

La “rilevanza” delle questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*: il caso della prescrizione del reato

SOMMARIO

1. I PROBLEMI DI “AMMISSIBILITÀ” DELLE RECENTI QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN MALAM PARTEM IN TEMA DI TERMINI DI PRESCRIZIONE - 2. LA RILEVANZA DELLE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ DELLE NORME PENALI DI FAVORE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE - 3. I DUBBI SULLA RILEVANZA DELLE PRONUNCE MANIPOLATIVE IN MALAM PARTEM - 4. NATURA PROCESSUALE DELLA PRESCRIZIONE E CONSEGUENTE RILEVANZA DELLA QUESTIONE? - 5. LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE COME INFLUENZA SULLA *RATIO DECIDENDI* DEL GIUDIZIO PENALE

1

I PROBLEMI DI “AMMISSIBILITÀ” DELLE RECENTI QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN MALAM PARTEM IN TEMA DI TERMINI DI PRESCRIZIONE

Recentemente sono state prospettate, tanto in dottrina¹ quanto in giurisprudenza², alcune questioni di costituzionalità funzionali ad ottenere pronunce di illegittimità *in malam partem* nella materia penale, cioè la sostanziale introduzione nell'ordinamento giuridico di norme penali sfavorevoli rispetto a quelle attualmente esistenti³. Si tratta, in particolare, di questioni che hanno ad oggetto i termini di prescrizione del reato, giudicati inadeguati a garantire il rispetto di obblighi di incriminazione desunti da fonti normative sovranazionali, queste ultime azionabili nel giudizio *a quo* quali “parametri interposti” di legittimità costituzionale (rispetto all'art. 117 Cost.) attraverso lo schema di sindacato che ha nelle “sentenze gemelle” del 2007 (nn. 348 e 349) il fondamentale modello di riferimento.

Sono prospettazioni avanguardiste e per molti aspetti discutibili, la cui ammissibilità incontra nella giurisprudenza costituzionale fermamente contraria alla possibilità di pronunciare (spingendosi ‘oltre’ il già discusso sindacato sulle norme penale “di favore”⁴) decisioni manipolative *in malam partem* – a ciò ostando la riserva di legge penale sancita dall'art. 25 comma 2 Cost. – uno sbarramento di principio che appare,

1. Il riferimento è all'approfondita indagine di F. VIGANÒ, *L'arbitrio di non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2645 ss. che, sulla base degli obblighi di incriminazione dei fatti di tortura individuati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, prospetta una questione di legittimità costituzionale delle norme disciplinanti i termini di prescrizione in modo da rendere imprescrittibili – conformemente agli obblighi sovranazionali – le fattispecie utilizzate nell'ordinamento italiano per sanzionare fatti di tortura (v. spec. 4680 s.).

2. La Procura della Repubblica di Milano, infatti, aveva presentato un'istanza con la quale chiedeva al Tribunale di dichiarare la non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale degli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2 (seconda parte) – che disciplinano i termini massimi di prescrizione del reato – per contrasto con l'art. 117 e, attraverso esso, con l'art. 6 della Convenzione OCSE (sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali fatta a Parigi il 17 dicembre 1997) funzionale alla eliminazione dei limiti massimi dei tempi di prescrizione in presenza di atti interruttivi (in questo modo, in altre parole, la prescrizione interrotta ricomincerebbe nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione *senza* incontrare i limiti massimi complessivi attualmente previsti dalle norme censurate).

3. Sebbene tale effetto costituisca il potenziale risultato di decisioni che, per come tecnicamente impostate, non sono formalmente inquadrabili come additive ma come parzialmente demolitorie del dettato legislativo.

4. Per l'ammissibilità del sindacato *in malam partem* in relazione a questa particolare tipologia di norme penali, si veda fondamentalmente Corte cost. n. 394 del 2006, sulla quale si vedano, *ex multis*, i commenti di G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 2006, 4160 ss.; D. PULITANO, *Principio di eguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. num. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 209 ss.; per una ricostruzione del quadro giurisprudenziale, M. D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in N. ZANON, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, spec. 167 ss.

2 LA RILEVANZA DELLE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ DELLE NORME PENALI DI FAVORE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

allo stato, difficilmente superabile. Non sembra metodologicamente corretto, tuttavia, escludere pregiudizialmente l'ammissibilità di tali interessante ipotesi, senza stimolare e pretendere una chiara e convincente presa di posizione da parte della Corte, che possa, da una parte, costituire il terreno di confronto del futuro dibattito dottrinale sul punto e, dall'altra, orientare il corretto atteggiamento della magistratura (anche in una logica di economia processuale) in relazione a questioni analoghe che potrebbero porsi in futuro.

