

LA CORTE COSTITUZIONALE SI FA SCUDO CON L'INOPPUGNABILITÀ E  
CONFERMA L'ESISTENZA (PRECARIA) NEL SISTEMA DELLE FONTI DELLE  
LEGGI “*TAMQUAM NON ESSENT*” ANCHE IN MATERIA PENALE.  
OSSERVAZIONI A CORTE COST., ORD. N. 184/2017

**PIETRO MILAZZO\***

**Sommario**

1. Le questioni prospettate. Reviviscenza/rispristino di una disciplina penale con effetti *in malam partem* a seguito di una sentenza di incostituzionalità per vizio formale della legge e riserva di legge penale. – 2. Il problema del giudicato costituzionale e della inoppugnabilità. Una questione di legittimità costituzionale *kamikaze*? – 3. Limiti al sindacato sulle norme penali vs. dichiarazione di incostituzionalità per vizio formale grave. – 4. Il regime giuridico una legge affetta da un vizio procedurale “grave” e i limiti della “gravità” del vizio.

**Suggerimento di citazione**

P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi “tamquam non essent” anche in materia penale. Osservazioni a corte cost., ord. n. 184/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Ricercatore e prof. aggr. di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Pisa.  
Contatto: [pietro.milazzo@unipi.it](mailto:pietro.milazzo@unipi.it)

**1. Le questioni prospettate. Reviviscenza/rispristino di una disciplina penale con effetti *in malam partem* a seguito di una sentenza di incostituzionalità per vizio formale della legge e riserva di legge penale.**

Con l'ordinanza n. 184/2017<sup>1</sup>, la Corte costituzionale – con il tratto un po' "secco" tipico delle ordinanze di questo genere – ha dichiarato manifestamente inammissibili una serie di "delicate" questioni di legittimità costituzionali sollevate dalla Corte di Cassazione, con forti implicazioni sul sistema delle fonti<sup>2</sup>.

In sostanza – e per quello che qui interessa – l'ordinanza di rimessione poneva, fra gli altri, due quesiti di fondo alla Corte:

- qual è il regime delle leggi su cui abbia inciso una pronuncia della Corte costituzionale, quando esse – appunto dopo l'intervento della Corte – si trovino ad esprimere disposizioni penali *in malam partem*? Se la normativa "di risulta" rispetto ad una sentenza della Corte costituzionale presenta profili di incostituzionalità, essa può incorrere nella caducazione da parte della Corte stessa?
- qual è il regime delle leggi dichiarate incostituzionali dalla Corte per un vizio di tipo formale? In particolare, il vizio "solo" formale della legge consente di far rivivere norme penali precedenti che abbiano effetti *in malam partem* (rispetto alla norma dichiarata incostituzionale)? Oppure la Corte deve farsi carico di tali effetti cercando di "sterilizzarli" in virtù del principio del *favori rei*, o della riserva di legge in materia penale ex art. 25 Cost.?

Le questioni sollevate dalla Corte di Cassazione hanno origine da una precedente importante sentenza della Corte costituzionale, la n. 32/ 2014, e ruotano intorno ai suoi effetti nel sistema delle fonti<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Corte cost., ord. 13 luglio 2017, n. 32, in GU. I serie spec, 19 luglio 2017, n. 29.

<sup>2</sup> Corte di Cass. sez. VI penale, ord. 12 gennaio 2017, n. 1418 in GU, I serie spec., 1 marzo 2017, n. 9. Sulla ordinanza di rimessione, si veda M. GAMBARDELLA, *Sindacato di costituzionalità in malam partem e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all'art. 73 comma 1, testo unico degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2017, 567 ss., nonché, volendo, P. MILAZZO, *La Corte di Cassazione porta di nuovo la disciplina degli stupefacenti all'esame della Corte costituzionale: fra riserva di legge penale, vizi del procedimento legislativo e giudicato costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2017, 1444 ss.

<sup>3</sup> Sulla sentenza n. 32/2014, in una vasta letteratura, cfr. . C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale (nota a C. cost. 25 febbraio 2014 n. 32)*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 1/2014, 505, A. LOLLO, *La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle "norme più favorevoli" ad una svolta. La Corte adotta un paradigma "sostanziale ed estende (giustamente) il sindacato di costituzionalità ai casi di violazione della legge di delega*, in *Osservatorioaic.it*, giugno 2014, V. MANES – L. ROMANO, *L'incostituzionalità della legge sulle droghe (cd. Fini-Giovanardi): all'interprete il compito di ricomporre le macerie*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1/2014, 363, G. PICCIRILLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: legge di conversione e articoli aggiuntivi eterogenei*, in *Quad. cost.*, 2014, 396; G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost.*, in *Federalismi.it*, 2014, 11 luglio 2014.

In tale pronuncia la Corte - seguendo dichiaratamente una linea giurisprudenziale inaugurata abbastanza di recente, ma ormai apparentemente consolidata<sup>4</sup> - ha dichiarato incostituzionale una serie di disposizioni inserite in una legge di conversione, in virtù della loro eterogeneità rispetto al testo del decreto legge convertito e dell'assenza anche solo di una interrelazione funzionale con esso. Un vizio relativo alla formazione della legge, quindi: un vizio "dell'atto", "formale" secondo una nota ed autorevole definizione<sup>5</sup>.

In quell'occasione peraltro la Corte ha riaffermato, come già fatto nel biennio precedente in altre evenienze di emersione di vizi formali (specialmente in casi di eccesso di delega), che "l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa", e che dunque la conseguenza non può che essere una sorta di "reviviscenza" (rectius: *ripristino*)<sup>6</sup> della normativa modificata dalla legge ritenuta incostituzionale per vizio formale<sup>7</sup>.

Tale ripristino è infatti espressamente affermato dalla Corte stessa, anche in "controtendenza" rispetto al proprio contegno storicamente *self-restraint* in materia<sup>8</sup> ed in contraddizione con le impostazioni che vorrebbero rimettere

<sup>4</sup> Si possono prendere le mosse dalla nota sentenza n. 22/2012 (sulla quale, fra gli altri, R. DICKMANN, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?* (Nota a corte cost., 16 febbraio 2012, n.22), in *Federalismi.it*, 7 marzo 2012), e citare le sentenze n. 162/2012, e n. 94/2014. Importante è anche sentenza n. 5/2014, sulla quale si veda F. PACINI, "Abrogatio" non petita, *accusatio manifesta: la Corte costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n.43 del 1948*, in *Federalismi.it*, 2 aprile 2014. Fino ad arrivare alla recente sent. 94/2016, "gemella" della sent. n. 32/2014, sulla quale C. DOMENICALI, *Conferme in tema di decretazione d'urgenza (in attesa del potenziamento di ulteriori parametri di costituzionalità). Considerazioni a margine di Corte cost. n. 94 del 2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016.

