

# Osservatorio sulla Corte costituzionale

---

## Cause di non punibilità

### La decisione

**Non punibilità dei delitti contro il patrimonio ai danni di prossimi congiunti - Violazione del principio di uguaglianza - Violazione del diritto ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti - Questione di legittimità costituzionale - Inammissibilità (Cost., artt. 3, 24; art. 649 c.p.).**

*È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649, co. 1, c.p., sollevata in riferimento agli artt. 3, co. 1 e 2, e 24, co. 1, nella misura in cui esso prevede la non punibilità di determinati delitti contro il patrimonio, ove commessi ai danni di prossimi congiunti.*

CORTE COSTITUZIONALE, n. 223 del 2015 - CRISCUOLO, *Presidente* - ZANON, *Redattore*.

### Il commento

#### **Questioni di legittimità costituzionale in *malam partem*: nuovi limiti al sindacato da parte della Consulta? (A proposito della causa di non punibilità ex art. 649 c.p.)**

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni introduttive. - 2. La norma in questione: l'art. 649 c.p. - 2.1. Il presupposto del regime familiare previsto dalla norma. - 3. La decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2015. - 3.1. I problemi dell'ammissibilità della questione di legittimità sollevati dall'Avvocatura generale dello Stato. - 3.1.1. Primo orientamento fondato sul principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. - 3.1.2. (*Segue*) Secondo orientamento fondato sul principio di stretta riserva di legge in materia penale. - 3.1.3. (*Segue*) Precisazioni al secondo orientamento: i limiti del sindacato costituzionale sulla legge penale più favorevole. - 3.2. La decisione del caso concreto. - 4. Conclusioni.

### 1. Considerazioni introduttive

I limiti al sindacato di legittimità costituzionale, da parte della Consulta, su norme penali che abbiano un effetto favorevole per l'imputato nel giudizio *a quo*, sono oggetti di un dibattito piuttosto controverso<sup>1</sup>.

Con la sentenza n. 223 del 2015 qui in commento, la Corte costituzionale ha colto l'occasione per affrontare tale questione, pur dichiarando però l'inammissibilità della questione deferitale.

La norma di riferimento sottoposta a giudizio in via incidentale è quella dell'art. 649, co. 1, c.p., la quale, come noto, prevede la non punibilità di nu-

---

<sup>1</sup> In tema cfr. l'ampia indagine di VIGANÒ, *L'arbitrio di non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2645 ss.

merosi delitti contro il patrimonio, ove commessi ai danni di prossimi congiunti.

In particolare, il caso sottoposto a giudizio riguardava *inter alia* fatti di truffa commessi dall'imputato in danno della moglie che all'epoca conviveva con lui e non era legalmente separata. Stando al capo di imputazione, l'imputato, abusando della fiducia della consorte che a suo tempo era funzionaria di banca, avrebbe compiuto una serie di operazioni non concordate e, in alcuni casi, illecite su conti correnti di comune intestazione; in tal modo, egli si sarebbe procurato mutui garantiti da ipoteca sulla casa coniugale iscritta in base ad una falsa procura notarile, avrebbe emesso assegni circolari con la falsa sottoscrizione della moglie e richiesto prestiti in appoggio su conti comuni, aperti mediante documenti con sottoscrizioni apocriefe.

La scoperta degli illeciti era stata ostacolata dallo stesso imputato attraverso l'impiego di falsi estratti di conto corrente, sottacendo peraltro il proprio licenziamento per ragioni disciplinari.

Dopo l'emersione dei fatti, l'imputato aveva lasciato la casa coniugale, disinteressandosi del mantenimento dei figli e lasciando tutti i congiunti in condizioni economiche disagiate.

Durante la celebrazione del giudizio, il Tribunale di Parma, ritenendo applicabile la clausola di non punibilità di cui all'art. 649, comma primo, c.p., chiedeva alla Corte costituzionale di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma.

Il *leitmotiv* argomentativo a fondamento della questione di legittimità costituzionale era costituito dall'asserito mutamento di valori sociali connessi all'istituto della "famiglia" in senso tradizionale.