L'auspicio che la Corte costituzionale si pronunci argomentativamente sul punto potrebbe tuttavia essere pregiudizialmente frustrato dall'opposizione di un altro presupposto di ammissibilità della questione di legittimità, costituito dal profilo della "rilevanza". Non a caso, il Tribunale di Milano, recentissimamente pronunciandosi su una questione di tale tenore proposta dalla Procura, ha rigettato l'istanza rilevando, tra l'altro, proprio l'irrilevanza della censura di legittimità sui termini di prescrizione del reato ai fini della definizione del giudizio penale *a quo*⁵. Per questo motivo, ci sembra che – nonostante si tratti di una problematica che, soprattutto in relazione alla materia penale, appariva ormai adeguatamente impostata e superata nella giurisprudenza costituzionale⁶ – il tema della rilevanza delle questioni di illegittimità costituzionale *in malam partem* meriti ancora qualche precisazione. Dalla sua corretta delimitazione, infatti, dipende l'estensione di quelle "zone franche" dal sindacato di conformità costituzionale delle norme di diritto penale, che dovrebbero essere contenute entro confini minimi e ragionevoli.

Su un piano generale, come noto, il presupposto della rilevanza della questione nel giudizio *a quo* deriva dal disposto dell'art. 23, l. 11 marzo 1953 n. 87, secondo cui il sindacato incidentale di legittimità deve essere sollevato solo quando "*il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione*" della questione di costituzionalità. Da questo specifico dato positivo dottrina e giurisprudenza desumono il carattere (e la portata) della necessaria rilevanza della *quaestio legitimatis*, tradizionalmente intesa come pregiudizialità/strumentalità della questione rispetto al *thema decidendum* nel processo *a quo*; la risoluzione del dubbio sulla legittimità costituzionale della norma censurata dovrebbe essere pertanto indispensabile per la definizione sostanziale del giudizio ordinario. In questa prospettiva, una questione di legittimità su una norma suppostamente incostituzionale ma comunque destinata – anche qualora accolta nel merito – a non avere alcuna incidenza nel giudizio principale, dovrebbe essere giudicata processualmente "inammissibile", in quanto difetterebbe appunto del necessario requisito della rilevanza/pregiudizialità.

Nella materia penale, in particolare, il vincolo di necessaria rilevanza della questione di legittimità incontra peraltro il limite costituito dal principio fondamentale di irretroattività della legge sfavorevole al reo. Conseguentemente, le questioni *in malam partem* appaiono inidonee a condizionare l'esito del giudizio *a quo*, quantomeno nella misura in cui riferite a processi penali relativi a fatti "concomitanti" rispetto alla norma penale illegittima, cioè a fatti commessi durante un lasso temporale in cui la norma penale censurata risultava formalmente efficace e pertanto astrattamente ido-

5. Trib. Milano, sez. IV., ord. 5 aprile 2012, pres. Magi, che rilevando peraltro come "anche nell'ipotesi in cui questo collegio volesse, rimodulando le richieste del PM, sollevare la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 161 c.p. nella parte in cui non inserisce l'art. 322 *bis* tra quelli per i quali già è previsto un regime di interruzione della prescrizione diverso da quello attuale (...) è evidente che si ricadrebbe nella ipotesi di legge meno favorevole al reo, e quindi non applicabile al processo in corso", dichiara "non fondata" la questione di legittimità costituzionale proposta dal PM "in quanto irrilevante nel procedimento in corso". Sull'ordinanza, cfr. D. TARANTINO, *Sull'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale relative alla disciplina della prescrizione*, in questa Rivista, 12 giugno 2012.

6. Per una completa ricapitolazione della questione e del panorama giurisprudenziale, M.A. CABIDDU – P. DAVIGO, *Leggi penali di favore ed efficacia «in malam partem» delle sentenze della Corte costituzionale*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 255 ss.

nea ad orientare le scelte comportamentali dei destinatari⁷. L'effetto "retroattivo" della dichiarazione di illegittimità costituzionale *ex art. 136 Cost.* trova infatti in questi casi il rigido e puntuale sbarramento costituzionale del divieto di retroattività a sfavore del reo (consacrato dall'art. 25 comma 2 Cost. e prevalente rispetto alla regola dell'art. 136 Cost.), che tutela l'affidamento dell'autore del fatto sulla apparente validità della norma penale più favorevole vigente al momento del fatto (sebbene successivamente riconosciuta costituzionalmente illegittima).

