

La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle “norme penali 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. (*Osservazioni minime a margine di Corte cost. n. 5 del 2014*).

di **Andrea Lollo** - Dottore di ricerca in “Giustizia costituzionale e diritti fondamentali” presso l’Università di Pisa

SOMMARIO: 1. Una breve ricostruzione della vicenda – 2. La sindacabilità delle “norme penali più favorevoli” fra riserva di legge in materia penale e limiti della giustizia costituzionale – 3. La motivazione della Corte e l’adozione di un paradigma sostanziale – 4. Minime conclusioni: provando ad immaginare le implicazioni della sentenza n. 5 del 2014.

1. Una breve ricostruzione della vicenda

La sentenza che si annota aggiunge un tassello fondamentale al già ricco filone giurisprudenziale sui rapporti tra diritto penale e sindacato di legittimità costituzionale¹, con particolare riguardo ai limiti alla sindacabilità delle “norme penali più favorevoli”².

Precisando *in limine* che è (solo) con riguardo a tale questione che s’intende qui concentrare l’attenzione – rimanendo *a latere* gli altri aspetti pure interessati dalla decisa e che, forse, avrebbero meritato un più ampio livello di approfondimento (fra tutti il tema della qualità della normazione e, nella specie, il grado di funzionamento di tecniche a ciò volte, come il c.d. “taglia leggi”) –, occorre rilevare come la sentenza n. 5 del 2014 sciolga, per chi scrive in modo assolutamente condivisibile,

¹ Sul tema dei rapporti tra diritto penale e giustizia costituzionale cfr., per tutti, AA. VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, a cura di E. D’Orlando e L. Montanari, Torino 2009.

² Sulla sentenza annotata cfr., inoltre, i commenti di M. SCOLETTA, [La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale](#), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014; F. PACINI, [Abrogatio non petita, accusatio manifesta: la Corte costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n. 43 del 1948](#), in *Federalismi.it*, 2014.

alcuni complicati nodi rimasti ancora sottotraccia nella giurisprudenza costituzionale pregressa. Per converso, altre questioni, che probabilmente avrebbero meritato un più ampio livello di approfondimento, vengono solo sfiorate.

Ai fini di un corretto inquadramento delle problematiche interessate, giova mettere a fuoco preliminarmente i termini della questione sollevata, che scaturisce da un giudizio penale nei confronti di numerosi imputati, avente ad oggetto l'arcinota questione delle "Camicie verdi".

Al termine di uno spasmodico susseguirsi di interventi normativi, con l'art. 2268, comma 1, numero 297, del decreto legislativo n. 66/2010 (recante il "Codice dell'ordinamento militare"), il Governo aveva abrogato il decreto legislativo n. 43 del 1948, recante il divieto di associazioni di carattere militare che perseguono, anche indirettamente, scopi politici; disposizione, questa, costituzionalmente necessaria, poiché direttamente attuativa dell'art. 18, comma 2, Cost., nella parte in cui vieta, per l'appunto, le "associazioni paramilitari".

Il predetto intervento abrogativo era stato realizzato dal Governo avvalendosi della delega concessa dal Parlamento con l'art. 14, comma 14, della legge n. 246 del 2005, mediante la quale era stata conferita la delega ad adottare, con le modalità di cui all'art. 20 della legge n. 59 del 1997, recante "decreti legislativi che individuano le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali si ritiene indispensabile la permanenza in vigore", stabilendo, al successivo comma 14-ter, che, "decorso un anno dalla scadenza del termine di cui al comma 14, ovvero del maggior termine previsto dall'ultimo periodo del comma 22, tutte le disposizioni legislative statali non comprese nei decreti legislativi di cui al comma 14, anche se modificate con provvedimenti successivi, sono abrogate".

Come evidenzia la Corte, l'esercizio della delega per l'individuazione delle norme da mantenere in vigore sarebbe dovuto avvenire entro il 16 dicembre 2009, con la conseguenza che la delega medesima era ormai scaduta³.

Con il (precedente) decreto legislativo n. 179 del 2009, tuttavia, il Governo aveva già esercitato la delega, ricomprendendo nell'elenco delle disposizioni da mantenere in vigore anche il decreto legislativo n. 43 del 1948, poi abrogato dall'art. 2268 del codice militare.

Solo in un momento successivo, l'art. 1 del decreto legislativo n. 213 del 2010 aveva confermato l'effetto abrogativo già disposto dall'art. 2268 del codice militare.

Da qui le censure dei giudici *a quibus* relative all'art. 1 del decreto legislativo n. 213 del 2010 e, conseguenzialmente, della soprarichiamata disposizione del codice militare per violazione degli artt. 76, 18, 25 e 3 Cost. Solo in subordine veniva censurato, in riferimento all'art. 76 Cost., l'art. 14, commi 14 e 18, della legge n. 246 del 2005 ("Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005"), stante la genericità dei principi e dei criteri direttivi e per la mancata indicazione di oggetti definiti.