<sup>5</sup> F. MODUGNO, *Validità (diritto costituzionale)*, in *Enc. diritto*, XLVI, Milano, Giuffrè, 2003, 45 ss. Per una approfondita disamina della natura dello stesso concetto di vizio formale, P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo. Le esperienze italiana e francese a confronto*, Giappichelli, Torino, 2002, 28 ss.

<sup>6</sup> Lo schema argomentativo della Corte nella sentenza n. 32/2014 (la quale infatti non discorre mai di "reviviscenza") induce a ritenere che la Corte stessa faccia riferimento, più che a un fenomeno di *reviviscenza* di una norma che per un periodo non ha avuto applicazione, ad un fenomeno di "persistenza del vigore [delle disposizioni precedenti] che esse d'altronde non avrebbero mai perso, data la totale mancanza di efficacia sin dall'origine della legge sopravvenuta" (A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1998, 5).

<sup>7</sup> In generale sulla *reviviscenza*, A. FRANCO, *Illegittimità costituzionale e abrogazione. La reviviscenza di norme abrogate*, Giappichelli, Torino, 1998, F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Cedam, Padova 1972, 647 ss.. L'interesse per il fenomeno ha avuto una sorta di ...*reviviscenza* di recente, in occasione delle pronunce della Corte costituzionale sui referendum elettorali: cfr., ad esempio, V. MARCENÒ, *La "reviviscenza" di disposizioni abrogate: la questione della sua ammissibilità in caso di abrogazione legislativa e di abrogazione referendaria*, in *Nomos*, 2012, 9 ss., e F. PETRINI, *La reviviscenza di norme abrogate*, ivi, 47 ss.

<sup>8</sup> Si può citare la sent. n. 13/2012, che nega il fenomeno della *reviviscenza* (nell'ipotesi in quel caso in esame) muovendo dalla premessa per cui esso "si fonda su una visione "stratificata"

ai giudici la valutazione degli effetti ordinamentali e nei rapporti fra le fonti delle pronunce costituzionali di accoglimento<sup>9</sup>: “*in conseguenza dell'inidoneità dell'atto, per il radicale vizio procedurale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi anche per modifica o sostituzione [...] deve, dunque, ritenersi che la disciplina [previgente, oggetto di modificazioni con la legge dichiarata incostituzionale], torni ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo*”.

Nel caso deciso dalla sentenza n. 32/2014, però, diversamente dai casi precedentemente decisi dalla Corte in termini analoghi, il ripristino della normativa oggetto di modificazioni da parte della legge poi dichiarata incostituzionale, ha prodotto un effetto particolare: ha ripristinato un trattamento penale più gravoso (in talune ipotesi) rispetto a quello introdotto dalla legge dichiarata incostituzionale. Un effetto *in malam partem*, in altre parole<sup>10</sup>.

In questo contesto, il giudice *a quo* ha tratto due conseguenze, che ha posto a fondamento della parte principale dell'ordinanza di rimessione alla Corte:

- l'esito *in malam partem* del ripristino della disciplina previgente si porrebbe in contrasto con il principio di riserva di legge in materia penale, in quanto “*l'esercizio della funzione legislativa ad opera della giustizia costituzionale non può non raffrontarsi, ed incontrare in essa un limite, con la riserva di legge in materia penale [per la quale] gli interventi in materia penale tesi ad ampliare l'area di un'incriminazione ovvero ad inasprirne le sanzioni possono essere legittimamente compiuti soltanto ad opera del legi-*

*dell'ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti*” con enormi problemi in punto di certezza del diritto, e dunque la reviviscenza “*non opera in via generale e automatica e può essere ammess[a] soltanto in ipotesi tipiche e molto limitate*”: essenzialmente “*l'annullamento di norma espressamente abrogatrice*”, o “*il ripristino di norme a seguito di abrogazione disposta dal legislatore rappresentativo*”. Cfr le osservazioni di E. C. RAFFIOTTA, *Quale spazio per la reviviscenza di norma abrogate dopo la sent. 13 del 2012?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012. In termini non dissimili anche le sentenze n. 24/2011, 31/2000, 40/1997.

<sup>9</sup> G. SERGES, *Usi e abusi della reviviscenza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (Notazioni a margine di alcune recenti decisioni di inammissibilità del referendum e di annullamento di norme abrogatrici in giudizi in via incidentale)*, in *Federalismi.it*, n. 2/2015, 16.

<sup>10</sup> In concreto, l'art. 73 del DPR 309/1990 era stato oggetto nel 2006 di un intervento del legislatore ordinario (legge n. 49/2006) che aveva previsto – nel quadro della scelta di superamento della distinzione tabellare fra droghe “leggere” e droghe “pesanti” – un intervallo sanzionatorio unico (reclusione da sei a venti anni), contro le ipotesi sanzionatorie differenziate del testo originario: da due a sei anni per le droghe “leggere” e da otto a venti anni per quelle “pesanti”. La caducazione della normativa modificativa del 2006 ad opera della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale ha comportato (come indicato nel testo) il ripristino della “vecchia” disciplina. Tale assetto ha però dato luogo ad un esito *in malam partem* per quanto riguarda i reati relativi alle droghe “pesanti”, per i quali l'intervallo editale introdotto nel 2006 prevedeva un minimo più mite di quello derivante dal ripristino della disciplina antecedente la riforma poi giudicata incostituzionale.

*slatore parlamentare [...] quale organo dotato della massima legittimazione democratica*”

- il principio della riserva di legge ex art. 25 comma 2 Cost. dovrebbe comunque prevalere “*in un giudizio di bilanciamento fra valori di rango costituzionale in gioco*” rispetto ad una declaratoria di incostituzionalità basata (non su un vizio di tipo sostanziale, ma) su un vizio effettivamente solo procedurale della legge, come il difetto di omogeneità della legge di conversione rispetto al decreto legge convertendo.

Ne è discesa sostanzialmente la richiesta di una pronuncia additiva volta ad eliminare completamente gli effetti *in malam partem* della sentenza 34/2014, reintroducendo il limite edittale minimo di sei anni per i reati relativi alle droghe “pesanti” come previsto dalla disposizione del 2006 dichiarata incostituzionale con detta pronuncia.

## **2. Il problema del giudicato costituzionale e della inoppugnabilità. Una questione di legittimità costituzionale *kamikaze*?**

La Corte respinge completamente la prospettazione della Corte di Cassazione.

Prescindendo in questa sede dai pur assorbenti rilievi in punto di carenza di rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate<sup>11</sup>, il punto che qui interessa in prima battuta è quello relativo alla portata del giudicato costituzionale di cui alla sentenza n. 32 del 2014 rispetto alle nuove questioni oggi venute in esame (e dichiarate manifestamente inammissibili) dalla Corte.