Infatti, secondo il giudice *a quo*, proprio alla luce dell'evoluzione dei costumi e del concetto stesso di "famiglia", la norma sottoposta all'esame contrasterebbe con gli art. 3 e 24 Cost., in quanto l'originaria *ratio legis*, ossia l'evitare il turbamento connesso ad indagini e pronunzie di condanna che colpiscano il nucleo familiare, avrebbe oggi perso ogni attualità.

Pertanto, la situazione in origine apprezzata dal legislatore storico non sarebbe più paragonabile alla fisionomia sociale, culturale ed economica dell'istituzione familiare odierna; pertanto, la disposizione dell'art. 649 c.p. avrebbe la paradossale conseguenza di privilegiare il reo che si trovi, al momento del reato, in determinate condizioni personali e familiari.

La commissione di illeciti a danno dei prossimi congiunti, sempre secondo il giudice remittente, minerebbe alla radice il rapporto di fiducia tra i congiunti medesimi, conducendo spesso alla cessazione della convivenza e, conseguentemente, alla dissoluzione del nucleo familiare. Invero, un tale comportamento

illecito metterebbe in evidenza il contrasto alla comunanza di interessi che, ai sensi della *ratio legis*, costituirebbe invece il fondamento stesso della causa di non punibilità *de qua*.

Ciò premesso, secondo il Tribunale *a quo*, la disciplina di cui all'art. 649, co. 1, c.p. contrasterebbe con il principio di uguaglianza ai sensi dell'art. 3, co. 1, Cost., in quanto discriminerebbe irragionevolmente il familiare che commetta un delitto contro il patrimonio, rispetto a chi commetta tale delitto dall'"esterno" della famiglia:

Ciò impedirebbe ai soggetti deboli della famiglia di richiedere e ottenere tutela penale, con conseguente violazione dell'art. 3, co. 2, Cost., anche considerato che, di contro, altre norme dell'ordinamento (come l'art. 576, co. 1, n. 2, e l'art. 61, n. 11, c.p.) deporrebbero in senso esattamente contrario, ossia nel senso di tutelare maggiormente i soggetti all'interno del nucleo familiare.

Quanto alla presunta violazione dell'art. 24, co. 1, Cost., il giudice rimettente non articolava espressamente alcun motivo sostanziale a sostegno della richiesta incidentale.

## **2. La norma in questione: l'art. 649 c.p.**

La norma di cui all'art. 649 c.p. contiene due regimi eccezionali per i delitti contro il patrimonio di cui al titolo XIII del codice penale, ossia al primo comma la clausola di non punibilità nel caso in cui la persona offesa sia il coniuge non legalmente separato, l'ascendente, il discendente, l'affine in linea retta, l'adottante, l'adottato ovvero il fratello o la sorella conviventi, nonché, al secondo comma, il presupposto processuale della querela dell'offeso, qualora questo sia un prossimo congiunto fuori della dimensione familiare di cui al primo comma, cioè il coniuge legalmente separato, fratello e sorella non convivente con l'autore, lo zio o il nipote o l'affine che convive con l'autore medesimo, tutto ciò salvo l'esclusione prevista dal terzo comma, per le fattispecie di cui agli artt. 628, 629, 630 c.p. ed ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alla persona.

Pertanto, il legislatore ha ritenuto inopportuna l'applicazione di una sanzione penale che turberebbe ulteriormente e irreparabilmente i rapporti intrafamiliari, rendendo ancor più difficoltosa la riconciliazione della famiglia<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul punto cfr. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2010, 1599 ss., 1625, che critica il sacrificio imposto alla vittima: «Ecco allora che in questa diversa prospettiva il fatto è sottratto alla punizione, non tanto per evitare di rompere ciò che in realtà è già rotto attraverso la commissione del reato, ma per non creare una frattura ulteriore che potrebbe compromettere i presupposti per una eventuale riconciliazione. Con la conseguenza che il coniuge viene privato della tutela penale offerta dalle norme incriminatrici non nel nome di un'unità prevaricatrice, ma per agevolare la riconciliazione, con il risultato finale di far prevalere l'interesse alla riconciliazione (e quindi ad un'unità reale ed effettiva basata

### 2.1. Il presupposto del regime familiare previsto dalla norma

Premesso che la famiglia costituisce un istituto di fondamentale importanza nella nostra Costituzione, definita nel Titolo II della Parte I della Costituzione all'art. 29, co. 1, come *società naturale fondata sul matrimonio*, con riferimento all'art. 649, co. 1, c.p., è importante delineare la portata della nozione di “coniuge non legalmente separato”.