Ad avviso dei giudici rimettenti, le disposizioni impugnate in via principale avrebbero violato l'art. 76 Cost., poiché "l'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010 [...] è stato adottato in assenza di una delega che autorizzasse il Governo ad abrogare leggi o provvedimenti già sottratti, ad opera del d.lgs. n. 179 del 2009, all'effetto abrogativo previsto dal comma 14-ter dell'art. 14 della legge n. 246 del 2005". Ed, inoltre, "il termine per l'esercizio della delega di cui al comma 14 dell'art. 14

³ Cfr. punto 1 del Cons. in dir.

della legge n. 246 del 2005 [...] era scaduto nel dicembre 2009, ossia prima dell'adozione del decreto delegato"⁴.

Ed ancora, "il potere esercitato dal Governo con la norma censurata non sarebbe potuto «discendere» neanche dal comma 18 del medesimo art. 14 della legge n. 246 del 2005, in quanto la delega da esso conferita non autorizzava ad intervenire nuovamente sulla scelta già operata nell'individuazione delle norme delle quali era indispensabile la permanenza in vigore e da sottrarre all'effetto abrogativo, ma avrebbe consentito solo interventi integrativi, di riassetto o correttivi rispetto alle norme mantenute in vigore"⁵.

Con particolare riguardo alla decisione di abrogare il decreto legislativo n. 43 del 1948, ad avviso dei giudici rimettenti, questo "non rientrerebbe nella materia dell'ordinamento militare oggetto del decreto delegato e, comunque, non sarebbe stato obsoleto, in quanto espressione del divieto costituzionale di associazioni che perseguono scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare (art. 18 Cost.)"⁶.

Per ciò che concerne la violazione dell'art. 18 Cost., osservano i giudici *a quibus* che le disposizioni impugnate sarebbero illegittime in quanto "l'abrogazione della norma, che costituisce la concreta attuazione del divieto costituzionale di associazioni che perseguono scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare, fa sì che la condotta, pur vietata dalla Costituzione, diventi «lecita per l'ordinamento penale, non essendo sanzionata da altre norme penali»"⁷.

Sarebbero, inoltre, conferenti gli artt. 25, comma 2, Cost., posto che "la carenza assoluta del potere abrogativo in capo al Governo determinerebbe la violazione del principio della riserva di legge in materia penale"⁸ e 3 Cost., "in quanto il legislatore delegato ha operato scelte «che non sono supportate e giustificate da nessuna ragione creando una disparità di trattamento»"⁹.

A quest'ultimo proposito, occorre anche ricordare come il legislatore delegato avesse nuovamente, e in prossimità delle ordinanze di rimessione, ripristinato il reato in questione già abrogato mediante il decreto legislativo n. 20 del 2012. Il che aveva, in un primo momento, fatto sì che la Corte restituisse gli atti ai giudici *a quibus* per un più puntuale riscontro sulla rilevanza della questione.

2. La sindacabilità delle "norme penali più favorevoli" fra riserva di legge in materia penale e limiti della giustizia costituzionale.

La ricostruzione della vicenda interessata lascia trasparire qualche dubbio in ordine alla razionalità degli interventi approvati dal Governo. E, tuttavia, di là dai profili sostanziali implicati, il punto nevralgico della questione concerneva, preliminarmente, la *vexata quaestio* della sindacabilità dell'intervento abrogativo, segnatamente alla luce di un consolidato orientamento del giudice delle leggi, che sottrae, con alcune eccezioni, al sindacato di costituzionalità le scelte *in mitius* del legislatore penale, stante l'effetto *in malam partem* che potrebbe seguire, per l'imputato, alla decisione ablativa della Corte.

⁴ Punto 1 del Cons. in dir.

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Ibidem.*

⁹ Punto 2 del Cons. in dir.

Come si è cercato di mettere in luce altrove¹⁰, la distinzione tra *fatti concomitanti* e *fatti pregressi*, con particolare riguardo al *tempus commissi delicti*, consente, tuttavia, di neutralizzare il pericolo di un *vulnus* al divieto costituzionale della irretroattività della norma penale sfavorevole.

Nel caso di fatti *pregressi* – cioè di reato consumato prima dell’entrata in vigore della disposizione più favorevole –, l’applicazione al giudizio principale della disposizione meno favorevole (che rivive a seguito della decisione di incostituzionalità della Corte) non può violare il principio di irretroattività della legge penale. A venire in rilievo è, semmai, quello più “debole”¹¹ della retroattività della *lex mitior*, che ha un fondamento nell’art. 2 del codice penale e al quale la Corte ha, solo da ultimo, trovato un aggancio normativo nell’art. 3 Cost.¹².