Sulla base di questo ragionamento, un cospicuo orientamento della giurisprudenza costituzionale, diffuso soprattutto nei primi lustri di attività della Corte, aveva sposato la tesi della "necessaria irrilevanza" del sindacato di costituzionalità *in malam partem* nella materia penale, respingendo le questioni sollevate in tale senso con secche pronunce di inammissibilità. Paradigmatica di questo orientamento, ad esempio, la pronuncia n. 26 del 1975: in quel caso si censurava l'irragionevole previsione legislativa che, in materia tributaria, imponeva al marito di denunciare anche i redditi della moglie, disponendo la sanzione penale solo in capo a costui per la violazione di tale obbligo dichiarativo. Ebbene, la Corte, chiamata in causa per censurare il trattamento penale di favore accordato alla moglie, in violazione del principio di parità tra coniugi posto dall'art. 29 Cost., afferma, tra l'altro, come "*ove di questa [questione] dovesse essere accertata la fondatezza, una dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale (...) non gioverebbe ai fini della decisione della causa all'esame del tribunale di Oristano per ciò che dall'accoglimento della questione non deriverebbe, come erroneamente ritiene il giudice a quo, una responsabilità penale della moglie per avere omesso la denuncia in un tempo nel quale a tale adempimento per legge essa non era tenuta*"; o ancora la pronuncia n. 85 del 1976: in questo caso, era stata censurata la norma penale che, in materia di frodi alimentari, aveva previsto per la fattispecie di detenzione per la vendita di paste o altri sfarinati invasi da parassiti un trattamento penale speciale e più favorevole (contravvenzione punita con ammenda) rispetto a quello previsto dalla fattispecie generale punitiva della detenzione per la vendita di altre sostanze alimentari invase da parassiti; anche in questo caso la Corte pronuncia ordinanza di inammissibilità affermando che "*i principi generali vigenti in tema di non retroattività delle sanzioni penali più sfavorevoli al reo, desumibili dagli artt. 25, secondo comma, della Costituzione, e 2 del codice penale impedirebbero in ogni caso che una eventuale sentenza, anche se di accoglimento, possa produrre un effetto pregiudizievole per l'imputato nel processo penale pendente innanzi al giudice a quo*"⁸.

Questo orientamento giurisprudenziale di sostanziale 'chiusura' dell'accesso alla giustizia costituzionale in relazione alle norme penali illegittime ma *pro reo*, ha tuttavia conosciuto, sulla scia di un nutrito e autorevole orientamento dottrinale critico nei confronti di tale impostazione⁹, una sensibile e decisiva 'apertura', attuata dalla Corte costituzionale nella fondamentale sentenza n. 148 del 1983. In questo caso, era sottoposta a censura la norma che attribuiva ai membri del Consiglio superiore della magistratura una causa di non punibilità in relazione alle opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, e concernenti l'oggetto della discussione; si eccepeva che tale norma penale "di favore", introducendo un regime punitivo privilegiato per una particolare categoria di funzionari pubblici, contrastasse con il combinato disposto degli artt. 3 e 28 Cost.,

7. Sulla distinzione tra fatti "concomitanti" e fatti "pregressi" (rispetto ai quali la questione di legittimità costituzionale sarebbe invece concretamente rilevante), si veda, per tutti, G. VASSALLI, *Abolito criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 377, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, tomo I, Milano, 1997, p. 277 ss.

8. In questo cospicuo filone della giurisprudenza costituzionale sono inquadrabili, tra le altre, anche le decisioni nn. 62 del 1969; 42, 55, 122 del 1977; 91 del 1979; 45 del 1982. Non mancano tuttavia, già in questa prima fase della giurisprudenza costituzionale, pronunce che si sono espresse, viceversa, per l'ammissibilità di questioni *in malam partem*: cfr., ad esempio, Corte cost. n. 155 del 1973.

9. Si veda soprattutto V. ONIDA, *Note su un dibattito in tema di rilevanza delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, p. 997 ss.; ma anche V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Dir. e soc.*, 1973, p. 73 ss.; nonché, per una tesi ancora più radicale, G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1001 ss.; si veda anche M. DOGLIANI, *Irrilevanza "necessaria" della quaestio relativa al norme penali di favore*, *ivi*, 1976, p. 586 ss. e M. BRANCA, *Norme penali di favore: dall'irrilevanza al divieto di sentenza-legge*, *ivi*, 1981, p. 915 ss.

nella parte in cui tali principi costituzionali impongono, in linea di massima, la parità di trattamento dei funzionari e dipendenti pubblici quanto alla responsabilità penale per gli atti da essi compiuti. Se la Corte avesse adottato la linea interpretativa fino ad allora prevalente in punto di rilevanza della questione, anche in questo caso avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità, perché nel giudizio *a quo* l'imputazione era relativa a fatti concomitanti, cioè commessi proprio nel vigore della legge penale (di favore) suppostamente illegittima, che garantiva in ogni caso (cioè anche qualora fosse stata dichiarata incostituzionale) l'assoluzione degli imputati in forza del superiore principio di irretroattività. Si sarebbe trattato pertanto di un sindacato inammissibile per "difetto di rilevanza", in quanto concretamente ininfluenza ai fini della definizione del giudizio.

Nella sentenza 148 del 1983, tuttavia, la Corte costituzionale affronta *ex professo* la problematica e, denunciando il rischio di rimanere essa stessa, perseverando in tale impostazione, priva "di ogni strumento atto a garantire la preminenza della Costituzione sulla legislazione statale ordinaria", procede ad una importante inversione di rotta rispetto al proprio prevalente orientamento giurisprudenziale. Pur ribadendo a chiare lettere il valore supremo e inderogabile del principio di irretroattività consacrato nell'art. 25 comma 2 Cost. e la conseguente impossibilità assoluta di punire in forza di una legge penale sfavorevole rispetto a quella vigente (sebbene costituzionalmente illegittima) al momento della commissione del fatto¹⁰, ciò nondimeno la Corte afferma altrettanto chiaramente il proprio dovere di sindacare in ogni caso le norme illegittime, "a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile". La felice sintesi dei due principi costituzionali è individuata in una 'nuova' definizione del contenuto della "rilevanza", idonea ad assorbire nella sfera del sindacato di costituzionalità anche le questioni su norme penale di favore, che – a giudizio della Corte – "è indubbio che nella prospettiva del giudice *a quo* (...) influiscano o possano influire sul conseguente esercizio della funzione giurisdizionale".

