Appare dunque opportuno, seguendo la scia della sentenza n. 238, far riemergere la dottrina dei controlimiti dal limbo nel quale è stata a lungo relegata (65), ricordando anzitutto come con tale dottrina, esposta e perfezionata in tre storiche sentenze (66), la Corte costituzionale abbia introdotto un peculiare congegno di garanzia, destinato a fungere da 'contropartita' alle limitazioni di sovranità sofferte dall'ordinamento interno, così preservando l'identità del tipo di Stato configurato dalla Costituzione (67). Si ritiene pertanto che le limitazioni alla sovranità dovrebbero

---

(63) S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.* 2012, 929.

(64) A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. un. eur.* 2013, 404.

(65) Come ricordato, fra gli altri, da M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini*, cit., 84 ss. e M. BRANCA, *Il punto sui «controlimiti»*, cit., 3901 ss.

(66) E cioè la sentenza 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, in questa *Rivista* 1973, 2401 ss.; la sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, *ivi* 1984, 1098 ss. e la sentenza 21 aprile 1989, n. 232, *Fragd*, *ivi*, 1101 ss. (sulla quale, v. M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale*, *ivi* 1989, 1001 ss.); importanti riferimenti, tra le altre, anche nelle celebri sentenze 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (*ivi* 2007, 3475 ss.) oltre che, ancor più di recente, nelle sentenze 24 giugno 2010, n. 227 (*ivi* 2010, 2598 ss.) e 28 novembre 2012, n. 264, *ivi* 2012, 4216 ss.

(67) In dottrina, tra i molti contributi, P. BARILE, *Ancora sul diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il centesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze 1969, 45 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995, 95 ss.; A. RUGGERI, *“Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”*, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, in *Dir. pubbl. compar. eur.* 2003, 102 ss.; A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2004, 1309 ss.; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Dir. un. eur.* 2007, 738 ss.; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.* 2010, 169; R. CAPONI, *La tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'UE nella cooperazione tra le corti: addio ai “controlimiti”?*, in *Dir. Un. eur.* 2011, 915 ss.; U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli 2011, 68 ss.; In.,

essere riconosciute e accettate allorché non intacchino i principi fondamentali dell'ordinamento stesso e i diritti inviolabili della persona umana, e cioè quel «nucleo intangibile» rappresentato dai principi supremi dell'ordinamento costituzionale che «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (68). A tal fine, si riserva all'esclusivo sindacato dello Stato membro la protezione dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti inalienabili della persona e si delinea una sorta di *contrappeso* al primato e all'effetto diretto del diritto sovranazionale, alla cui disponibilità pertanto vengono sottratti alcuni valori costituzionali (69).

La 'rivendicazione' dei controlimiti trova valide ragioni per un significativo irrobustimento tanto nel mutato contesto istituzionale europeo, nel quale le accresciute attribuzioni dell'Unione creano nuove occasioni di potenziale divergenza tra i livelli di tutela dei diritti fondamentali assicurati in ambito nazionale e comunitario, quanto in recenti prese di posizione degli organi di giustizia costituzionale di taluni Stati membri dell'Unione, concordati, pur nella distinzione degli approcci, nel sottolineare il peso rivestito dalla dottrina dei controlimiti, anche alla luce del Trattato di Lisbona (70).

---

*I «controlimiti» nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno* 2008, 493 ss.; P. IVALDI, voce *Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *D. disc. pubbl.*, Agg. IV, Torino 2011, 62 ss.; M. CARTABIA - M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino 2011, 11 ss. e 67 ss.; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano 2012, 63 ss.; G. SCACCIA, «Rottamare» la teoria dei controlimiti?, in *Quad. cost.* 2013, 141 ss.; P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino 2014, 303 ss. e *passim*. Nella prospettiva penalistica, con varietà di posizioni, cfr. G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. GRASSO - R. SICURELLA, Milano 2008, 290 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009, 20 ss. e 286 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 675 ss.; ID., *Democrazia, ragione e prevencazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione del potere?*, Milano 2003, 59 ss.; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2012, 37 ss.

(68) C. cost., sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in questa *Rivista* 1988, 5556 ss.

(69) Da ultimo, G. PARODI, *Le fonti del diritto*, cit., 64.