Ai fini dell'applicabilità dell'esimente, è necessario che sussista un vero e proprio rapporto matrimoniale avente effetti civili: ne consegue, sempre secondo la giurisprudenza consolidata, che la causa di non punibilità di cui all'art. 649, co. 1, n. 1, c.p., non si applica alla convivenza *more uxorio*<sup>3</sup>.

Inoltre, i presupposti per la declaratoria della causa di non punibilità previsti per il coniuge devono sussistere al momento della commissione del fatto, non assumendo alcuna rilevanza il matrimonio contratto tra imputato e persona offesa dopo la consumazione del reato<sup>4</sup>.

La questione dell'applicabilità o meno della norma in questione nell'ipotesi della convivenza *more uxorio* è stata oggetto di incidente di costituzionalità, sollevato nel 1987 dal Pretore di Pinerolo per presunto contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost.<sup>5</sup> La Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione, rilevando che costituisce «fattispecie tutt'affatto diversa [...] quella della convivenza *more uxorio*, per sua natura fondata sulla *affectio quotidiana* - liberamente e in ogni istante revocabile - di ciascuna delle parti». Infatti, secondo la Consulta, la denuncia-querela della persona offesa e la sottrazione di beni dall'abitazione comune ad opera della convivente attesterebbero proprio il venir meno della citata *affectio* e della stessa convivenza *more uxorio*.

Conseguentemente, l'applicabilità della causa di non punibilità presuppone il regime di stabilità tipico del matrimonio avente effetti civili<sup>6</sup>.

Successivamente, la questione sull'applicabilità “estesa” del regime di non punibilità nei confronti della famiglia di fatto è stato sollevato nuovamente nel 2000 dal Tribunale di Imperia in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione. Secondo il rimettente, il legislatore, recependo le sollecitazioni sociali, avrebbe espressamente esteso il regime della facoltà di astensione dalla testimonianza di cui all'art. 199, co. 3, lett. a), c.p.p. al soggetto che, «pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso».

---

sugli affetti) su quello individuale della punizione».

<sup>3</sup> Da ultimo v. Cass., Sez. II, 13 ottobre 2009, Cucca, in *Mass. Uff.*, n. 245626, e in *Cass. pen.*, 2010, 1185; Trib. La Spezia, 6 giugno 2015, M.D., inedita.

<sup>4</sup> Cass., Sez. II, 12 dicembre 2014, Tomaino e altri, in *Cass. pen.*, 2015, 2304.

<sup>5</sup> Pret. Pinerolo, 2 maggio 1987, Gay, in *Giur. cost.*, 1987, 614.

<sup>6</sup> Corte cost., n. 423 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, 1944.

Ciò premesso, si dovrebbe addivenire alla parificazione della convivenza *more uxorio*, fenomeno il cui rilievo sociale è emerso in epoca posteriore rispetto all'emanazione del codice penale. Perciò, si potrebbe istituire un parallelismo tra la disposizione di cui agli artt. 649 c.p. e quella dell'art. 199, co. 3, lett. a), c.p.p. a favore dell'unità familiare sulle esigenze di giustizia della collettività<sup>7</sup>.

La Corte costituzionale, tuttavia, ha ritenuto non fondata la questione.

Dato che le censure del Tribunale atenevano esclusivamente alla violazione dell'art. 3 Cost., la Corte ha nuovamente richiamato la distinzione tra il regime di fatto della convivenza *more uxorio* e quella giuridica del vincolo coniugale, che, a differenza del concetto basato sull'*affectio* quotidiana nonché sulla revocabilità libera e spontanea, è caratterizzato da stabilità e certezza.