La Corte individua infatti diversi profili di potenziale rilevanza anche in merito alle questioni di legittimità sulle norme penali di favore: (i) in primo luogo, "l'eventuale accoglimento delle impugnative di norme siffatte verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali"; (ii) in secondo luogo, "le norme penali di favore fanno anch'esse parte del sistema, al pari di qualunque altra norma costitutiva dell'ordinamento. Ma lo stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire all'annullamento di norme del genere, non è un quesito cui la Corte possa rispondere in astratto (...) si tratta di un problema (ovvero di una somma di problemi) inerente all'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che i singoli giudici dovranno dunque affrontare caso per caso, nell'ambito delle rispettive competenze"; (iii) in terzo luogo, "la tesi che le questioni di legittimità costituzionale concernenti norme penali di favore non siano mai pregiudiziali ai fini del giudizio *a quo*, muove da una visione troppo semplificante delle pronunce che questa Corte potrebbe adottare (...) Non può escludersi *a priori* che il giudizio della Corte su una norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di remissione: donde una serie di decisioni certamente suscettibili d'influire sugli esiti del giudizio penale pendente"¹¹.

10. La Corte si esprime, inequivocabilmente, nei termini seguenti: "È un fondamentale principio di civiltà giuridica, elevato a livello costituzionale dal secondo comma dell'art. 25 Cost. (e già puntualizzato - per ciò che attualmente interessa - dal primo comma dell'art. 2 cod. pen.), ad esigere certezza ed irretroattività dei reati e delle pene; né le garanzie che ne derivano potrebbero venire meno, se non compromettendo l'indispensabile coerenza dei vari dettati costituzionali, di fronte ad una decisione di accoglimento. Sebbene privata di efficacia ai sensi del primo comma dell'art. 136 Cost. (e resa per se stessa inapplicabile alla stregua dell'art. 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953), quanto al passato la norma penale di favore continua perciò a rilevare, in forza del prevalente principio che preclude la retroattività delle norme incriminatrici.

11. Su tale pronuncia si vedano le note di G. LATTANZI, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, e di D. PULITANO, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, entrambe in *Foro it.*, 1983, I, c. 1801 ss.

3

I DUBBI SULLA RILEVANZA DELLE PRONUNCE MANIPOLATIVE IN MALAM PARTEM

Così analiticamente impostato e definito il problema dei limiti della “rilevanza”, la sentenza n. 148 del 1983 si colloca, per il futuro, come decisivo *leading case*, facendo sì che la giurisprudenza costituzionale successiva valutasse l’ammissibilità delle questioni *in malam partem* penale non più nella prospettiva della irretroattività della legge penale¹², ma in quella della riserva di legge e dei conseguenti limiti al potere di intervento legittimamente attribuibile alla Corte costituzionale nella materia penale¹³.

Proprio il consolidamento, nella giurisprudenza costituzionale, del più rigido vincolo della legalità/riserva di legge come fattore di inammissibilità delle questioni *in malam partem* ha fatto perdere interesse e diminuire l’attenzione sul profilo specifico della rilevanza delle questioni di legittimità nella materia penale. Ne è riprova il fatto che la Corte costituzionale, chiamata in numerose occasioni a pronunciare decisioni *in malam partem*, spesso non si pone affatto il problema di verificare la specifica rilevanza della questione di legittimità sulla base dei motivi indicati dalla sentenza n. 148/83 oppure, quando se lo pone, di sovente lo risolve riportando testualmente, come fondamento generalizzante della rilevanza, i passaggi argomentativi svolti dal *leading case*¹⁴. Persino quando le censure di legittimità costituzionale erano funzionali a richiedere delle vere pronunce “additive” *in malam partem* – un tipo di intervento, quindi, analogo a quello sollecitato dalle questioni qui in esame e diverso da quello relativo alle norme penali di favore – la Corte ha omesso di interrogarsi pregiudizialmente sul profilo della rilevanza della questione nel giudizio *a quo*, pronunciando l’inammissibilità in ragione della propria carenza di potere rispetto a qualsiasi tipo di estensione dell’area di punibilità: così, ad esempio, nella sentenza n. 411 del 1995, in cui veniva chiesto alla Corte di estendere la contravvenzione dell’art. 727 c.p. (maltrattamento di animali) a categorie di fatti non espressamente previste dalla norma penale; o nella sentenza n. 114 del 1994, proprio in materia di prescrizione del reato, in cui il giudice *a quo* sollecitava una pronuncia additiva *in malam partem* volta ad introdurre una nuova ipotesi di sospensione del corso dei termini prescrizionali¹⁵.