(70) Sin troppo evidente il riferimento al *BundesVerfassungsgericht* e alla sentenza del 30 giugno 2009 (consultabile, nella traduzione italiana, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), ove è forte il richiamo a tale impostazione di garanzia al precipuo fine di salvaguardare l'identità costituzionale dello stato tedesco proprio in materia penale (sul punto, per tutti, P. FARAGUNA, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, in *Quad. cost.* 2010, 75 ss. e A. J. MENEDEZ, *Una difesa (moderata) della sentenza Lisbona della Corte costituzionale tedesca*, Napoli 2012, 6 ss.), e alle sentenze del 6 luglio 2010 (in *Foro it.* 2010, IV, 533 ss.), del 7 settembre 2011, del 19 giugno 2012 e del 12 settembre 2012 (riportate e

Ma è soprattutto il richiamo esplicito al ruolo dell'identità nazionale contenuto in alcune norme sovranazionali che induce a riflettere sul possibile assorbimento dei controlimiti nel tessuto ordinamentale europeo, consentendo di scorgere «una linea di continuità nei rapporti fra controlimiti al processo di integrazione comunitaria e identità costituzionali nazionali» (71). In quest'ottica, un sicuro punto di riferimento è rappresentato dal ricordato art. 4.2 TUE: «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale» (72). Da tale disposizione si ricava il riconoscimento su scala europea dei controlimiti — dell'inviolabilità quindi dei principi costituzionali fondamentali di ogni Stato membro che ne costituiscono l'identità nazionale (73) —, da cui poter inferire una vera e propria riserva di competenze statali in determinati, significativi settori (74). Indirizzano nel medesimo senso anche l'art. 6.3. TUE, per il quale «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi

---

commentate da M. BONINI, *Dai "Signori dei Trattati" al Dominus del bilancio": principio democratico, meccanismo europeo di stabilità e forma di governo parlamentare nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht tedesco*, in *Rivista AIC*, 4/2011; ID., *Dalle prerogative parlamentari nell'Europa dei fallimenti di Stato*, in *Quad. cost.* 2012, 891 ss. e F. PEDRINI, *Le «cautele» di Karlsruhe in ordine al Fondo «salva Stati»*, ivi, 894 ss.). Meno scontato — ma comunque opportuno — richiamare, tra le altre, anche la presa di posizione del Parlamento britannico (*European Union Act 2011*, del 19 luglio 2011), che a larga maggioranza ha approvato il disegno di legge sulle condizioni di partecipazione del Regno Unito all'Unione europea, introducendo una condizione referendaria per ogni significativo sviluppo dei Trattati e richiamando in maniera forte il principio della supremazia parlamentare britannica rispetto al primato dell'Unione (in chiave critica, M.P. CHITI, *Il tramonto della sovranazionalità europea? Il caso esemplare dell'European Union Act 2011 britannico*, in *Giorn. dir. amm.* 2011, 1228 ss.). Una ragionata (e aggiornata) rassegna della giurisprudenza costituzionale degli Stati membri sul processo di integrazione europea in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit., 169 ss.; nella dottrina penalistica, per tutti, F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli 2011, 38 ss.

(71) S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, in *Quad. cost.* 2012, 538.

(72) Diffusamente, U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, cit., 68 ss.

(73) Indaga ruolo e funzione dei principi costituzionali degli Stati membri, A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli 2011, 52 ss.; sulla possibile estensione della legalità sovranazionale attraverso il rispetto delle identità nazionali dei singoli Stati, si sofferma B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino 2013, 190 ss.

(74) B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in *Quad. cost.* 2012, 152 ss.

generali» (75), e l'art. 67.1. TFUE, ove si afferma che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene realizzato dall'Unione «nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

Si può così convenire con chi ritiene che «dal quadro (forse più delimitato) dei principi e dei diritti fondamentali sanciti nelle Carte costituzionali nazionali, tali controlimiti si estendono ora ad una formula più ampia e generale dell'identità costituzionale nazionale — si direbbe perfino simbolica — ritrovando una nuova linfa e una nuova positivizzazione comunitaria nelle previsioni degli artt. 4.2 e 6 TUE, e dell'art. 67.1 TFUE» (76). Oggi l'*identità nazionale* ha un nucleo giuridicamente afferrabile, rafforzato dal riferimento alla struttura politica e costituzionale, riconducibile alle scelte di valore espresse dalle Costituzioni nazionali (77). La formalizzazione nell'art. 4.2. segna il passaggio «da una situazione di contrapposizione tra il principio di supremazia e i controlimiti — *primauté versus controlimiti* — ad una situazione in cui il principio del primato abbraccia la dottrina dei controlimiti — *primauté e controlimiti*», nella quale cioè «i principi costituzionali fondamentali degli Stati membri non sarebbero più solo un limite nazionale al diritto europeo, ma anche un limite al diritto europeo all'interno dell'Unione stessa» (78).