Nella ordinanza di rimessione il giudice *a quo* non si è impegnato particolarmente su questo aspetto, ma – come è stato rilevato puntualmente in dottrina<sup>12</sup> – verosimilmente ha inteso inquadrare la questione volendo chiedere alla Corte non un “ripensamento” della propria decisione n. 32 del 2014, quanto un giudizio sulla compatibilità della normativa risultante da tale pronuncia - e quindi esistente ed applicabile oggi (le disposizioni “ripristinate”) - con il principio della riserva di legge ex art. 25 comma 2 Cost., che impedirebbe l’applicabilità di una norma con effetti *in malam partem* non stabilita dalla legge (ma, in questo caso, dalla Corte con la sua sentenza n. 32 del 2014).

<sup>11</sup> L’ordinanza in commento ritiene che le questioni di legittimità costituzionale non abbiano superato il vaglio della rilevanza in quanto – in sintesi – la Corte di Cassazione non è il giudice che deve applicare le pene nell’ambito del *range* sanzionatorio previsto dal legislatore. Tale fase è infatti rimessa al giudice del rinvio. Secondo la Corte “*non è rilevante la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto un contenuto normativo che attiene al compimento di un atto processuale inserito in una fase successiva a quella in cui versa il giudizio a quo*”.

<sup>12</sup> M. GAMBARELLA, *Sindacato di costituzionalità in malam partem*, cit., 568.

Ma, per come formulata, la questione appariva verosimilmente destinata a scontrarsi con il limite del giudicato costituzionale e della inappellabilità delle sentenze della Corte costituzionale ex art. 137 comma 3 Cost.

Come si è avuto modo di rilevare in altra sede<sup>13</sup>, se pure è vero che le pronunce della Corte producono effetti giuridici che in linea di principio sono sottoposti al regime di controllo che presidia le fonti nel nostro ordinamento<sup>14</sup>, e che – specialmente per le decisioni cd. additive<sup>15</sup> – il giudicato costituzionale potrebbe non essere inscalfibile a fronte di nuovi profili<sup>16</sup>, la Corte appare sempre piuttosto ferma nella difesa della prerogativa della inoppugnabilità delle sue decisioni.

Anzi, la Corte ha inteso questa prerogativa non solo nel senso (minimo) della assenza nell'ordinamento di un giudice cui rimettere il giudizio sulla riforma o sull'annullamento delle sentenze costituzionali<sup>17</sup> in omaggio alla Corte come giudice “di chiusura” del sistema (il che consentirebbe in linea di principio alla Corte stessa di tornare su quanto deciso<sup>18</sup>), ma soprattutto nel senso più ampio e generale di preclusione di ogni forma anche surrettizia di induzione al *révirement* giurisprudenziale rispetto alle decisioni già prese.

Per usare le parole della Corte: “*la Costituzione, nello stabilire che contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione, preclude in modo assoluto ogni tipo di gravame diretto a contrastare, annullare o riformare, in tutto o in parte, le decisioni della Corte. L'espressa esclusione di qualsiasi impugnazione, in coerenza con la natura della Corte costituzionale e con il carattere delle sue pronunce, pone una regola generale, priva di eccezioni, che non si limita ad interdire gravami devoluti ad altri giudici [...], ma impedisce anche il ricorso alla stessa Corte contro le decisioni che essa ha emesso. L'esclusione riguarda qualsiasi tipo di impugnazione, qualunque sia lo strumento con il quale è richiesto il sindacato sulle decisioni della Corte costituzionale. Rimane così inibita ogni domanda diretta ad incidere su di una sentenza pro-*

<sup>13</sup> P. MILAZZO, *La Corte di Cassazione porta di nuovo la disciplina degli stupefacenti all'esame della Corte costituzionale*, cit., 1447 ss.

<sup>14</sup> G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, 418.

<sup>15</sup> A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 3694 ss., elenca altri casi di “ribellione” dei giudici comuni a sentenze costituzionali, ma si tratta appunto di casi aventi ad oggetti pronunce manipolative della Corte e non pronunce di accoglimento semplice.

<sup>16</sup> E. CATELANI, *Sull'ammissibilità della riproposizione di questioni già decise con sentenza di accoglimento*, in AA.VV. *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1993,

<sup>17</sup> L.P. COMOGLIO, *Inoppugnabilità e limiti di correzione delle sentenze costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 1530.

<sup>18</sup> A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, sub artt. 137, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, 695.

nunciata dalla Corte e proposta per ottenerne l'annullamento o la riforma, anche solo nella motivazione, ovvero ad eliderne gli effetti"<sup>19</sup>.

Sulla base di questa impostazione, la Corte in passato ha costantemente rifiutato di giudicare (mediante pronunce di inammissibilità talvolta anche piuttosto secche e severe<sup>20</sup>) su questioni sollevate in ordine alla disciplina di risulta derivante da precedenti sentenze di accoglimento della stessa Corte<sup>21</sup>, e dirette non tanto a censurare detta disciplina quanto a sindacare il *decisum* della precedente pronuncia<sup>22</sup>. Come ebbe a rivendicare pubblicamente il Presidente Conso, in quei casi la Corte ha svolto una strenua "difesa del giudicato"<sup>23</sup> censurando "ogni tentativo volto ad utilizzare la questione di legittimità costituzionale come strumento per sindacare statuizioni già adottate dalla Corte"<sup>24</sup> mediante questioni "solo formalmente indirizzate alle norme ma, nella sostanza, rivolte a sindacare le statuizioni adottate dalla Corte"<sup>25</sup>.

Nel caso che ci interessa, era veramente difficile sostenere che le questioni sollevate dalla Corte di Cassazione fossero formalmente e sostanzialmente rivolte alla disposizione oggetto del giudizio, e non fossero invece surrettiziamente rivolte ad indurre la Corte a tornare sulla propria decisione del 2014 al fine di "eliderne gli effetti".

Ed infatti:

- la Cassazione ha formalmente censurato la disposizione ripristinata: ma non per vizi "propri", bensì esclusivamente in relazione alla portata della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale. Questa circostanza è molto evidente laddove il giudice *a quo* ha parlato di "esercizio della funzione legislativa ad opera della giustizia costituzionale" e di "interventi [della Corte stessa] in materia penale tesi ad ampliare l'area di una incriminazione ovvero ad inasprire le sanzioni"; oppure laddove sottolinea addirittura come "la declaratoria d'incostituzionalità di una norma penale generale dal contenuto favorevole [...] non possa ritenersi con-

<sup>19</sup> Corte cost., sent. n. 29 del 1998.

<sup>20</sup> M. SICLARI, *Aspetti problematici del processo costituzionale nell'ultimo triennio*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, 239

<sup>21</sup> È noto il caso della "ribellione dei giudici militari" nei confronti di una sentenza sostitutiva in materia di trattamento penale (ancorché con effetti *in bonam partem*: sent. 409 del 1989). Cfr. E. LAMARQUE, *Il seguito giudiziario delle sentenze della Corte costituzionale*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Giappichelli, Torino, 2002, 213.