Non mancano tuttavia decisioni – sebbene rappresentino un filone assolutamente minoritario – che, in netta controtendenza rispetto alla linea tracciata nel 1983, ancora risolvono la questione nel senso della irrilevanza/inammissibilità per la preclusione derivante dall’operatività, nel diritto penale, del principio costituzionale di irretroattività *in pejus*¹⁶. Anche nella materia civile, peraltro, sono rintracciabili pronunce di inammissibilità fondate sul difetto di rilevanza di questioni di legittimità che, qualora accolte, produrrebbero effetti normativi (potendo fondare, ad esempio, una pronuncia di

12. Cfr. D. PULITANÒ, *La “non punibilità”, cit.*, c. 1807: “Il rilievo del principio di irretroattività ne risulta conseguentemente spostato, da criterio processuale di (ir)rilevanza delle questioni *in malam partem*, a criterio sostanziale che necessariamente concorre, anche dopo l’eventuale accoglimento della questione d’incostituzionalità, a determinare un più complesso fondamento normativo di un’immutata soluzione pratica, favorevole all’imputato”.

13. Questa diversa impostazione, in realtà, era stata già in qualche modo tacitamente anticipata dalla sentenza n. 108 del 1981, in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle norme in materia di interruzione volontaria della gravidanza, dichiara l’inammissibilità della questione non per ragioni di irrilevanza/irretroattività degli eventuali effetti penali sfavorevoli, ma in ragione dei limiti ai poteri *in malam partem* della Corte derivanti dal principio di riserva di legge in materia penale.

14. E’ il caso, ad esempio, di Corte cost., n. 25 del 1994; fa eccezione, invece, la pronuncia n. 124 del 1990, che entra maggiormente nel merito degli effetti che fondavano in concreto la rilevanza della questione nel giudizio *a quo*: “Invero, in caso di accoglimento, l’autorizzazione amministrativa sarebbe di-sapplicabile come discriminante di un comportamento altrimenti sussumibile sotto una fattispecie di reato, e verrebbe in considerazione come ragione assolutoria di altra natura”.

15. La Corte, anche in questo caso, non si interroga affatto sulla rilevanza della questione, ma dichiara l’inammissibilità perché si tratterebbe, come già accennato *supra*, di “una pronuncia che palesemente fuoriesce dai poteri spettanti a questa Corte, ostandovi il principio di legalità sancito dall’art. 25 Cost.”; si vedano anche le pronunce nn. 489 del 1993; 260 del 1994 (che mirava ad estendere una pena accessoria a fattispecie per le quali non era prevista dalla legge); 334 del 1994 (che, attraverso una richiesta ablativa, mirava ad estendere una misura di sicurezza a casi non previsti dalla legge).

16. Si veda ad esempio Corte cost. n. 215 del 1994, secondo cui il rispetto del principio di legalità stabilito dall’art. 25 della Costituzione nella materia penale non consentirebbe comunque che gli effetti dell’eventuale dichiarazione di invalidità derivata del citato titolo abilitativo in possesso dell’imputato retroagissero fino al punto di trasformare da lecita in penalmente illecita l’attività venatoria compiuta, prima della dichiarazione della sua invalidità, dall’imputato in base al detto titolo.

condanna al risarcimento dei danni) che – analogamente agli esiti *in malam partem* nei giudizi penali – non potrebbero trovare concreta applicazione nel processo principale¹⁷.

A fronte di tali sporadiche ma preoccupanti oscillazioni e incertezze giurisprudenziali¹⁸, da una parte, e della indiscriminata valutazione positiva di ammissibilità/rilevanza anche al di là delle ipotesi di sindacato su norme penali di favore, dall'altra, è opportuno ritornare ad analizzare gli specifici motivi di rilevanza indicati dalla Corte costituzionale nel 1983 per vagliarne la corretta utilizzabilità anche in relazione alle prospettate questioni in tema prescrizione del reato e, in generale, relativamente alla rilevanza di ipotetiche e futuribili pronunce additive *in malam partem*.

In particolare, in relazione a tali ipotesi, appare *prima facie* scarsamente utilizzabile la prima ragione di rilevanza indicata dalla Corte nel 1983 – cioè la potenziale incidenza della pronuncia di accoglimento sulla formula di proscioglimento –, che costituisce il profilo sicuramente più pregnante e persuasivo nell'argomentazione della sentenza n. 148/83, anche perché assicura un (per quanto sottile) legame di effettiva strumentalità e concretezza della questione rispetto alla definizione del giudizio *a quo*¹⁹.