Allorché si tratti di fatti *concomitanti* – cioè di reato consumato dopo l’entrata in vigore della disposizione più favorevole –, sarà lo stesso divieto di applicazione retroattiva (più sfavorevole) della legge penale a proteggere l’imputato da una condanna, che troverebbe fondamento sulla disposizione meno favorevole ritornata in vita.

Sul problema della rilevanza delle “norme penali più favorevoli” si tornerà a breve. Occorre ora soffermarsi sulla distinzione, coniata in passato dalla Corte, tra “norme penali di favore” e “norme penali più favorevoli”, per focalizzare l’attenzione sul punto dirimente la questione sollevata.

Chiarisce preliminarmente la stessa Corte costituzionale, richiamando una pregressa giurisprudenza, come alla sindacabilità delle disposizioni che abrogano precedenti fattispecie incriminatrici si frapponga un’autentica barriera processuale che ruota attorno alla dicotomia “norme penali di favore” in senso stretto e “norme penali più favorevoli”¹³.

Mentre le prime sono considerate sindacabili, le seconde sono (*rectius*, erano) ad oggi sottratte al sindacato di costituzionalità, stante il limite della riserva di legge in materia penale, di cui all’art. 25, comma 2, Cost., che si traduce nel principio della discrezionalità assoluta del Parlamento.

¹⁰ Sia consentito rinviare qui ad A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d’ombra della giustizia costituzionale*, in www.federalismi.it, fascicolo n. 13/2009 (29 GIUGNO 2009), 1 ss.;

¹¹ I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali* in bonam partem: *due decisioni dall’impostazione divergente*, in www.forumcostituzionale.it;

¹² Nella sentenza n. 394 del 2006, la Corte osserva come il principio di retroattività della *lex mitior* si fonda su una concezione “oggettivistica” del diritto penale, apparendo incongrua una determinata risposta punitiva dello Stato rispetto ad un fatto che il legislatore non considera più reato, ovvero che punisce con una sanzione più lieve. Esso, dunque, trova copertura costituzionale nel principio d’eguaglianza, e cioè nell’art. 3 Cost.

Tuttavia, come rilevato dalla stessa Corte, non è esclusa la possibilità di apportarvi delle deroghe, qualora queste siano giustificate dal fatto che la norma sopravvenuta più favorevole risulti costituzionalmente illegittima, da un punto di vista formale, a causa dell’irregolarità del procedimento legislativo che l’ha introdotta, ovvero, sul piano sostanziale, dei valori espressi dalle norme costituzionali.

Sulla sentenza n. 394 del 2006 cfr., almeno, V. MANES, *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali. Nota a Corte cost. n. 394/2006*, in www.forumcostituzionale.it; A. RIDOLFI, *Intervento della Corte costituzionale in materia di reati elettorali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (12 novembre 2006); G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. cost.*, 2006, 4160 ss.; G. DE MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, 4170 ss. .

¹³ Cfr., sul punto, per tutti, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, cit., 4161; M. D’AMICO-F. BIONDI, *Art. 134, I comma*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Milano 2006, 2575.

Il *locus classicus* di tale *nuance* è la sentenza n. 394 del 2006, in cui viene scolpita una simile distinzione: le “norme penali di favore” sono quelle disposizioni caratterizzate da un rapporto di “*specialità sincronica*” con disposizioni più generali, stante la *compresenza* nell’ordinamento¹⁴. Esse sono sindacabili dalla Corte, poiché l’effetto *in malam partem* conseguente all’intervento demolitorio della sentenza di accoglimento non discenderebbe “dall’introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte”, la quale si limiterebbe a “rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali”¹⁵, rappresentando, tale effetto, una conseguenza dell’automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria.

In altri termini, un simile effetto rappresenta una reazione naturale dell’ordinamento, conseguente alla declaratoria di incostituzionalità.

Le “norme penali più favorevoli”, viceversa, integrando un rapporto di “*specialità diacronica*” all’interno dell’ordinamento, aventesi tra una norma abrogata ed una abrogatrice, sono sottratte al giudizio di legittimità costituzionale, posto che l’intervento ablatorio della sentenza produrrebbe l’effetto di far rivivere la precedente disposizione abrogata, espressione di una scelta di incriminazione non più attuale¹⁶.

La qual cosa costituisce – sempre per questa giurisprudenza – un’illegittima invasione del monopolio del legislatore in materia penale¹⁷.

Accantonando qui il complesso problema della reviviscenza delle leggi (effetto che la Corte ha notoriamente escluso nei giudizi di ammissibilità del referendum abrogativo), che si dà per scontato alla luce del soprarichiamato filone giurisprudenziale, occorre evidenziare come i giudici *a quibus* fossero del tutto consapevoli del pericolo di una decisione di inammissibilità, in quanto la questione sollevata aveva ad oggetto proprio una “norma penale più favorevole”.