<sup>22</sup> F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2002, 194.

<sup>23</sup> M.A. CABUDDU – 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*, ESI, Napoli, 2006, 253.

<sup>24</sup> G. CONSO, *La giustizia costituzionale nel 1990*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 926.

<sup>25</sup> Corte cost., ord. n. 27 del 1990, fra le molte.

*forme al dettato dell'art. 25, comma secondo*” della Costituzione, e come “*il ripristino della disciplina anteriormente vigente risulti [...] precluso [trattandosi] di disposizione in malam partem, la cui (re-)introduzione nell'ordinamento giuridico violerebbe il principio di riserva di legge in materia penale*”;

- sostanzialmente il giudice *a quo* non ha censurato la legge oggetto (diretto) della questione di legittimità, quanto – in modo indiretto – le modalità dell'uso del potere di dichiarazione di incostituzionalità che la Corte costituzionale ha fatto proprie nella sentenza n. 32/2014. È infatti proprio il meccanismo del ripristino della normativa previgente a seguito della dichiarazione di incostituzionalità per vizio formale che la Cassazione ha ritenuto incompatibile con la riserva di legge ex art. 25 Cost: cioè esattamente il *decisum* esplicito della sentenza n. 32/2014;
- queste circostanze sono confermate dal fatto che il giudice *a quo* non ha chiesto alla Corte una pronuncia di incostituzionalità *tout court*, ma al contrario una pronuncia additiva che eliminasse completamente gli effetti *in malam partem* prodotti dalla sentenza 34/2014<sup>26</sup>; di fatto, il giudice *a quo* ha chiesto alla Corte di tornare sulla sua decisione del 2014 formulando un giudizio di bilanciamento che veda la prevalenza della riserva di legge sul vizio individuato (nella legge del 2006) e che quindi moduli gli effetti della sua pronuncia, eliminando gli effetti *in malam partem* della sentenza del 2014.
- nel caso di specie, però, la pronuncia i cui effetti sono “contestati” è veramente recente, e soprattutto si tratta di una pronuncia di accoglimento “secco”, non additiva (ancorché sia indubbio che il meccanismo del ripristino della normativa precedente a quella dichiarata incostituzionale implica una incidenza sulla situazione normativa)
- soprattutto, la sentenza n. 32 /2014 ha espressamente e consapevolmente preso posizione in ordine agli effetti *in malam partem* derivanti dalla pronuncia, ed ha escluso che essi comportassero una violazione dell'art. 25 comma 2 Cost. in quanto la decisione della Corte – lungi dal «configurare nuove norme penali» - “*non fa altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore*”.

Anche a voler prescindere dalla delicata questione del contenuto, della portata e dei caratteri del giudicato nei giudizi d'annullamento ed in particolare nei giudizi costituzionali<sup>27</sup> – era piuttosto evidente che nel perimetro del giudicato costituzionale portato dalla sentenza n. 32/2014 rientrava anche la

<sup>26</sup> Reintroducendo il limite edittale minimo di sei anni per i reati relativi alle droghe “pesanti” come previsto dalla disposizione del 2006 dichiarata incostituzionale con detta pronuncia.

<sup>27</sup> Su cui, per tutti, F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 91 ss.



definizione degli effetti della sentenza stessa con riferimento a quelli *in malam partem*, di cui la Corte era pienamente consapevole, ma che ha ritenuto consentiti sulla base della sua citata giurisprudenza e su tale base inidonei ad incidere sulla portata della riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2 Cost<sup>28</sup>.

Sulla base di queste considerazioni, l'ordinanza di rimessione sembrava una ordinanza per così dire "suicida", destinata a non trovare margini di considerazione da parte della Corte.

Ed infatti la Corte, nell'ordinanza di manifesta inammissibilità che si commenta, ha facile gioco nel parlare sbrigativamente di un "improprio tentativo di impugnazione" che "*si risolve nel contestare l'affermazione della citata sentenza n. 32 del 2014 – analoga a quella già espressa dalla giurisprudenza costituzionale in relazione ai vizi della delega legislativa e del suo esercizio da parte del governo, ex art. 76 Cost. (sentenze n. 5 del 2014 e n. 162 del 2012) – sulla ripresa dell'applicazione della normativa precedente a quella dichiarata costituzionalmente illegittima ex art. 77 Cost. data l'inidoneità dell'atto, per il radicale vizio procedimentale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi*".

Se la Corte ravvisa questo tipo di vizi formali gravi della legge, il relativo giudicato appare quindi idoneo - anche sulla base di quanto si può desumere dalla stringata ordinanza in commento - a "coprire" tutti gli effetti che la sentenza può provocare (essenzialmente mediante il ripristino della disciplina previgente), che non possono essere considerati imputabili alla sentenza stessa, ma al peculiare fenomeno di "*eliminazione di un ostacolo*" al pieno spiegarsi della disciplina ripristinata.

In un passaggio dell'ordinanza, peraltro, la Corte censura la questione di legittimità come formulata dal giudice a quo *anche* per le sue contraddittorietà interne: si presume che le sentenze della Corte abbiano forza di legge, ma poi si lamenta la lesione della riserva di legge stessa da parte della pronuncia della Corte; si chiede una pronuncia additiva ma poi si chiede la preservazione degli effetti *in bonam partem* della sentenza 32/2014. Queste contraddittorietà inducono la corte a qualificare il citato "*tentativo di impugnazione di una sentenza della Corte costituzionale*" come "*addirittura fondato su una motivazione contraddittoria e illogica*". Tale passaggio, peraltro, non sembra lasciar intendere che - se la motivazione fosse stata non contraddittoria e logica - il "tentativo" di impugnazione avrebbe potuto avere esito positivo: pare si tratti di un passaggio *ad colorandum*, posto sostanzialmente al fine di inspessire la pronuncia di manifesta infondatezza.

<sup>28</sup> In questo senso, non si potrebbe nemmeno ragionare in termini di "errore" o di errata considerazione di elementi di fatto da parte della Corte. Su tali aspetti, cfr. R. ROMBOLI, *Carattere preclusivo della decisione di inammissibilità, errori di fatto e ammissibilità della revocazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1989.

### 3. Limiti al sindacato sulle norme penali vs. dichiarazione di incostituzionalità per vizio formale grave.

L'impressione che si trae dalla ordinanza di manifesta infondatezza che si commenta è quella per cui la Corte abbia voluto sottolineare come il giudice *a quo* non abbia colto appieno la vera portata della “nuova” giurisprudenza della Corte costituzionale in ordine alle disposizioni affette da vizio formale “grave” o “radicale”, trascurando che secondo la Corte tali disposizioni sono *tamquam non essent*, sono meri “ostacoli” di fatto al dispiegarsi dell'efficacia delle norme veramente “valide”.