Anche ammettendo, sebbene dubitativamente²⁰, che l'accoglimento della questione *in malam partem* possa in taluni casi realmente incidere sulle formule di proscioglimento concretamente adottabili dal giudice del processo principale e sui conseguenti effetti sistematici nell'ordinamento²¹, ciò non sembra che possa verificarsi in relazione alle particolari ipotesi (funzionali ad ottenere un nuovo regime dei tempi di prescrizione) qui prese in esame: qualora la Corte accogliesse le censure di legittimità nel senso prospettato dai remittenti, il giudice *a quo* dovrebbe dichiarare in ogni caso l'estinzione del reato per intervenuta decorrenza dei termini di prescrizione previsti dalla legge in vigore al momento della commissione del fatto.

Da una parte, infatti, l'allungamento dei tempi prescrizionali o l'imprescrittibilità, che costituirebbero i risultati normativi *in malam partem* delle ipotetiche decisioni di accoglimento, non potrebbero "retroagire" e trovare applicazione in relazione ai casi oggetto del giudizio, stante la natura sostanziale della prescrizione – puntualmente sottolineata dal Tribunale di Milano – e quindi l'estensione a tale istituto delle garanzie dell'art. 25 Cost.

D'altra parte, non sembra che l'esito assolutorio alternativo a quello della dichiarazione di estinzione del reato (in forza dell'applicazione delle norme illegittime) possa essere correttamente espresso con il proscioglimento degli imputati "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", cioè con una formula di proscioglimento priva di qualsiasi fondamento normativo nella vicenda *sub iudice* e addirittura più favorevole al reo rispetto a quella legata alla norma oggetto del sindacato *in malam partem* ipoteticamente accolto.

17. Si veda, di recente, Corte cost. n. 71 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 669 ss., con note critiche di A. PACE, *Dalla «presbiopia» comunitaria alla «miopia» costituzionale?*, e di R. BIFULCO, *La rilevanza tra influenza e applicabilità*.

18. Perplexità sulla effettiva stabilità dell'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza n. 148 del 1983 erano già manifestate, qualche anno fa, da G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, p. 31 ss.

19. Come è stato condivisibilmente osservato (cfr. F. MODUGNO – A.S. AGRÒ – A. CERRI, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 130), la seconda ragione di rilevanza indicata dalla Corte nel 1983 – relativa alle modifiche sistematiche dell'ordinamento penale conseguenti alla pronuncia di accoglimento – "è vicenda che riguarda l'ordinamento oggettivo ma non influisce per premessa sul giudizio in cui la questione è sorta"; parimenti, la terza ragione di rilevanza – cioè la possibilità che la Corte risponda alla censura con una decisione interpretativa di rigetto (in questo senso, peraltro, si veda Corte cost. n. 25 del 1994) – è in realtà relativa a censure di legittimità costituzionale che, nella prospettiva della Corte, non si risolvono in questioni su norme penali di favore e non pongono pertanto problemi di rilevanza degli effetti sfavorevoli nel giudizio principale.

20. Si vedano infatti le ragionevoli perplessità espresse da C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.Vv., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 63 ss.; in termini critici su tale profilo anche F. FELICETTI, *Frodi comunitarie: norme penali di favore, rilevanza della questione nei giudizi di legittimità costituzionale e principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2878 ss.

21. Cfr. F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 12, p. 1497 e ss.

Una possibile via per sostenere la rilevanza delle questioni di illegittimità in esame potrebbe essere quella di tentare la confutazione dell'assunto relativo alla natura giuridica "sostanziale" della prescrizione; in tal caso, gli effetti delle pronunce di accoglimento non incontrerebbero il vincolo intertemporale dell'art. 25, comma 2, Cost. e potrebbero trovare concreta e immediata applicazione nei giudizi *a quibus*, conformemente al principio processuale del *tempus regit actum*²². Si tratterebbe, tuttavia, di un tentativo pressoché inidoneo, in quanto si scontrerebbe con un *acquis* piuttosto consolidato nell'ordinamento giuridico italiano.

La stessa giurisprudenza costituzionale, infatti, appare univoca nell'affermare la natura specificamente sostanziale (e non processuale) dell'istituto della prescrizione²³ e tale aspetto può essere anzi individuato come un tratto distintivo e peculiare delle "tradizioni costituzionali" del nostro sistema della giustizia penale.

Né si potrebbe fare ricorso, a fondamento di una diversa conclusione, allo strumento dell'interpretazione conforme ai vincoli normativi sovranazionali e in particolare alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che – conformemente al *consensus* degli stati del Consiglio d'Europa – in passato ha espressamente attribuito natura processuale alla disciplina dei termini di prescrizione²⁴. In questo caso, infatti, il diritto europeo sarebbe invocato inutilmente, in quanto strumentale a livellare 'verso il basso' la portata garantistica del principio fondamentale di legalità.