6.2. *Il controlimite della sovranità statale in materia penale.* — Tornando al punto, i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale investono in materia penale tanto le regole tecnico-formali di produzione normativa, quanto i valori politico-criminali ad esse sottesi e per il loro tramite manifestati. Se così è, va aseritto alla riserva di legge un ruolo primario,

---

(75) Valorizza in particolare il ruolo dell'art. 6 TUE, S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 929; sulle tradizioni costituzionali come fonte di diritti fondamentali, alla luce delle convergenze e divergenze tra Stati membri e così come consacrati nella Carta di Nizza, e quali principi generali del diritto dell'Unione, J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e «costituzionalizzazione» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.* 2011, 547 ss.

(76) S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, cit., 538 ss.; sul ruolo delle «tradizioni costituzionali nell'età della codificazione», cfr. anche il recente lavoro di O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto «ascendente», ovvero l'incidenza delle «tradizioni costituzionali comuni» nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta Online. Studi*, 2015/I, 20 aprile 2015, 253 ss.

(77) In questi termini, con riferimento alla formulazione dell'art. I-5 del «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», dedicato alle «relazioni tra Unione europea e Stati membri» (che riproduce sostanzialmente quella dell'art. 4.2 TUE), M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Dir. Un. eur.* 2005, 592 ss.

(78) M. CARTABIA, «Unità nella diversità», cit., 594 e A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté vs. controlimiti*, cit., 1384.



quale prerequisite dell'identità democratica nazionale e momento caratterizzante l'intera impalcatura dello Stato di diritto, «garanzia essenziale del rapporto tra autorità e libertà» (79), intimamente connessa alla sovranità popolare e al principio democratico (80).

Anzitutto, e *in via immediata*, quale declinazione del principio di legalità, nella sua funzione delimitativa dell'intervento penale (81), e per la connessione fisiologica con il principio di democrazia, il quale — nell'articolazione scandita dalle complessive modulazioni dell'art. 1 Cost. — appartiene al novero dei «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale». Ancora, nelle sue vesti di *presidio di libertà negativa* e di parte integrante del *discorso democratico*, va considerato il nesso inescindibile con l'art. 13 Cost. e il duplice vincolo ivi previsto per la limitazione della libertà personale (la doppia riserva, di legge e di giurisdizione) a salvaguardia di un baluardo della struttura fondamentale dello Stato; il che induce ad annoverare il principio della riserva di legge tra i diritti fondamentali dell'uomo, concorrendo a segnare «il limite invalicabile della politica criminale, a garanzia delle libertà individuali» (82).

Non va dimenticato, infine, il valore *mediato* assunto dalla riserva stessa, se anche dovesse dubitarsi del valore intrinseco da assegnarle. È innegabile, infatti, che essa rappresenta — *a fortiori* allorquando assuma un carattere assoluto — un mezzo finalizzato a tutelare valori sostantivi; valori che, nel caso della materia penale, attengono al rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo al cospetto di possibili restrizioni del bene primario della libertà personale e assurgono al rango di «valori supremi» dell'ordinamento, rispetto ai quali non è ammissibile alcuna limitazione di sovranità (83).

(79) D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2011, 170.

(80) Ancora attuali, in questo senso, le considerazioni di S. FOIS, *Sistema delle fonti e riserva di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano 1991, 152 ss.; nella medesima direzione si colloca anche la già richiamata sentenza del 30 giugno 2009 con cui il *BundesVerfassungsgericht*, vagliando la compatibilità del Trattato di Lisbona con il *GrundGesetz*, ha esplicitamente riconosciuto che materie come quella dell'amministrazione del diritto penale appartengono al regime di inalienabilità del potere costituente e della sovranità nazionale, rimarcando il ruolo fondamentale svolto dalle procedure parlamentari di decisione democratica riguardo a meritevolezza di pena dei comportamenti punibili, rango del bene giuridico tutelato, significato e misura della minaccia penale (§ 253).

(81) Come ricorda D. PULITANÒ (*Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2013, 1622) «il diritto penale, fondato sui principi di garanzia dell'individuo di fronte all'autorità, è limite invalicabile (...) della politica criminale».

(82) D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., 1625.

(83) A. BONOMI, *Le leggi comunitarie e la delimitazione dei principi e dei criteri direttivi per rinvio alle direttive comunitarie nelle materie coperte da riserva di legge (aspetti problematici)*, in *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, a cura di E. Rossi, Padova 2009, 304 ss.

7. *È vera crisi?* — L'analisi sin qui compiuta svela un quadro di certo problematico — quello della convivenza tra riserva di legge, diritto penale governativo e diritto penale europeo —, rispetto al quale si è in tempo per *fare qualcosa*, nel caso in cui le barriere (procedimentali) di garanzia risultino aggirate.