Da qui le puntuali argomentazioni in ordine all’esigenza di un *revirement* giurisprudenziale. Ad avviso dei giudici rimettenti, infatti, nel caso in esame, proprio le ragioni che sorreggono il principio della riserva di legge giustificano una sentenza di accoglimento, posto che “le norme impugnate sarebbero state adottate dal Governo in mancanza della necessaria delega e quindi sarebbero state introdotte nell’ordinamento in violazione della riserva di legge”¹⁸.

La questione della sindacabilità delle “norme penali più favorevoli” e, di converso, dei limiti alle zone d’ombra della giustizia costituzionale ha, del resto, interessato, ormai da tempo, la dottrina costituzionalistica e penalistica, dando luogo ad un vivace dibattito fra la posizione di quanti sostengono l’esigenza di un *self restraint* della Corte e quanti, al contrario, premono per un’estensione del sindacato di costituzionalità.

¹⁴ Cfr. sent. n. 324 del 2008, punto 5. del Cons. in dir.

¹⁵ Cfr. sent. n. 394 del 2006, punto 6.1. del Cons. in dir.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ A queste conclusioni è agevole giungere a seguito della lettura di alcuni passi della sentenza n. 394 del 2006, ed in particolare dal punto 6.1. in cui si legge: “(...) In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l’effetto *in malam partem* non discende dall’introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell’automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell’ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale”.

¹⁸ Punto 5.1. del Cons. in dir.

Riprendendo quanto già sostenuto altrove, si ritiene che la posizione della Corte vada, nella sua assolutezza, stemperata, se s'intendono neutralizzare i rischi di un uso sconfinato e *contra constitutionem* della discrezionalità del legislatore in materia penale¹⁹.

In altri termini, ferma restando l'esigenza di un'attenta modulazione dei limiti della giustizia costituzionale, ad avviso di chi scrive esistono parametri costituzionali in grado di imporsi al (e, quindi, di limitare il) principio della riserva di legge e ai suoi corollari, segnatamente nel caso in cui il suo esercizio sconfini in una violazione dei principi costituzionali.

S'immagini, in via (fin ad ora) del tutto ipotetica, che il legislatore penale (in tesi anche lo stesso Parlamento direttamente con una legge ordinaria) abroghi, o anche depenalizzi, una fattispecie penale di immediata derivazione costituzionale, come, ad esempio, quella di cui all'art. 608 c.p.²⁰ ("abuso di autorità contro arrestati o detenuti"), che è diretta attuazione di un obbligo espresso di incriminazione scaturente dall'art. 13, comma 4, Cost.

Un approccio sostanziale alla questione dovrebbe condurre ad una decisione di accoglimento dell'intervento abrogativo, con l'effetto di far rivivere la fattispecie delittuosa abrogata (o depenalizzata).

La questione della sindacabilità delle "norme penali più favorevoli" incrocia, pertanto, quella (ancora più complessa) degli "obblighi costituzionali di tutela penale". Argomento di cui si è tanto occupata la riflessione penalistica, giungendo a conclusioni contrapposte, non tanto con riguardo all'esistenza di obblighi costituzionali espressi (come quello di cui all'art. 13, comma 4, Cost.), quanto in ordine alla possibilità di inferire dal testo costituzionale, anche riletto alla luce dell'anima internazionalista che lo connota, autentici obblighi *impliciti* di tutela penale²¹.

Di là da simili questioni, pare evidente come, in ipotesi di tal fatta, trattandosi di scelte costituzionali dal carattere *permanente*²² – come tali sottratte alla valutazione politica del legislatore –, l'abrogazione sarebbe preclusa (non solo al Governo, ma anche) al Parlamento, con l'effetto che proprio un'eventuale sentenza di accoglimento della Corte dovrebbe costituire l'ultimo baluardo in grado di ripristinare la precedente norma illegittimamente abrogata²³.

Analoga dovrebbe essere, a parere di chi scrive, la risposta nel caso in cui, pur in assenza di obblighi costituzionali di tutela penale, ricorra un vizio procedimentale, come nel caso in esame.

Quanto appena osservato, infatti, pare del tutto coerente con l'idea di fondo che sorregge la *ratio* del principio della riserva di legge in materia penale, ossia l'esigenza di garantire la tutela della libertà personale contro gli abusi delle maggioranze di turno, riservando all'organo eletto direttamente dal popolo la decisione ultima in ordine al bilanciamento di un simile bene costituzionale.

Come ha pure avuto modo di osservare la Corte costituzionale, il procedimento di formazione della legge assolve proprio la funzione di tutela dei diritti delle minoranze e delle forze politiche dell'opposizione, ponendo queste ultime in condizione di sindacare le scelte della

¹⁹ Sia consentito ancora rinviare ad A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., 1 ss.