D'altra parte, non è affatto detto che ponendosi nella prospettiva processualistica sia invece possibile far retroagire la modifica *in pejus* dei termini prescrizionali sopravvenuta, in ragione della pronuncia di illegittimità costituzionale, rispetto al momento della commissione del fatto (o comunque rendere applicabili in giudizio i nuovi e più lunghi termini prescrizionali in virtù del principio *tempus regit actum*)²⁵. In questa diversa prospettiva di giudizio, infatti, dovrebbero rilevare le fondamentali garanzie del giusto processo, che – anche dal punto di vista della giurisprudenza della Corte europea – impongono allo Stato il dovere di agire in buona fede, nel rispetto dei principi della certezza e della tutela del legittimo affidamento dei cittadini²⁶. Il contrario orientamento dei giudici di Strasburgo, espresso nel 2000 nella sentenza *Coeme e altri contro Belgio*, meriterebbe forse di essere riponderato alla luce del necessario giudizio di bilanciamento con la giurisprudenza europea che nel frattempo ha attribuito ampio spessore alle garanzie processuali dell'art. 6 Cedu.

22. E' questa l'opinione autorevolmente espressa da G. MARINUCCI, *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *il Sole 24 ore*, 12 marzo 1998, p. 2, ma che risulta decisamente minoritaria nel panorama della dottrina italiana; in senso critico sulla "provocazione" di Marinucci, si veda il dibattito tra M. NOBILI – L. STORTONI – M. DONINI – M. VIRILIO – M. ZANOTTI – N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 317 ss. In questo stesso senso cfr., recentemente, F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in questa *Rivista*, 6 settembre 2011, p. 12 ss.

23. Cfr., *ex multis*, Corte cost. n. 324 del 2008: "È pacifico, infatti, che la prescrizione, quale istituto di diritto sostanziale, è soggetta alla disciplina di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen."; si veda anche Corte cost. n. 275 del 1990: "il legislatore, nel disciplinare l'istituto sostanziale della prescrizione, non poteva dunque non tener conto del carattere inviolabile del diritto alla difesa, inteso come diritto al giudizio e con esso a quello alla prova"; da ultimo, ancora, Corte cost. n. 393 del 2006, che, in merito alla riconosciuta applicabilità della disciplina dell'art. 2 c.p. alla prescrizione, afferma come questa sia una conclusione "coerente con la natura sostanziale della prescrizione e con l'effetto da essa prodotto, in quanto «il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva» (Cass., Sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442)".

24. Si tratta di C.edu, *Coëme e altri c. Belgio*, 22 giugno 2000, §§ 149-150.

25. Profilo che appare invece decisivo nell'argomentazione dei giudici milanesi nella citata ordinanza di rigetto per inammissibilità/irrelevanza della questione di legittimità (Trib. Milano, sez. IV., ord. 5 aprile 2012).

26. Cfr. *ex multis* C.edu, *Unedic c. Francia*, 18 dicembre 2008, § 74; Id., G.C., *Scordino c. Italia*, 29 marzo 2006, § 126; Id., *Raffinerie greche Stran c. Grecia*, 9 dicembre 1994, § 49; ma anche Id., G.C., *Scoppola c. Italia*, 9 settembre 2009, § 132 e 139 ("La Corte ritiene che un imputato deve poter aspettarsi che lo Stato agisca in buona fede e tenga debitamente conto delle scelte processuali della difesa, utilizzando le possibilità offerte dalla legge").

In realtà, ampi margini per sostenere la piena “rilevanza” delle questioni *in malam partem* prospettate (e prospettabili in futuro) in relazione agli obblighi di tutela penale di matrice sovranazionale, possono essere individuati attraverso un’attenta valorizzazione dell’argomentazione svolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 148/83. Da un’analisi più approfondita di tale pronuncia, il motivo di rilevanza legato alla incidenza sulle formule di proscioglimento o sui dispositivi delle sentenze penali è esplicitato in maniera decisiva ai fini della comprensione dell’impostazione della Corte: si specifica, infatti, che le formule di proscioglimento e i dispositivi delle sentenze nei processi *a quibus* “dovrebbero imperniarsi, per effetto della pronuncia emessa dalla Corte, sul primo comma dell’art. 2 cod. pen. (sorretto dal secondo comma dell’art. 25 Cost.) e non sulla sola disposizione annullata dalla Corte stessa. E conviene aggiungere che la pronuncia della Corte non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi: poiché in tal caso ne risulterebbe alterato - come è stato esattamente notato in dottrina - il fondamento normativo della decisione, pur fermi restando i pratici effetti di essa”.

Ebbene, questi passaggi argomentativi esprimono in modo univoco come, ai fini del riconoscimento di rilevanza della questione, non costituiscano fattori essenziali e decisivi né la concreta modifica tipologica della “formula di proscioglimento”, né la ripercussione del contenuto del dispositivo sul piano degli effetti sistematici, essendo sufficiente che l’accoglimento della questione di legittimità costituzionale possa comunque “incidere” sulla *ratio decidendi*, cioè – non riusciamo a trovare parole più chiare di quelle utilizzate dalla Corte – sul “fondamento normativo della decisione”. Una conferma ulteriore della correttezza di questa interpretazione viene poi dall’analisi di quell’orientamento dottrinale – non difficile da individuare²⁷ – al quale la Corte costituzionale dichiara espressamente di aderire.