Il fenomeno del ripristino della normativa precedente, quindi, è un mero automatismo, sul quale la Corte ritiene di non poter (più) incidere, se non nella misura in cui l'ha già fatto: cioè eliminando appunto le norme illegittime che rendevano tale normativa di fatto inoperante (ma senza avere la vera capacità di abrogarla). La pronuncia della Corte è quindi una sorta di pronuncia dichiarativa di una condizione della legge (inidoneità dell'atto a produrre qualsiasi effetto, compreso quello abrogativo), in ordine alla quale la Corte stessa nulla può fare.

Se si parte da questo presupposto così netto, per cui la norma affetta da vizio formale grave è *tamquam non esset*, perde completamente di senso (ovviamente, solo nel caso di specie) anche il richiamo – che pure il giudice remittente ha tentato, e con dovizia di motivazione – ai limiti faticosamente e progressivamente elaborati dalla Corte stessa in ordine al proprio sindacato sulla legge penale, a partire almeno dalla sentenza-trattato n. 394 del 2006<sup>29</sup> e che hanno portato alla delimitazione (in senso riduttivo) di quella che veniva spesso considerata una “zona d'ombra” del giudizio di costituzionalità<sup>30</sup>.

La nota distinzione fra “norme penali di favore” (sindacabili dalla Corte anche se la pronuncia può dar luogo ad effetti *in malam partem*) e norme penali favorevoli generali o comuni (insindacabili in quanto l'accoglimento della questione implicherebbe la produzione di effetti *in malam partem* incompatibili con la riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2 Cost.) è infatti basata sulla diversa natura delle due categorie di norme favorevoli: laddove vi sia l'esistenza *sincronica* nell'ordinamento di una norma generale penale e di

<sup>29</sup> Sulla quale, fra le molte, V. MANES, *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali* e I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, entrambi in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006.

<sup>30</sup> Cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, Milano, 2015, L. TOSCANO, *Sindacato sulle norme penali di favore*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, Treccani, Roma, 2015, M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013, in part. 111 e ss., M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2006.

norme speciali “di favore” che sottraggono certe categorie di condotte o di soggetti all’ambito di applicazione della norma generale, prevedendo quindi un trattamento privilegiato, la eventuale incostituzionalità di queste ultime porterebbe sostanzialmente alla riespansione della norma generale anche per i destinatari della norma caducata, il che non darebbe luogo alla violazione della riserva di legge. L’effetto *in malam partem*, infatti, non discenderebbe dalla sentenza di incostituzionalità – che si limita alla rimozione di una disposizione lesiva dei principi costituzionali – quanto alla stessa riespansione della disciplina generale, voluta a suo tempo dal legislatore.

Nella sentenza n. 32/2014 la Corte costituzionale ha argomentato di fatto prescindendo del tutto dalla bipartizione norme generali favorevoli/norme speciali “di favore” (e cioè dall’*oggetto* del giudizio), ma prendendo invece le mosse dal *tipo di vizio* lamentato, e cioè la violazione dell’art. 77 Cost. per avere introdotto nella legge di conversione di un decreto legge contenuti disomogenei e non funzionali ad alcuno dei contenuti del provvedimento governativo d’urgenza.

La Corte ha ragionato esclusivamente in punto di regime e di efficacia delle fonti e – prendendo le mosse dalla sua giurisprudenza più recente (in particolare dalle sentenze. 123/2011 e n. 361/2010) – ha negato che la legge di conversione (proprio in ragione del suo vizio) possa avere innovato l’ordinamento producendo l’effetto abrogativo/modificativo.

Di fatto, quindi, secondo la Corte l’effetto abrogativo/modificativo non si è mai validamente prodotto, non si è avuta quella vicenda di successione diacronica di norme penali (generali) nel tempo che secondo la sua stessa giurisprudenza pone limiti all’intervento con effetti *in malam partem* del giudice costituzionale<sup>31</sup>.

Così impostata la questione, in termini di efficacia delle fonti, non può nemmeno astrattamente configurarsi una violazione della riserva di legge ex art. 25 comma 2 Cost. perché la Corte si è limitata ad eliminare un atto *apparentemente* legislativo, ma la cui incostituzionalità – proprio per il tipo di vizio da cui era affetto – gli aveva impedito di svolgere validamente le sue funzioni nell’ambito del sistema delle fonti, ed ha quindi comportato il ripristino di una disciplina precedente mai validamente abrogata.

Nella prospettiva della Corte, la questione è dunque mal posta. Se il vizio formale “grave” o “radicale” esiste, la vicenda è esclusivamente quella del ripristino della normativa precedente, a prescindere dagli effetti che tale nor-

<sup>31</sup> Anzi, come notano G. PICCIRILLI, *Op. cit.*, 396 e V. MANES – L. ROMANO, *Op. cit.*, 221, la Corte per poter garantire la necessaria conseguenza del dictum (il “ripristino” – più che la reviviscenza – della normativa oggetto di modifica con la disposizione incostituzionale), ha dovuto operare anche sul versante del *thema decidendum*, integrando quello offerto dal giudice a quo fino a comprendere l’intero intervento normativo del 2006.

mativa può avere oggi, eventualmente anche a significativa distanza di tempo dalla “apparente” vicenda abrogativa (il che., specialmente in materia penale, può porre un problema non piccolo in punto di attualità della normativa ripristinata, di corrispondenza della medesima alle scelte di politica criminale e punitiva<sup>32</sup>).

#### **4. Il regime giuridico una legge affetta da un vizio procedurale “grave” e i limiti della “gravità” del vizio.**

L’ordinanza in commento, pur nella sua stringatezza (o forse anche proprio per questa) sembra confermare la nuova centralità che la Corte attribuisce ai vizi formali “gravi” o “radicali”, tali da rendere le leggi che ne sono affette “*tamquam non essent*” ed impedirne di fatto alcun effetto nell’ordinamento.

Come anticipato, ciò non deriva dall’effetto *ex tunc* delle sentenza di accoglimento, ma proprio dalla tipologia di vizio rinvenuta, e che ha comportato la dichiarazione di incostituzionalità di una disciplina che, giuridicamente, non aveva le caratteristiche per spiegare i propri effetti esattamente in ragione del vizio formale. In un altro contesto la Corte ha parlato di una “*parvenza di legge*” (per usare un termine impiegato dalla Corte in una vicenda molto diversa ma con esiti complessivamente analoghi<sup>33</sup>), adottata in una situazione di “*carenza di potere*”<sup>34</sup>.

Icasticamente, l’ordinanza in commento conclude la sua severa motivazione indicando come “*in relazione a tutte le questioni sollevate, si richiede un inammissibile ripristino di una disciplina sanzionatoria contenuta in una disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima per vizi procedurali di tale gravità da determinare l’inidoneità dello stesso a innovare l’ordinamento*”<sup>35</sup>.