²⁰ Cfr. G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, cit., 4160 ss. e, se si vuole, A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit. 1 ss.

²¹ Sul punto cfr., per tutti e da ultimo, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009.

²² G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, cit., 4166.

²³ *Ibidem*.

maggioranza²⁴ e consentendo al corpo elettorale di innescare gli strumenti sanzionatori della responsabilità politica (pur dovendosi prendere atto di un evidente inceppamento dei meccanismi di tale responsabilità)²⁵.

È anche per questa ragione che, come si avrà modo di osservare a breve, sarebbe stato forse più opportuno se la Corte, contrariamente all'orientamento poi prevalso, avesse letto la riserva di legge in argomento come riserva in senso formale, escludendo dal novero delle fonti penali gli atti aventi forza di legge.

Ma questa è un'altra questione.

Ciò che si intende ora sostenere è che il valore fondamentale procedurale che si pone a fondamento della riserva di legge in materia penale dovrebbe consigliare un intervento del giudice delle leggi nei casi di violazione delle norme procedurali, posto che, in una simile ipotesi, esso verrebbe conculcato nella sua stessa essenza.

Tornando per un momento al problema degli obblighi di tutela penale, la dottrina penalistica maggioritaria (poiché di essi si è scarsamente occupata quella costituzionalistica) esclude che si possano desumere dalla Carta degli *obblighi impliciti di incriminazione*.

Si è, infatti, sostenuto, già in sede di commento alla giurisprudenza costituzionale sul divieto di additive in *malam partem*, come le pronunce di inammissibilità in materia penale costituiscano il "risvolto processuale dell'inesistenza di obblighi di tutela penale"²⁶.

Ora, posto che, quand'anche si desse per scontata l'inesistenza di simili obblighi, l'intervento della Corte sarebbe necessario nei casi di abrogazioni totali, aventi l'effetto di rendere leciti i comportamenti vietati dalla Costituzione (ipotesi che ricorreva proprio nel caso qui in esame), ad avviso di chi scrive, occorre forse più da vicino analizzare gli esiti dei bilanciamenti cui il principio della riserva di legge può andare incontro, poiché – si ritiene – anch'esso deve essere bilanciato alla stregua di quanto accade per gli altri principi costituzionali.

Tali vincoli potrebbero rinvenirsi con riguardo alle leggi costituzionalmente necessarie, la cui abrogazione dovrebbe ritenersi preclusa non al solo legislatore ordinario, bensì anche al corpo elettorale mediante lo strumento referendario. L'abrogazione totale di una disposizione costituzionalmente necessaria, che rendesse lecito ciò che è dalla Costituzione vietato, non potrebbe, infatti, che essere sindacata dalla Corte con una sentenza di accoglimento totale.

Non va escluso, poi, che nel bilanciamento in concreto la Corte possa decidere di attenuare la portata della riserva in esame, a fronte di altri principi costituzionali in grado di imporsi²⁷, quale potrebbe essere il principio d'eguaglianza in senso forte o, per venire alla questione in esame, proprio la norma che vieta le "associazioni paramilitari", apparendo questa essenziale per assicurare la democraticità della partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica²⁸.

²⁴ Cfr. Corte cost. sent. n. 487/1989, punto 3 del cons. in dir.; in dottrina, sul punto, cfr. per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, vol. XIX, Torino 1973, 39 ss.

²⁵ Sul punto, per tutti, cfr., da ultimo, L. VENTURA, *Rigore costituzionale ed etica repubblicana. Distorsione dei principi costituzionali in tema di democrazia e forma di governo*, in www.forumcostituzionale.it, 2013; ID., *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in AA. VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari 2012, 569 ss.

²⁶ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.; M. D'AMICO, *Art. 25*, cit., 542.

²⁷ Sia consentito rinviare, a questo proposito, a quanto già sostenuto in A. LOLLO, *La riserva di legge in materia penale alla prova del bilanciamento. In occasione della questione di legittimità costituzionale sull'art. 2268 del codice militare*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2011, 1 ss.;

²⁸ Come autorevolmente affermato, il divieto in esame "corrisponde all'intento di evitare che la lotta politica si giochi, anziché della pacifica discussione, dell'uso dei mezzi violenti così da determinare un'atmosfera di intimidazione

In tutti questi casi, in definitiva, la reviviscenza della disposizione abrogata, quale effetto di un intervento demolitorio della Corte, dovrebbe costituire una via obbligata per salvaguardare la primazia dei principi costituzionali.