Da ciò deriva che non è viziata da arbitrarietà ed illogicità la mancata estensione del regime di cui all'art. 649 c.p. alla situazione di fatto quale la convivenza *more uxorio*<sup>8</sup>.

### **3. La decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2015**

Nella sentenza n. 223 del 2015, la Corte costituzionale, prima di affrontare la questione sottoposta, si sofferma su due argomenti di portata generale che riguardano l'ammissibilità delle questione di legittimità in via incidentale<sup>9</sup>.

#### **3.1. I problemi dell'ammissibilità della questione di legittimità sollevati dall'Avvocatura generale dello Stato**

Nel procedimento è intervenuta l'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo dichiararsi la questione inammissibile o comunque non fondata. Secondo la difesa erariale, l'inammissibilità della questione si fonderebbe, *in primis*, sulla genericità della prospettazione e sull'insufficienza dell'indicazione delle ragioni di contrasto tra norma censurata e parametri costituzionali. Il remittente avrebbe solamente affermato un fatto in realtà rimasto indimostrato, e cioè che i reati intrafamiliari contro il patrimonio evidenzerebbero di per sé nuclei già deteriorati e difficilmente conciliabili, e, pertanto, il giudice di merito avrebbe omesso di evidenziare norme e principi utili a documentare l'assetto costituzionale sopravvenuto nonché la relativa obsolescenza dell'assetto asseritamente superato.

Il secondo motivo di inammissibilità enunciato dall'Avvocatura generale dello Stato ateneva alle possibili conseguenze derivanti dall'eventuale espunzione

---

<sup>7</sup> Trib. Imperia, G.i.p., 6 maggio 1999, Limo, in *G.U.* prima serie sp., n. 38 del 1999.

<sup>8</sup> Corte cost., n. 352 del 2000.

<sup>9</sup> Sul procedimento in via incidentale cfr. DOGLIANI, MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2015, 520 ss.

*tout court* dall'ordinamento della causa di non punibilità di cui all'art. 649, co. 1, c.p., che comporterebbe in concreto effetti penali *in malam partem* per il prossimo congiunto nell'ambito del giudizio *a quo*. Infatti, esso diverrebbe soggetto al comune trattamento previsto per la commissione del reato di truffa aggravata. Perciò, l'Avvocatura generale dello Stato richiamava il principio sancito all'art. 25, co. 2, Cost., invocando una pronuncia recente della stessa Corte costituzionale<sup>10</sup>, secondo la quale la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili spetta in via esclusiva al legislatore, ciò impendendo alla Consulta di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, incidendo, ad esempio, *in peius* su aspetti inerenti alla punibilità.

La Corte costituzionale, però, ha respinto entrambe le eccezioni sollevate. In riferimento al primo motivo, il remittente avrebbe ben individuato, seppur sinteticamente, il parametro in ipotesi violato, costituito dal primo comma dell'art. 3 Cost., nonché il *tertium comparationis*, rappresentato dalla situazione del soggetto che commetta un reato contro il patrimonio ma non intrattenga rapporti di parentela con la vittima. Pertanto, l'esposizione, pur scarna, dei motivi che stanno alla base dell'incidente di legittimità costituzionale sul mutato contesto sociale e culturale non incide sull'ammissibilità o meno della questione.

La portata generale della seconda eccezione sollevata dall'Avvocatura generale e respinta dalla Corte costituzionale merita un esame più approfondito.

Per inquadrare dogmaticamente la soluzione adottata nel presente caso, è proficuo delineare sinteticamente i passaggi interpretativi che la Consulta ha sviluppato in passato per risolvere il problema delicato della questione di legittimità costituzionale *in malam partem*<sup>11</sup>.