Peraltro, a ben vedere, anche nella più ristretta prospettiva delle norme penali di favore, l’effettiva incidenza della pronuncia di accoglimento sulla formule di proscioglimento è un’evenienza – come già accennato – tutt’altro che scontata, considerando, da una parte, che la dichiarazione di incostituzionalità potrebbe investire norme penali la cui caducazione non avrebbe certamente alcun effetto concreto sulla formula conclusiva del giudizio penale. D’altra parte, come puntualmente precisato dalla sentenza n. 148/1983, in caso di dichiarazione di illegittimità *contra reum* il giudice *a quo* sarebbe in sostanza costretto a risolvere il caso desumendo dall’art. 25, comma 2, Cost. una regola intertemporale analoga a quella prevista dall’art. 2, comma 1, c.p. relativamente all’ipotesi di nuova incriminazione o di modifica normativa sfavorevole. Tale disposizione codicistica detta il divieto di retroattività *in malam partem* limitatamente al fenomeno della successione di leggi penali nel tempo, mentre in relazione agli effetti normativi della dichiarazione di incostituzionalità il giudice ricava la medesima disciplina intertemporale facendo diretto e formale riferimento al principio di irretroattività sancito dall’art. 25, comma 2, Cost.

Sulla base di tale fondamento normativo, conseguentemente, il giudice dovrebbe confermare l’esito sostanziale e processuale imposto dalle norme di favore giudicata costituzionalmente illegittima, dichiarando di volta in volta, in ragione della peculiare natura giuridica della fattispecie annullata, che “il fatto non era previsto dalla legge come reato”, che “il fatto non costituiva reato”, che “il reato è stato commesso da persona non imputabile [o non punibile] in base alla legge vigente al momento del fatto” etc.

Parimenti, seguendo l’impostazione qui proposta, nell’eventualità in cui le questioni *in malam partem* assunte ad ipotesi di lavoro trovassero accoglimento, i giudici

27. Il riferimento è al già citato saggio di V. ONIDA, *Note su un dibattito in tema di rilevanza delle questioni di costituzionalità delle leggi*, cit., da cui la Corte costituzionale, nella sentenza n. 148 del 1983, sembra appunto riprendere quasi testualmente alcuni passaggi: “L’impostazione qui accennata muove dalla premessa che la rilevanza della *quaestio legitimatis* possa derivare anche dall’influenza che la risoluzione di essa abbia sul *fondamento normativo* [corsivo nostro] – complessivamente considerato – della decisione giudiziale” (p. 1006).

remittenti dovrebbero assolvere gli imputati nei processi *a quibus* non “perché il reato è estinto per intervenuta prescrizione” (né con altra formula processuale, che presupporrebbe un diverso fondamento normativo), bensì “perché il reato risulta estinto per intervenuta prescrizione in base alla legge applicabile al momento del fatto” (e che continua a trovare applicazione sulla base dell’art. 25, comma 2, Cost.).

Ora, questa ampia estensione del profilo della “rilevanza” della questione di illegittimità costituzionale può essere positivamente apprezzata, perché elimina molti ostacoli e facilita l’accesso alla giustizia costituzionale, oppure razionalmente criticata, perché svislisce il presupposto della rilevanza/pregiudizialità della questione attribuendo un eccessivo carattere di astrattezza al controllo incidentale di legittimità. Sta di fatto che il vaglio di “rilevanza” correttamente ricostruito sulla base delle chiare argomentazioni espresse dalla Corte costituzionale nella fondamentale pronuncia del 1983 (e ribadite a più riprese nella giurisprudenza costituzionale), non può che condurre – a nostro parere – ai risultati sopra illustrati in relazione alle questioni di illegittimità *in malam partem* nella materia penale. Una diversa conclusione, per quanto astrattamente possibile e costituzionalmente percorribile, significherebbe una decisa deviazione da questo consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e dalla *ratio decidendi* della sentenza n. 148 del 1983.

Il vero ostacolo da superare, al fine di poter ipotizzare un’effettiva azionabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale, rimane allora quello della sussistenza dei poteri additivi della Corte, rispetto ai quali il principio di “riserva di legge penale” pone all’ammissibilità della questione uno scoglio ben più impervio da superare. La particolare struttura degli obblighi sovranazionali di tutela penale presenta, tuttavia, profili diversi e peculiari rispetto ai parametri costituzionali finora inutilmente azionati (se non limitatamente alle norme penali “di favore”), che potrebbero dischiudere in futuro nuovi scenari anche nella giurisprudenza costituzionale *in malam partem*²⁸.

28. Sono particolarmente stimolanti e senza dubbio meritevoli di essere adeguatamente discusse, le argomentazioni svolte da F. VIGANÒ, *L'arbitrio di non punire*, cit., p. 2696 ss., per sostenere, anche in relazione al profilo della compatibilità con il principio della riserva di legge penale, la parziale azionabilità costituzionale degli obblighi sovranazionali di incriminazione; un modello di azionabilità *in malam partem*, sebbene più circoscritto, è proposto anche in M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 428 ss.