3. *La motivazione della Corte e l'adozione di un paradigma sostanziale.*

Cercando di razionalizzare la giurisprudenza costituzionale pregressa alla luce della chiave di lettura che si è qui adottata, un primo segnale in ordine ad un cambiamento di rotta si poteva già cogliere nella sentenza n. 28 del 2010, non a caso qui richiamata dalla Corte come precedente autorevole.

In quell'occasione, il giudice delle leggi aveva bilanciato il principio della riserva di legge in materia penale con quello della *primauté* del diritto dell'Unione europea e aveva, per l'effetto, annullato proprio una "norma penale più favorevole"²⁹, nella parte in cui introduceva sì un trattamento penale *in mitius*, ma in violazione di una direttiva comunitaria.

La sentenza che si annota costituisce, pertanto, anche alla luce di quel precedente, un fondamentale snodo nella giurisprudenza sulla sindacabilità delle "norme penali più favorevoli", poiché il giudice delle leggi decide, ancora una volta, di sposare un paradigma "sostanziale" e di accogliere la questione sollevata.

Il primo ostacolo che si frapponeva all'accoglimento concerneva il noto problema della rilevanza della questione; ostacolo che, invero, è agevolmente superato sulla scia di un (ormai) tradizionale orientamento, che considera rilevanti le questioni aventi ad oggetto "norme penali di favore", stante l'*influenza* (seppure minima) prodotta sul giudizio *a quo*.

Già dalla sentenza n. 148 del 1983, la Corte ha, infatti, affrontato e superato con un artificio tecnico il problema, attenuando in modo ragguardevole le zone franche della giustizia costituzionale³⁰.

e di paura": C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1163; in argomento cfr. anche, tra gli altri, S. BARTOLE, *Problemi costituzionali della libertà di associazione*, Milano 1970, 1 ss.; C. MORTATI, *Legittimità ed opportunità della legge sulle paramilitari*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano 1972, 31 ss.; P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 1973, 744 ss.; A. PACE, *Commento all'art. 18*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna 1977, 220 ss.; L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano 1984, 114 ss.; G. DE FRANCESCO, *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, in *Dig. Disc. pen.*, I, Torino 1987, 317 ss.; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano 1987, 4 ss.; U. DE SIERVO, *La libertà di associazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XII. *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padova 1990, 186 ss.; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano 1991, 183 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2004, 384; F. RIGANO, *Art. 18 Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Milano 2006, 414; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed. interamente riveduta ed aggiornata da G. Silvestri, Milano 2010, 561; V. PUPO, *L'abrogazione del reato del decreto legislativo che vieta le associazioni di carattere militare*, in *Consulta on line*, 5 ss.

²⁹ La Corte, in particolare, ha annullato l'art. 183, comma 1, lettera n), quarto periodo, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, («Norme in materia ambientale»), per contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui la norma prevedeva che le ceneri di pirite fossero sempre e comunque da qualificarsi "sottoprodotti". Da qui la violazione della normativa comunitaria – nella specie della direttiva n. 75/442/CEE –, che richiedeva, invece, un accertamento in concreto della categoria di rifiuto.

³⁰ In senso critico rispetto alla sentenza n. 148 del 1983, cfr. C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 63 ss., il quale ritiene una soluzione non convincente quella della Corte costituzionale, poiché l'incidenza retroattiva sulla forma assoluta e sulla motivazione comporterebbe, in realtà, una violazione dell'art. 25 Cost.; F. MODUGNO-A.S. AGRÒ (a

Questa ha, *illo tempore*, distinto tra gli effetti *materiali* e gli effetti *giuridici* della pronuncia di illegittimità costituzionale³¹, osservando come esista un'*influenza* (seppure) minima sul giudizio principale³², derivante dall'incidenza sull'*iter* argomentativo della decisione del giudice *a quo*³³.

In uno snodo della sentenza che qui si annota v'è un affresco di tale giurisprudenza, nella parte in cui si può leggere come le questioni incidentali di legittimità siano ammissibili "quando la norma impugnata è applicabile nel processo d'origine e, quindi, la decisione della Corte è idonea a determinare effetti nel processo stesso; mentre è totalmente ininfluenza sull'ammissibilità della questione il "senso" degli ipotetici effetti che potrebbero derivare per le parti in causa da una pronuncia sulla costituzionalità della legge"³⁴.

La conseguenza è che compete "ai giudici rimettenti valutare le conseguenze applicative che potranno derivare da una eventuale pronuncia di accoglimento, mentre deve escludersi che vi siano ostacoli all'ammissibilità delle proposte questioni di legittimità costituzionale"³⁵.