Premesso che i giudici costituzionali hanno da sempre e costantemente eviden-

---

<sup>10</sup> Corte cost., (ord.) n. 285 del 2012: «[...] che, come ha più volte rilevato questa Corte, la possibilità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale in materia penale con effetti in *malam partem* incontra un limite nel principio della riserva di legge, che governa tale materia in forza dell'art. 25, secondo comma, Cost.; che perciò non sono ammissibili pronunce con effetti in *malam partem* che derivino dall'introduzione di nuove norme penali o dalla manipolazione di quelle esistenti (sentenza n. 394 del 2006), perché il principio sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. demanda in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, impedendo alla Corte di creare nuove fattispecie criminose o estendere quelle esistenti a casi non previsti, ovvero anche di incidere in *peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità (*ex plurimis*, sent. n. 394 del 2006; ord. n. 204, n. 66 e n. 5 del 2009)».

<sup>11</sup> Per una ricostruzione profonda cfr. D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di Zanon, Napoli, 2006, 167 ss.; CABIDDU, DAVIGO, *Leggi penali di favore ed efficacia "in malam partem" delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Effettività e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, Napoli, 2006, 255 ss.

ziato che interventi volti a modificare *in peius* la posizione dell'imputato nel giudizio *a quo* sono preclusi al giudice penale, l'inammissibilità della relativa questione di legittimità venne via via fondata su differenti argomenti processuali e sostanziali<sup>12</sup>.

### 3.1.1. Primo orientamento fondato sul principio di irretroattività della legge penale sfavorevole

La dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale su norme penali che nel giudizio concreto, ove dichiarate illegittime, porterebbero a conseguenze sfavorevoli per l'imputato si fondava, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, sul principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, consacrato dall'art. 25, co. 2, Cost., dall'art. 7, § 1, CEDU, nonché dall'art. 2 c.p.<sup>13</sup>

Premesso che, ai sensi dell'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87, la questione di costituzionalità può essere sollevata soltanto «qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale», le questioni di legittimità con effetto *in malam partem* per l'imputato appaiono inidonee a condizionare l'esito del giudizio *a quo*, poiché mancherebbe sin dall'inizio il presupposto di rilevanza per il caso concreto: infatti, il divieto di retroattività sfavorevole all'imputato è da ritenersi prevalente rispetto all'esito di un giudizio di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 136 Cost. e, di conseguenza, l'eventuale accoglimento della questione non inciderebbe sul giudizio.

In questa prospettiva, la Corte costituzionale dichiarò più volte l'inammissibilità della questione sollevata *in subiecta materia*, enunciando che «i principi generali vigenti in tema di non retroattività delle sanzioni penali più sfavorevoli al reo, desumibili dagli artt. 25, co. 2, Cost., e 2 c.p., impedirebbero in ogni caso che una eventuale sentenza, anche se di accoglimento, possa produrre un effetto pregiudizievole per l'imputato nei processi penali pendenti innanzi al giudice *a quo*».

### 3.1.2. (Segue) Secondo orientamento fondato sul principio di stretta riserva di legge in materia penale

In seguito ad un autorevole dibattito critico avverso l'impostazione sopra riportata<sup>14</sup>, la Consulta, nella decisione n. 148 del 1983, si è pronunciata decisamen-

<sup>12</sup> Sul punto cfr. SCOLETTA, *La „rilevanza“ delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2012, 2, 117 ss.

<sup>13</sup> Corte cost., n. 85 del 1976; Id., n. 42 del 1977; Id., (ord.) n. 45 del 1982; *contra*, Id., n. 155 del 1973.

<sup>14</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della*

te a favore del controllo di legittimità sulle norme penale *pro reo*.

Sottolineando preliminarmente il valore fondamentale del principio di irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost., qualificato come «fondamentale principio di civiltà giuridica [nell'ottica della] certezza ed irretroattività dei reati e delle pene», la Corte si dichiara competente al sindacato di legittimità, poiché, in caso contrario, si istituirebbero «zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile».

Di seguito i giudici, in tema di “rilevanza” richiesta dall'art. 23 legge n. 87 del 1953, sviluppano una definizione alternativa in grado di soddisfare il presupposto processuale ai fini del sindacato di legittimità della Consulta.

A fondamento di tale tesi, la Corte costituzionale deduce tre ragioni.

La rilevanza per il giudizio *a quo* risiederebbe, innanzitutto, nel fatto che l'eventuale sentenza di accoglimento della domanda «verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali».