Come si è anticipato, quantomeno con riferimento agli effetti (dichiarazione di incostituzionalità e ripristino della normativa antecedente) la Corte nella sentenza 32/2014 riconduce ad una stessa categoria di “grave vizio procedurale” ascrivibile alla “carenza di potere” sia l’eccesso di delega che l’inserimento in sede parlamentare di emendamenti eterogenei rispetto al decreto convertito.

Nell’ordinanza qui in commento, la Corte prescinde completamente dal tema – pur posto, e con forza, dalla Cassazione – della differenza fra le due tipologie di vizio rispetto alla riserva di legge: anche se il vizio del procedi-

<sup>32</sup> Sottolinea questo aspetto C. CUPELLI, *Incstituzionalità per vizio procedurale*, cit., 507.

<sup>33</sup> Il riferimento è a Corte cost. sent. n. 361 del 2010, su cui S. CATALANO, *Quando ‘inidoneità dell’atto lesivo’ significa inammissibilità degli atti regionali aventi forza di legge*, in *www.forumcostituzionale.it*, 25 febbraio 2011.

<sup>34</sup> Così la sent. n. 32/2014, punto 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>35</sup> Come si è visto, la pronuncia additiva richiesta alla Corte era essenzialmente diretta a ripristinare il minimo edittale più mite previsto dalla disciplina del 2006 oggetto della sentenza di incostituzionalità.

mento di conversione ha prodotto una legge parlamentare (cioè posta in essere dal “titolare naturale” del potere legislativo, colui che meglio dovrebbe tutelare le esigenze sottese alla riserva), mentre l’eccesso di delega incombe su una fonte primaria ma di origine governativa, cioè posta in essere da un soggetto che normalmente non è titolare della funzione, evidentemente per la Corte non si pone alcuna differenziazione rispetto alla riserva di legge (che d’altra parte, per giurisprudenza costante, è appagata anche da fonti primarie non parlamentari<sup>36</sup>)<sup>37</sup>.

D’altra parte, proprio la giurisprudenza recente in materia di vizio della legge di conversione derivante dalla approvazione di norme disomogenee rispetto al decreto convertendo<sup>38</sup> (pur confermando forse un po’ ambigualmente la natura di legge “come le altre” della conversione<sup>39</sup>) ha messo bene in luce come tale vizio debba essere collocato sul piano della forma di stato e di governo, e proprio nel contesto della democrazia “procedurale” nella quale si esprimono le istanze e le garanzie costituzionali. La sentenza n. 32 del 2014 ha sottolineato che la natura di “legge a competenza tipica” della legge di conversione implica una particolare rigore nel gestire gli emendamenti aggiuntivi, proprio perché il procedimento parlamentare di conversione non si svolge secondo le scadenze e le modalità ordinarie di approvazione della legge, ma secondo canali e modalità speciali previsti dai regolamenti parlamentari al fine di rendere astrattamente possibile la conversione bicamerale nel termine previsto dall’art. 77 Cost<sup>40</sup>. Si tratta di un procedimento di approvazione della legge che già di per sé comprime significativamente proprio quelle caratteristiche di maggior ponderazione democratica e possibilità di riflessione contentutistica che normalmente sono ascritte alla legge del Parlamento, cioè proprio i motivi per i quali la legge Parlamentare dovrebbe farsi preferire alle

<sup>36</sup> Anche se non mancano sentenze – come la sent. n. 349/2006 – nelle quali possono leggersi brani di motivazione dedicati alla centralità dell’organo-Parlamento nella elaborazione della legislazione penale con finalità garantistiche, la Corte non ha mai spinto questa impostazione sino alla affermazione di una riserva di legge formale o d’organo. Cfr. ad esempio, la sent. n. 360/1996.

<sup>37</sup> Rileva invece significativi indici di differenziazione M. GAMBARDELLA, *Sindacato di costituzionalità in malam partem e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo*, cit., 569 ss.

<sup>38</sup> Sulla quale R. ROMBOLI, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, EUM, Macerata, 2006, 130 ss.; ID., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, 72 ss.; G.M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della “omogeneità normativa”*, e A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge*, tutti in *Federalismi*, 11 luglio 2014; C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto legge*, in *Rivista AIC*, 25 settembre 2012.

<sup>39</sup> A. ALBERTI, *La legge di conversione: un nuovo tipo costituzionale?*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2014.

<sup>40</sup> V. MARCENÒ, *L’eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto legge*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012, p. 4.

fonti governative nella soddisfazione della riserva di legge ex art. 25 comma 2 Cost.: “*l'iter semplificato potrebbe essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*”.

Ciò vale maggior ragione se si riflette soprattutto sugli strumenti di cui il circuito Governo-Parlamento dispone al fine di comprimere ulteriormente la normale dialettica parlamentare: la possibilità – sfruttata nel caso di specie – di porre questione di fiducia sul disegno di legge di conversione, la prassi dei cd. maxiemendamenti (anch'essa ricorrente nella vicenda in esame), la oggettiva urgenza di provvedere con la conversione per esigenze di carattere politico o tecnico<sup>41</sup>.

Il vizio procedurale relativo alla legge di conversione non è quindi “figlio di un dio minore” rispetto agli altri vizi procedurali.

Da un lato appare difficilmente negabile che in questo modo si valorizzi particolarmente il vizio formale e la dimensione procedurale della legge. Proprio nel contesto penale, un più severo scrutinio sulle modalità di formazione della legge è stato considerato ad esempio come una sorta di recupero di valore della stessa riserva di legge ex art. 25 Cost., della quale si sono ravvisati da più parti indici di crisi<sup>42</sup>. Pur non arrivando a configurare detta riserva come una riserva d'organo, è stato rilevato come il sindacato sull'eccesso di delega e quello sull'eterogeneità degli emendamenti della legge di conversione possa aiutare a scongiurare un “pensiero debole” in materia di legalità penale, rinvigorendo il fondamento garantistico della riserva di legge.

<sup>41</sup> P. CARETTI, *Maxi-emendamenti e questione di fiducia: una grave prassi distortiva di difficile contrasto*, e A. RUGGERI, *In tema di norme intrusive e questioni di fiducia, overosia della disomogeneità dei testi di legge e dei suoi possibili rimedi*, entrambi in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Cedam, Padova, 2010, rispettivamente p. 13 ss. e p. 19 ss. N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO – N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, LUISS University press, Roma, 2007, 76 ss. discorre della questione di fiducia su maxiemendamenti come “elusione indifendibile dei principi costituzionali”; per un aggiornamento recente sulle prassi (e le relative deviazioni) in materia di questione di fiducia e (e su) maxiemendamenti, si veda A. RAZZA, *Note sulla “normalizzazione” della questione di fiducia*, in *Rivista AIC*, 18 luglio 2016. Sulla rilevanza della sentenza n. 32/2014 per aver evocato tali profili, R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *Rivista AIC*, 2 maggio 2014.