Si tratta di un passaggio in larga parte condivisibile, in quanto, se, da un lato, pare riconoscere al giudice *a quo* una evidente centralità in ordine alla modulazione degli effetti sul giudizio principale della decisione di accoglimento, dall'altro, produce l'effetto di alleggerire in qualche modo il peso della responsabilità della decisione gravante sulla Corte.

cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1991, 94 ss.; F. FELICETTI, *Frodi comunitarie: norme penali di favore, rilevanza della questione nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale e «principio di legalità»*, in *Cass. pen.*, 1994, 2878 ss. L'A. osserva che la tesi sostenuta dalla Corte in quella occasione sia di dubbia costituzionalità, in riferimento all'art. 25 Cost. Inoltre, in tale contesto, si instaurerebbe un processo penale «ingiusto», diretto non alla repressione dei reati, bensì all'unico scopo di mettere in moto, con una finta incidentalità, il processo dinanzi alla Corte costituzionale; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003, 131 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. Art. 1-84*, Milano 2004, 77 ss.; A. BONOMI, *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una «differenziazione ingiustificata» da parte della Corte costituzionale?*, in AA. VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino 2007, 150, nota 24. L'A. afferma che la «difficile giurisprudenza» della Corte costituzionale sulle norme penali di favore è probabilmente dovuta alla circostanza che essa non dispone di quel «potere di manovra» degli effetti temporali delle pronunce di cui sono invece dotate altre Corti costituzionali, quali per esempio, quella austriaca; sul punto cfr. V. ONIDA, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989, 186 ss.

³¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 201.

³² Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 212 ss.

³³ Come si legge in tale pronuncia, ribadita la assoluta intangibilità del principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost., la Corte ha riconosciuto che l'eventuale accoglimento delle questioni di costituzionalità sollevate su questa categoria di norme verrebbe comunque ad incidere sul processo *a quo*, per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, perché l'eventuale accoglimento della questione di costituzionalità inciderebbe sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, sulla sua *ratio decidendi*, oltre che sulle formule di proscioglimento o, quanto meno sui dispositivi, i quali dovrebbero fondarsi non sulla sola disposizione annullata, ma sull'art. 2, comma 1, c.p., oltre che sull'art. 25, comma II, Cost.

In secondo luogo, poiché, essendo anche le norme penali di favore parte del sistema, lo stabilire in quali modi l'ordinamento potrebbe reagire ad una sentenza di illegittimità costituzionale, è questione inerente all'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che non spetta alla Corte costituzionale, ma che i singoli giudici devono affrontare caso per caso, nell'ambito delle rispettive competenze.

In terzo luogo, in quanto non può escludersi *a priori* che il giudizio di costituzionalità avente ad oggetto una norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione), o con una pronuncia correttiva delle premesse esegetiche su cui si fondava l'ordinanza di rimessione.

³⁴ Punto 5.2. del Cons. in dir., con il richiamo alle sentt. n. 98 del 1997 e n. 294 del 2001.

³⁵ *Ibidem*.

Sia, tuttavia, consentito rilevare come il passaggio non risulti ineccepibile da un punto di vista tecnico, nella parte in cui distingue tra gli effetti sul giudizio principale e il senso degli *ipotetici effetti*, trattandosi di una *nuance* fino ad ora (ma con qualche eccezione) estranea all'idea della rilevanza.

Come è stato osservato, è possibile intendere la rilevanza in una duplice accezione: come *influenza* della decisione della Corte sul giudizio *a quo* o come *applicabilità* della norma costituzionalmente dubbia al processo principale³⁶. Pertanto, la questione in esame sarebbe stata rilevante, aderendo alla tesi dell'*influenza* della decisione sul giudizio principale.

Giova, d'altro canto, mettere a fuoco come la dicotomia “norme penali di favore” vs. “norme penali più favorevoli”, conseguente all'impostazione metodologica adottata con la sentenza n. 394 del 2006, risulti piuttosto scivolosa, se si considera che sovente può risultare assai arduo distinguere in concreto tra abrogazione e deroga, alla luce del criterio di specialità.

Non pare, inoltre, per nulla pacifico che una sentenza ablatoria di una legge di deroga salvaguardi in pieno la discrezionalità del legislatore, posto che, a stretto rigore, anche la scelta di sottrarre una determinata categoria di soggetti, o condotte, ad una norma comune potrebbe costituire il risvolto di una decisione politica relativa all'*an*, al *quid* ed al *quomodo* della punibilità.

Nel caso in esame, l'oggetto della questione verteva su una disposizione costituzionalmente necessaria, con la conseguenza che l'abrogazione censurata aveva sguarnito l'ordinamento di una sanzione direttamente prevista in Costituzione. E, pertanto, la decisione di accoglimento che ne è conseguita ha avuto l'effetto di fare rivivere il decreto legislativo abrogato, senza conculcare le ragioni che stanno a fondamento della riserva di legge in materia penale.