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». Infine, «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, una volta affrontato il merito di tali impugnative [...] 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».

Da tutto ciò deriva l'orientamento che afferma la stretta riserva di legge in materia penale, rimettendo al legislatore inteso quale “soggetto-Parlamento, l'organo produttore della legge,” rappresentante del popolo sovrano,<sup>15</sup> la riserva sulla scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni applicabili, impeden-

---

questione di legittimità costituzionale, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss. nonché ONIDA, *Note su un dibattito in tema di rilevanza delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, 997 ss.

<sup>15</sup> Corte cost., n. 487 del 1989.

do in tal modo alla Corte costituzionale di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelli esistenti a casi non previsti<sup>16</sup>.

### 3.1.3. (*Segue*) **Precisazioni al secondo orientamento: i limiti del sindacato costituzionale sulla legge penale più favorevole**

Nel 2006, la Consulta è nuovamente intervenuta sui limiti del proprio controllo nei confronti di norme penale più favorevoli per l'imputato nel procedimento concreto.<sup>17</sup> Mentre si afferma l'orientamento precedente circa il ruolo esclusivo del legislatore nella scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, i giudici precisano che "il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche *'in malam partem'*, delle c.d. norme penali di favore" poiché occorrerebbe "distinguere fra le previsioni normative che 'delimitano' l'area di intervento di una norma incriminatrice [...] e quelle che invece 'sottraggono' una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma".

Nel caso della configurazione di un trattamento privilegiato, l'effetto *in malam partem*, sempre secondo la Suprema Corte, non discenderebbe "dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti", ma, nel caso dell'eventuale sentenza di accoglimento, l'effetto sfavorevole "rappresenta una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore". Pertanto, un intervento caducativo della legge penale da parte della Corte costituzionale non toccherebbe la sfera delle scelte di politica criminale, di competenza esclusiva del legislatore.<sup>18</sup>

Proprio a questa prospettiva si allinea la pronuncia n. 223 del 2015 della Corte, che preliminarmente ritiene infondata l'eccezione sollevata dalla difesa erariale che rinviava al principio sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., «il quale demanda in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, impedendo a questa Corte di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, ovvero anche di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità».

Infatti, dopo una sommaria premessa sulla natura della clausola di cui all'art. 649, co. 1, c.p., la Consulta ritiene sussistente il requisito della rilevanza nel caso concreto, poiché l'eventuale accoglimento della questione di legittimità «inciderebbe, comunque, sulle formule di proscioglimento o sui dispositivi delle sentenze penali (impernati sul primo comma dell'art. 2 cod. pen., sorretto

<sup>16</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, Corte cost., (ord.) n. 337 del 1999; Id., (ord.) n. 317 del 2000.

<sup>17</sup> Corte cost., n. 394 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, 4127.

<sup>18</sup> Per una sintesi delle critiche dottrinali alla sentenza n. 394 del 2006 v. PULITANO, *Diritto penale*, V ed., Torino, 2013, 127 ss.

dall'art. 25 Cost., e non più sulla disposizione in ipotesi dichiarata incostituzionale: sentenza n. 148 del 1983)».

I Giudici, di seguito, cercano di delineare i limiti delle decisioni di legittimità costituzionale che inciderebbero sfavorevolmente sulla posizione dell'imputato *a quo*. Così ritengono che una decisione del genere non tocchi la sfera di competenza del legislatore sulla politica criminale, poiché l'effetto *in malam partem*, derivante dall'eventuale sentenza d'accoglimento, non comporterebbe l'introduzione di nuove regole né la manipolazione di norme esistenti. Invero, l'effetto sfavorevole dipenderebbe, come detto, esclusivamente «dall'automatica espansione delle norme comuni, dettate dallo stesso legislatore».

Infine, la Corte costituzionale nella sentenza n. 223 del 2015 fa un ulteriore passo innovativo rispetto ad altre recenti pronunce sull'eventuale effetto *in malam partem*<sup>19</sup>, rilevando che «nella fattispecie qui in esame, l'eventuale accoglimento della questione determinerebbe l'applicazione, a carico del soggetto che agisca in danno di prossimi congiunti, delle comuni norme che puniscono i delitti contro il patrimonio».