<sup>42</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, 1247 ss., F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, ivi, 1274 ss., C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 181 ss., ID., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, ESI, Napoli, 2012, 130 ss., C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, 24 ss. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 29 ss. cfr. F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, 1993, 346 ss. in ordine alla difficile compatibilità fra struttura e fini della decretazione d'urgenza e elaborazione della legge penale.

Ciò premesso, l'impostazione della Corte costituzionale – così fortemente riaffermata anche nella ordinanza che si commenta – può forse dare luogo a due spunti di riflessione.

In primo luogo, è ben noto che le categorie della nullità (o nullità/inesistenza), invalidità, annullabilità, inefficacia sono molto ambigue e scivolose, e talvolta nascondono ambiguità già definitorie, che ovviamente si riflettono sugli effetti della riconduzione della fattispecie ad un singolo tipo<sup>43</sup>.

Qual è la ricostruzione che la Corte costituzionale fa, nella sua recente giurisprudenza, della legge viziata per grave vizio procedurale? E quali sono gli effetti di questa ricostruzione?

Un indizio sembra provenire proprio dalla sentenza 32/2014, la quale cita come precedente la sentenza n. 361/2010, nella quale la stessa Corte – in un caso invero molto particolare – aveva discusso di “*parvenza di legge*” (si trattava di un atto con il *nomen iuris* di “legge regionale” ma adottato da un presidente di regione in qualità di commissario straordinario). La scelta di parole sembra evocare il concetto di legge (solo) *apparente*, cioè essenzialmente il fenomeno per cui “*un atto – che esiste in rerum natura – si presenta come una legge senza però esserlo, per mancanza di uno dei requisiti essenziali di questa*”<sup>44</sup>. Ed infatti la sentenza 361/2010 ha dichiarato inammissibile la questione confermando come “*una mera parvenza di legge, priva dei necessari requisiti previsti dalla costituzione per poter essere ritenuta atto legislativo [è] insuscettibile fin dalla sua origine di determinare effetti di alcun genere*”<sup>45</sup>, anche sulla falsariga di un risalente ma noto precedente (l'unico altro in cui si parla di “parvenza” di legge) nel quale la Corte aveva “rimproverato” il giudice *a quo* di avere sollevato la questione di costituzionalità su una legge postulandone l'inesistenza per carenza di requisiti essenziali<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, 199 ss., dopo avere ricostruito il pensiero dei massimi studiosi che si sono misurati con tali concetti, deve ammettere che “*nell'uso effettivo del sintagma [nullità della legge] si sono registrati i seguenti significati: legge invalida tout court, legge inesistente (talora nel senso d'inesistente de facto, talora nel senso di inesistente de iure), legge apparente, legge inefficace ab origine, legge irriconoscibile (talora nel senso di irrilevante giuridicamente, talora nel senso di non riconoscibile empiricamente), legge imperfetta (o incompleta), legge viziata in maniera grave ed evidente, legge everstiva o anticostituzionale, legge insensata o dal contenuto irrazionale (ovvero incomprensibile o impossibile)*”.

<sup>44</sup> M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984, 126 ss.

<sup>45</sup> Da tale passaggio G. D'ALESSANDRO, *La Corte costituzionale e le “mere parvenze di legge”: una prima lettura della sent. n. 361 del 2010*, in *Giustamm.it*, n. 12/2010 desume il superamento, da parte della Corte, del paradigma (imputabile, fra gli altri, alla riflessione di Mortati) secondo il quale il sindacato di costituzionalità assorbirebbe il sindacato formale sull'esistenza della legge.

<sup>46</sup> Si tratta della nota sentenza n. 152/1982 (relatore Livio Paladin), in cui la Corte afferma che “*è contraddittorio che i giudici a quibus assumano la radicale inesistenza della legge in questione ed al tempo stesso si rivolgano alla Corte, perché essa ne dichiari l'illegittimità costituzionale e ne faccia ces-*

La più recente giurisprudenza, però, sembra solo in parte allineabile a questi precedenti giurisprudenziali. I vizi dell'eccesso di delega e della disomogeneità degli emendamenti alla legge di conversione, infatti, sono vizi di tipo procedurale che (i) ovviamente necessitano di un accertamento non sempre semplice ed automatico: si pensi all'apparato motivazionale che è stato necessario nella sentenza n. 32/2014 per raccogliere gli "indici" di disomogeneità degli emendamenti rispetto al decreto legge; in altre parole non si tratta di un confronto immediato *type/token* e soprattutto (ii) secondo la Corte portano alla dichiarazione di illegittimità costituzionale ed al ripristino della normativa previgente.

La soluzione coincide con quella proposta a suo tempo – fra gli altri – da Massimo Luciani, tranne che per le conclusioni: l'Autore partiva dal presupposto che la divergenza apparenza/realtà si basasse necessariamente su un *dubbio*, su una *incertezza* assimilabili a quelli sulla base dei quali ordinariamente il giudice *a quo* investe la Corte delle questioni di legittimità costituzionale (e ciò avrebbe reso necessario – anche per ragioni di economia e di certezza del diritto – l'intervento della Corte), ma che ciò non potesse mutare la *natura* della legge; se essa era effettivamente solo apparente, la Corte non avrebbe potuto giudicarla invalida ma avrebbe dovuto adottare una pronuncia processuale che ne attestasse appunto il regime di legge solo apparente e quindi necessariamente improduttiva degli effetti tipici<sup>47</sup> (confidando evidentemente nella capacità di *suasion* della motivazione della pronuncia stessa, che non avrebbe potuto avere efficacia *erga omnes*<sup>48</sup>). La recente giurisprudenza della Corte, invece, preferisce procedere alla dichiarazione di incostituzionalità, considerando la legge gravemente viziata di fatto come solo apparente e *tamquam non esset* (tant'è che all'accertamento del relativo regime consegue la riespansione della normativa pregressa eventualmente abrogata o modificata), ma al tempo stesso considerandola come un oggetto di giudizio di costituzionalità e di pronuncia di merito.

Come si è avuto modo di segnalare in altra sede<sup>49</sup>, questa impostazione – che forse non va esente da considerazioni "di sistema" della Corte come giudice di "pulizia" dell'ordinamento da norme "estruse" in virtù della loro difformità a modelli tipici – ha dato luogo a talune perplessità, relative ad esempio al ricorso alla categoria della carenza (non eccesso) di potere, al ripristino

*sare l'efficacia*", giacché se è vera l'ipotesi della inesistenza, mancherebbe anche un legittimo oggetto del giudizio ex art. 136 Cost. per la Corte.

<sup>47</sup> M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, cit., 130 ss.

<sup>48</sup> P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale*, cit., 131.

<sup>49</sup> P. MILAZZO, *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2017.