Stando ai precedenti giurisprudenziali, parrebbe che un simile intervento sarebbe stato, invece, precluso alla Corte qualora il legislatore si fosse limitato a depenalizzare il reato, poiché, in quel caso, la costituzione di “associazioni paramilitari” sarebbe rimasta comunque vietata, benché sanzionata (non più penalmente ma) in via amministrativa.

Su tale questione, che pareva decisiva per risolvere un problema ancora rimasto in ombra, nonché per chiarire la complessa questione degli obblighi costituzionali di tutela penale, la Corte, tuttavia, non si pronuncia, dichiarando assorbito il vizio di cui all'art. 18 Cost. e accogliendo la questione (solo) sull'art. 76 Cost., interpretato in combinato disposto con l'art. 25, comma 2, Cost.

Aderendo ad un'impostazione “sostanziale”, il giudice delle leggi osserva come il difetto di delega “comporterebbe un esercizio illegittimo da parte del Governo della funzione legislativa. L'abrogazione della fattispecie criminosa mediante un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si porrebbe, infatti, in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., che demanda in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, precludendo al Governo scelte di politica criminale autonome o contrastanti con quelle del legislatore delegante. Se si escludesse il sindacato costituzionale sugli atti legislativi adottati dal Governo anche in violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penali di alcuni fatti”³⁷.

Si tratta di uno snodo importante, poiché ripercorre il fondamento originario della riserva di legge in materia penale, con la conseguenza che “la verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene [...] strumento di garanzia del rispetto del principio della

³⁶ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 219.

³⁷ Punto 5.2. del Cons. in dir.

riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*³⁸.

Come rileva bene ancora la Corte, “si rischierebbe altrimenti [...] di creare zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, secondo comma, della stessa Costituzione”³⁹.

4. *Minime conclusioni: provando ad immaginare le implicazioni della sentenza n. 5 del 2014.*

Cercando in sintesi di mettere a fuoco i risvolti della sentenza annotata sul tema dei controlli sugli interventi abrogativi del legislatore penale, pare potersi osservare come la Corte abbia, solo apparentemente, dato luogo ad un *revirement* giurisprudenziale.

Una lettura attenta di alcuni snodi della pregressa giurisprudenza aveva, infatti, consentito di anticipare una simile soluzione⁴⁰, che, ad ogni modo, non può che essere salutata con favore, dal momento che esplicita ciò che poteva ancora essere, per l'appunto, solo inferito argomentando *e contrario*.

L'impostazione metodologica adottata, che qui ci è piaciuto definire “sostanziale”, ha esteso al caso di eccesso o difetto di delega legislativa il sindacato di legittimità costituzionale sulle “norme penali più favorevoli” (norme che prima, almeno in apparenza, erano del tutto sottratte alla giustizia costituzionale).

È lo stesso giudice delle leggi ad osservare *ex professo* che “quando, deducendo la violazione dell'art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato di questa Corte non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale”. E, infatti, “questo principio rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa”⁴¹.

Sarà, tuttavia, assai interessante continuare a monitorare gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, al fine di vagliare attentamente se, e con riguardo a quali altri vizi, il giudice delle leggi continuerà ad utilizzare un simile paradigma sostanziale.

Un più efficace controllo di costituzionalità (anche) in questa materia potrebbe, ad ogni modo, fare da contraltare alla crisi della riserva di legge in materia penale, di cui l'abuso della decretazione d'urgenza e gli eccessi della delegazione hanno costituito, soprattutto negli ultimi, i più evidenti indici sintomatici.

Ed è anche per questo che chi scrive auspica anche un ripensamento del tradizionale orientamento che include gli atti aventi forza di legge tra le fonti penali, a tutto vantaggio di una

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Sia consentito ancora rinviare ad A. LOLLO, *La riserva di legge in materia penale alla prova del bilanciamento*, cit., 1 ss.

⁴¹ Punto 5.2 del Cons. in dir.

soluzione che escluda, o quanto meno ridefinisca in maniera più rigorosa, gli spazi d'intervento del Governo in materia penale.

Restano ancora da definire, invece, altri complicati problemi rimasti in ombra, come quello della sindacabilità delle "norme penali più favorevoli" nel caso in cui si consumi un abuso della discrezionalità del Parlamento, come nel caso di obblighi di tutela penale o di abrogazione (totale) riguardante disposizioni costituzionalmente necessarie.

E, ancora, ferma la sindacabilità degli interventi governativi in violazione di una legge delega, la Corte potrà sanzionare ogni vizio procedimentale, compresi quelli relativi all'*iter* ordinario di formazione della legge?

E, infine, anche in carenza di obblighi di tutela penale, la riserva di legge in materia penale sarà bilanciabile, e a quali condizioni, con altri principi, alla stregua di quanto è accaduto (almeno così pare) con riguardo alla *primauté* del diritto dell'Unione europea alla luce della sentenza n. 28 del 2010?