Sintetizzando la pronuncia, i giudici, sotto il profilo dell'ammissibilità della pronuncia di illegittimità con effetti *in malam partem* in materia penale, da un lato, affermano la propria competenza a procedere all'annullamento di norme specifiche in materia penale che privilegino certe situazioni o persone in base ad una scelta esplicita del legislatore storico: la legittimazione di tale competenza risiederebbe, sempre secondo i giudici, nell'espansione automatica delle norme comuni e, perciò, nella conseguenza comunque indifferente rispetto alle scelte del legislatore. Dall'altro lato, la Corte espone la conseguenza processuale per cui, in seguito ad un'eventuale sentenza di accoglimento, il giudice remittente dovrebbe applicare direttamente le norme penali comuni di effetto sfavorevole per l'imputato.

Gli argomenti addotti dalla Corte costituzionale nella prefata sentenza sono meritevoli di plurime critiche.

In primo luogo, l'affermazione dei giudici, secondo cui un loro intervento sulla legge penale, in seguito all'eventuale sentenza di accoglimento, non inciderebbe sulle scelte di politica criminale che rientrano nella competenza esclusiva del legislatore, è difficilmente condivisibile.

<sup>19</sup> Cfr. la sentenza della Corte cost., n. 324 del 2008, *sub 5*, che, in aggiuntiva, afferma il divieto di applicazione del regime penale più severo ai fatti commessi sotto il vigore della norma di favore; sul tema, v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, VII ed., Bologna, 2014, 114; PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 946; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 100 ss.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale di un regime legislativo che incida, in qualsiasi modo, sulla sostanza strutturale del reato, ossia sul fatto tipico, sull'antigiuridicità, sulla colpevolezza ovvero, come nella specie, sulla punibilità, e di conseguenza crei degli effetti in concreto sul perimetro della responsabilità penale, è sempre da considerarsi una modificazione sostanziale, seppur automatica, della legge penale ed esprime, in tal modo, una scelta di politica criminale ad opera della giurisprudenza.

Di conseguenza, una tale estensiva interpretazione del sindacato costituzionale sulla legge penale con effetti *in malam partem* è palesemente in contrasto con il principio di stretta riserva della legge.

È ben vero che una palese e grave violazione del principio di ragionevolezza nei rapporti tra norme penali potrebbe astrattamente giustificare l'intervento demolitorio da parte della Consulta. Pur tuttavia, il sindacato di legittimità costituzionale è da considerarsi una competenza strettamente eccezionale e di *extrema ratio*, limitata alle sole ipotesi di insanabile contrasto tra realtà sociale e valore normativo contenuto nella legge penale sottoposta al sindacato di legittimità<sup>20</sup>.

Il secondo profilo di critica è incentrato sulla conseguenza di un'eventuale sentenza di accoglimento nel giudizio concreto.

L'*iter* ipotetico prospettato dai giudici nel caso dell'eventuale sentenza di accoglimento, cioè la conseguente applicazione della disciplina sfavorevole all'imputato nel giudizio *a quo*, non è compatibile con il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole sancito nell'art. 25, co 2, Cost., nonché nell'art. 2 c.p., due norme di portata fondamentale che esprimono i valori della certezza di diritto e la tutela dell'affidamento del cittadino nella prevedibilità, calcolabilità e controllabilità del potere statale<sup>21</sup>. In nessun caso, perciò, all'imputato dovrebbe applicarsi il complesso normativo penale sfavorevole che, al momento della commissione dei fatti, non era in vigore.

### 3.2. La decisione del caso concreto

Nonostante gli argomenti sopra esposti volti a neutralizzare le eccezioni sollevate dall'Avvocatura generale dello Stato, la Corte costituzionale giunge comun-

<sup>20</sup> In senso conforme v. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006, 4160 ss.