Pur ritenendo la rappresentazione offerta dalla dottrina (che potremmo definire) dell'*eclissi della riserva di legge* sostanzialmente veritiera, e nonostante la suggestione dell'argomentare, non si può celare l'impressione che una così radicale critica colpisca il bersaglio sbagliato, sovrapponendo la crisi del sistema *politico* (crisi *situazionale e locale*) a quella del sistema *democratico* (*strutturale ed universale*). Invero, la crisi riguarda non il modello rappresentativo in sé, bensì la credibilità *nella e della* politica odierna (84), incarnata plasticamente dalla autoreferenzialità in cui sembra imprigionato il sistema politico, dal sempre più preoccupante accentuarsi della separatezza dei partiti dalla società (85) e dalla inevitabile e crescente sfiducia dei cittadini che ne consegue (86). Una carenza di rappresentanza legata alla contingenza del sistema partitico, quindi; e come tale colmabile attraverso un rafforzamento della partecipazione politica (e dei relativi meccanismi), in modo da consentire l'effettiva attivazione di quel penetrante sindacato di responsabilità (appunto, politica) che accresce il livello di adesione democratica in seno all'organo rappresentativo, riattivando in un quadro di *democrazia*

---

(84) Di recente, G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa. Ordinamenti europei a confronto*, Bologna 2012, 203 ss., nonché, con la consueta forza evocativa, L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano 2012, 174.

(85) Sul tema, la bibliografia è talmente vasta e poliedrica da non poterne dare neanche una rassegna di massima; limitandoci perciò solo ad alcuni dei più recenti lavori, si possono richiamare i rilevanti contributi apparsi nei già ricordati *Scritti in onore di Alessandro Pace*, tra i quali, in particolare, M. CARDUCCI, «Personalizzazione» del potere e mutamento costituzionale, *ivi*, 481 ss.; L. CARLASSARE, *Diritti e garanzie nel riaffiorare dei modelli autoritari*, *ivi*, 507 ss.; A. CERRI, *Prolegomeni ad un discorso di tutela delle minoranze*, *ivi*, 527 ss.; P. MARSOCCI, *La selezione delle élite politiche: partiti, metodo democratico e "primarie"*, *ivi*, 713 ss. e D. PICCIONE, *La Costituzione in Parlamento: scenari attuali e prospettive*, *ivi*, 819 ss. Con riferimento all'analisi delle cause della trasformazione prima e del declino poi dei partiti, si possono ricordare, fra gli altri, G. PASQUINO, *Politica e istituzioni*, Milano 2014, 63 ss.; *Id.*, *Finale di partita. Tramonto di una Repubblica*, Milano 2013, 67 ss.; M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino 2013, 10 ss.; P. IGNAZI, *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Roma - Bari 2012, 16 ss.; M. PROSPERO, *Il Partito politico. Teorie e modelli*, Roma 2012, 31 ss.; L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma - Bari 2011, 33 ss.; A. D'ANDREA, *La riconsiderazione della funzione parlamentare quale strada obbligata per puntellare la traballante democrazia italiana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, 1137 ss.; G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, V, Napoli 2009, 1785 ss.

(86) Riflette sul punto, in chiave propositiva, F. PACINI, *Dall'autorità della legge all'autorevolezza delle Assemblies*, in *Quad. cost.* 2015, 9 ss.

*coinvolgente* l'imprescindibile dinamica circolare del rapporto tra elettori ed eletti, che sembra del tutto assente dal contesto istituzionale europeo e senza la quale si assottiglia pericolosamente il confine con ipotesi di aristocratica tecnocrazia.

In definitiva, pur nella consapevolezza dei guasti del classico modello di diritto penale legislativo, riconducibili alle degenerazioni della prassi, non si scorge alcuna insormontabile ragione, di merito o di sostanza, davvero in grado di sminuire il portato politico-ideologico della riserva di legge parlamentare. Reagendo a quei fattori distonici che hanno condotto alla sua messa in discussione si può recuperare l'autentico significato garantistico della dialettica in tema di libertà. Proprio questa pare, nel solco delle ultime decisioni costituzionali — che come si è visto giungono a riconoscere non solo l'*attualità*, ma soprattutto l'*attuabilità*, anche a livello sovranazionale, delle garanzie — la soluzione da promuovere: rivalutare, adeguandolo alle mutate esigenze politiche e contestuali, il profilo procedurale, troppo spesso svilito nella comoda prassi degli atti aventi forza di legge quali fonti privilegiate del diritto penale contemporaneo e di un'acritica adesione alle spinte sovranazionali; ma soprattutto, restituire al principio della riserva di legge nuova linfa, attraverso un indispensabile sforzo di ammodernamento e consolidamento, così da renderlo idoneo a fronteggiare le nuove formidabili sfide della complessità giuridica, nella consapevolezza del suo insuperabile valore quale presidio di libertà e democrazia.

CRISTIANO CUPELLI