- sostanzialmente “imposto” ai giudici comuni - della disciplina precedente, mai validamente sostituita dall’atto viziato, alla nozione di radicale nullità e carenza della *vis abrogans* della legge viziata, sposata dalla sentenza n. 32/2014, che può dare luogo ad aporie ed anche a problemi applicativi<sup>50</sup>; si pensi, solo per fare un esempio (ma non di poco momento, specie in campo penale), all’ipotesi in cui, per il meccanismo dell’incidentalità, la dichiarazione che la legge è *tamquam non esset* (perché, per esempio, affetta da vizio di disomogeneità degli emendamenti al decreto legge in sede di conversione) intervenisse molto tempo dopo la pubblicazione della legge stessa, e dopo un numero *n* di applicazioni concrete: verosimilmente il mero dato della “ri-espansione” o del ripristino della normativa previgente mai effettivamente abrogata – cioè un aggancio formale ad un dato normativo precedente voluto dal legislatore - potrebbe dar luogo a problematiche operative davvero significative<sup>51</sup>.

Sotto un diverso profilo, poi, la recente giurisprudenza della Corte – che ha qualche tratto di assertività che non ne facilita la pienissima comprensione – pone il problema di capire quanto “grave” debba essere un vizio perché la legge da esso affetta subisca il destino severo che è stato riservato, ad esempio, alla riforma della legge sugli stupefacenti del 2006.

Abbiamo visto che senz’altro questa gravità ricorre quando l’atto sia stato adottato da un organo privo di tale potere (sent. 361/2010), quando il decreto legislativo sia stato adottato in carenza/eccesso di delega (sent. 5/2014), e quando la disposizione impugnata derivi dalla inserzione nella legge di conversione di emendamenti parlamentari disomogenei rispetto al decreto convertendo (set. 32/2014). Ma qual è il confine? Se la Corte sottolinea che il *ticket* di reazione dell’ordinamento “dichiarazione di incostituzionalità/ripristino della normativa previgente mai veramente abrogata” vale solo in caso di “grave” “radicale” vizio procedurale, e tenendo anche conto della giurisprudenza costituzionale sugli *interna corporis*, esistono vizi procedurali non così gravi<sup>52</sup> (e quindi tali da impedire l’attivazione delle due reazioni dell’ordinamento, o anche di parti di esse), posto che peraltro non esiste una categorizzazione dei

<sup>50</sup> D. NOCILLA, “Inesistenza” della legge di conversione?, in *Giur. cost.*, 2014, 715 ss.

<sup>51</sup> Infatti M. GAMBARDILLA, *Incostituzionalità per vizio procedurale*, cit., 507, pur condividendo le scelte della Corte nella sent. 32/2014, lamenta la incongruità del richiamo *tout court* alla legge previgente non abrogata, che potrebbe non corrispondere appieno alle scelte di politica criminale. Nella ricostruzione dell’Autore, la pronuncia di incostituzionalità dovrebbe quindi sostanzialmente preludere ad un nuovo intervento – stavolta proceduralmente corretto, e nel rispetto del contenuto sostanziale della riserva di legge – da parte del legislatore.

<sup>52</sup> In effetti, G. D’ALESSANDRO, *La nullità della legge*, cit., 221, ritiene che di vizio non possa parlarsi per le leggi nulle/(inesistenti (proprio perché non sono leggi) e che quindi non possa nemmeno ragionarsi in termini di gravità o di evidenza del vizio.

vizi di costituzionalità, i quali rispondono ad una esigenza identica ed unitaria?

La questione non è ovviamente chiarita in una giurisprudenza che è ancora largamente *in progress*, ma un esempio recente sembra poter aiutare a delimitare il campo. Con la nota sent. n. 251/2016 sulla cd. Legge Madia di riforma della pubblica amministrazione<sup>53</sup>, infatti, a fronte di un evidente vizio procedurale dei decreti legislativi (adottati avendo acquisito solo il parere, e non l'intesa in Conferenza, che secondo la Corte avrebbe dovuto essere prevista fin dalla legge delega), i decreti stessi – anziché essere considerati *tamquam non essent* – sono stati espressamente mantenuti fermi nella loro vigenza ed efficacia da parte della Corte, che quindi ne ha attestato la piena idoneità ad innovare l'ordinamento ed a produrre gli effetti abrogativi/modificativi (che essi effettivamente hanno prodotto, ed in quantità oltremodo significativa).

In questo contesto<sup>54</sup> non è particolarmente chiaro perché un decreto delegato adottato in eccesso di delega dovrebbe essere ricondotto alla legge “apparente” o inesistente (e non produrre addirittura nessun effetto valido), mentre un decreto delegato adottato sulla base di un procedimento dichiarato incostituzionale dalla Corte per violazione del principio di leale collaborazione dovrebbe essere fatto salvo, operare fino alla (eventuale) impugnazione, ed in quella sede sperare di poter superare il vaglio di costituzionalità ugualmente. Peraltro, anche il problema della errata selezione del modulo collaborativo corretto non sembra estranea al perimetro delle correlazioni fra fonti, procedura di produzione e forma di stato, così come postulato dalla Corte nelle varie sentenze sul vizio procedurale sopra citate.

In ogni caso, nella sentenza n. 251/2016 la Corte sembra avere segnato una sorte di confine di applicazione della propria giurisprudenza più severa sul vizio procedimentale – senza peraltro dirlo espressamente. Ma, come è evidente, si tratta di un confine estremamente labile e scivoloso, con il quale la Corte dovrà verosimilmente misurarsi di nuovo, anche per evitare che – a

<sup>53</sup> Sulla quale la letteratura è veramente vasta. Limitandosi agli interventi più recenti, e rinviando per l'ulteriore bibliografia a P. MILAZZO, *Illegittimità della legge delega*, cit., 2, nota 1, cfr. E. FDRONTONI, *Leale collaborazione, delegazione legislativa e modulazione degli effetti delle decisioni di illegittimità costituzionale: la Corte di fronte alla perdurante assenza di una seconda camera delle regioni*, in *Nomos*, 2/2017, G. D'AMICO, *Il seguito della sen. N. 251/2016 della Corte costituzionale fra “suggerimenti”, “correzioni” e nuove impugnative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 287 ss., G. MARCHETTI, *Le diverse declinazioni del principio di leale collaborazione nella delegazione legislativa elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (alla luce della sent. n. 251 del 2016)*, in *Rivista AIC*, 31 maggio 2017.

<sup>54</sup> Nel caso deciso dalla sentenza n. 251/2016 il vizio procedurale dei decreti delegati, al momento della loro adozione, non si era prodotto ancora non era stato pronunciato dalla Corte con riferimento alla legge delega.

fronte di una esigenza complessiva di tutela del sistema delle fonti e dei meccanismi di produzione della legge – si producano un risultato di incertezza del diritto e gravi problemi operativi.