<sup>21</sup> Per i necessari approfondimenti cfr. RONCO, *Sub art. 2*, in *C.p. comm. Ronco, Romano*, IV ed., Torino, 2012, 74 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014, 44 ss. nonché 328 ss.; per taluni approcci di diritto comparato cfr. HASSEMER, KARGL, *Commento al § 1 StGB Keine Strafe ohne Gesetz*, in *Nomos Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di Kindhäuser, Neumann, Paeflgen, IV ed., Baden-Baden, 2013, *sub § 1*, numero a margine 42 ss.

que a dichiarare l'inammissibilità della questione sottoposta dal giudice remittente.

Nell'affrontare la questione deferitale, la Consulta afferma preliminarmente che la valutazione della disposizione deve avvenire alla stregua dell'attuale realtà sociale, indubbiamente cambiata rispetto a quella esaminata dal legislatore storico. Ciononostante, la Corte richiama comunque il concetto costituzionale di "famiglia", intesa come luogo di sviluppo armonico della persona, ispirato da uno stretto e stabile rapporto di solidarietà reciproca.

Ciò premesso, pur ritenendo astrattamente legittimo l'intervento demolitorio nei casi di inopportuna inerzia del legislatore alla luce della mutata realtà sociale, la Corte deduce che l'inerzia del legislatore potrebbe anche essere intesa come affermativa volontà di conservare e mantenere il regime legislativo in vigore. A tal riguardo, l'istituto sottoposto al controllo di legittimità rientra nelle valutazioni di politica criminale, ambito di competenza esclusiva del potere legislativo.

Pertanto, l'eventuale eliminazione della causa di non punibilità di cui all'art. 649, co. 1, c.p., ovvero l'ipotizzabile graduazione dell'ambito di tutela offerto da un opportuno allargamento della facoltà di proporre querela, spetterebbe in ogni caso al legislatore. Ciò nonostante, la Corte costituzionale conclude sottolineando la «forte opportunità di un intervento legislativo di riforma» in tal senso. Da qui nasce l'impressione che la Corte abbia colto l'occasione del procedimento in questione per sollecitare il legislatore ad una riforma dell'intera clausola di non punibilità di cui all'art. 649 c.p., invocando soluzioni concrete come «la generalizzata subordinazione della procedibilità dell'azione contro il reo all'iniziativa della vittima». Il che, tuttavia, non pare frutto di una rigorosa indagine empirica compiuta dalla Consulta (invero, è la stessa Corte che censura la scarsa motivazione, sul punto, da parte del Tribunale), bensì di uno *statement* di tipo politico-ideologico e, dunque, estraneo al limitato vaglio di legittimità costituzionale.

#### **4. Conclusioni**

La decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2015 giunge a conclusioni nel complesso condivisibili, fondate sul principio della stretta riserva di legge in ambito di politica criminale. Tuttavia, all'interno delle motivazioni sono riscontrabili alcuni passaggi critici relativi a quella che potrebbe essere un'ipotetica sentenza di accoglimento, ove la questione di legittimità - che dovesse essere, in futuro, risolta - superasse le obiezioni di inammissibilità oggi rilevate.

Infatti, da un lato la Corte sembra concedersi, nelle trame della sentenza, un ampio margine di sindacabilità sulle norme penali di favore, mentre a nostro

avviso tale sindacato dovrebbe limitarsi ai soli casi eccezionali di assoluta irrazionalità e illegittimità della disposizione *in bonam partem*.<sup>22</sup>

Dall'altro lato, in virtù del principio di irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost., è inaccettabile che, a seguito di una sentenza di accoglimento da parte della Consulta, il giudice *a quo* possa applicare all'imputato la disciplina penale sfavorevole, come invece sostiene la Corte nella prefata sentenza.

Ciò che, invece, pare ragionevole è la proposta *de iure condendo* avanzata, *incidenter tantum*, dalla Consulta, ove si suggerisce che l'art. 649 c.p. venga riformulato dal legislatore espungendo la causa di non punibilità (odierno co. 1) ed estendendo la procedibilità a querela (odierno co. 2) a tutti i reati contro il patrimonio commessi nell'ambito familiare, al di fuori dei casi di violenza alle persone.

**LUKAS STAFFLER**

---

<sup>22</sup> Così MARINUCCI, *Il controllo di legittimità*, cit., 4160 ss.