

LA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE ALLA PROVA DEL BILANCIAMENTO

In occasione della questione di legittimità costituzionalità sull'art. 2268 del codice militare

SOMMARIO: 1. Il decreto legislativo n. 66/2010 e l'abrogazione del reato che punisce le associazioni di carattere militare che perseguono fini politici – 2. Le ragioni a sostegno dell'incostituzionalità: il contenuto delle ordinanze di rimessione – 3. Gli ostacoli all'accoglimento: la giurisprudenza della Corte costituzionale sulle “norme penali più favorevoli” – 4. La rilevanza della questione – 5. Limiti alle scelte di politica criminale e attitudine al bilanciamento della riserva di legge in materia penale: possibile una svolta?

1. Il decreto legislativo n. 66/2010 e l'abrogazione del reato che punisce le associazioni di carattere militare che perseguono fini politici

Con due distinte ordinanze, il Giudice per le indagini preliminari, presso il Tribunale di Treviso, e il Tribunale di Verona hanno sollevato innanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità sull'art. 2268 del decreto legislativo n. 66/2010 – recante il “Codice dell'ordinamento militare” –, nella parte in cui quest'ultimo ha abrogato l'intero decreto legislativo n. 43/1948, che vietava penalmente le associazioni paramilitari con finalità di carattere politico¹.

La questione desta particolare interesse per molteplici ragioni: fra tutte, senz'altro, quella dell'ammissibilità dei controlli sulle “norme penali più favorevoli”²; controlli che la Corte tradizionalmente esclude per evitare di violare la riserva di legge in materia penale, sancita dall'art. 25, comma 2, Cost.³.

¹ Il decreto n. 43/1948 prevedeva, in particolare, pene detentive per chi promuoveva, dirigeva o partecipava a tali associazioni. L'art. 1, comma 4, definiva associazioni di carattere militare quelle «costituite mediante l'inquadramento degli associati in corpi, reparti o nuclei, con disciplina ed ordinamento gerarchico interno analoghi a quelli militari, con l'eventuale adozione di gradi o di uniformi e con l'organizzazione atta anche all'impiego collettivo in azioni di violenza o di minaccia». L'art. 2, inoltre, vietava le associazioni e le organizzazioni dipendenti o collegate con partiti politici aventi anche indirettamente fini politiche di «dotare di uniformi e di divise i propri aderenti» (comma 1), fatta eccezione per le associazioni od organizzazioni costituite a fine sportivo e per gli istituti di carattere culturale od educativo (comma 2). In argomento, cfr., tra gli altri, S. BARTOLE, *Problemi costituzionali della libertà di associazione*, Milano 1970, 1 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.; 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 2005, 384; F. RIGANO, *Art. 18 Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Milano 2006, 414; V. PUPO, *L'abrogazione del reato del decreto legislativo che vieta le associazioni di carattere militare*, in *Consulta on line*.

² La locuzione in parola è stata conosciuta dalla dottrina per distinguere tale categoria da quella delle “norme penali di favore”: cfr. G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. cost.*, 2006, 416; M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Relazione introduttiva*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino 2005, 12 ss.; M. D'AMICO-F. BIONDI, *Art. 134, comma 1*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione*, cit., 2575.

Nella categoria delle norme penali più favorevoli rientrano tutte le norme che «delimitano l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato»: cfr. Corte cost. n. 394/2006, punto 6.1. del Cons. in dir. Inoltre, fra la disposizione abrogata e quella abrogata, si crea un rapporto di “specialità diacronica”: cfr. sent. n. 324/2008, punto 3.10. del cons. in dir., della Corte cost., con nota di M. GAMBARELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 467 ss.

I termini della questione possono essere di seguito ricostruiti in sintesi: con la legge n. 246/2005 – successivamente modificata dalla legge n. 69/2009 –, il Parlamento delega il Governo all'adozione di decreti legislativi volti all'individuazione delle «disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali si ritiene indispensabile la permanenza in vigore»; nonché, alla «semplificazione o al riassetto della materia che ne è oggetto [...], anche al fine di armonizzare le disposizioni mantenute in vigore con quelle pubblicate successivamente alla data del 1° gennaio 1970».

Il Governo esercita la delega con il decreto legislativo n. 179/2009, indicando il decreto n. 43/1948 tra le disposizioni rimanenti in vigore, in quanto «indispensabili».

Con l'art. 2268 del decreto legislativo n. 66/2010, il Governo abroga, invece, il decreto del 1948, avvalendosi della medesima delega concessa dal Parlamento con gli artt. 14 e 15 della legge n. 246/2005⁴.

2. Le ragioni a sostegno dell'incostituzionalità: il contenuto delle ordinanze di rimessione

I giudici *a quibus* riscontrano una violazione degli artt. 76, 18 e 25 Cost.⁵.

A loro avviso, il legislatore delegato, innanzitutto, non aveva il potere di abrogare il reato in questione in forza del comma 14 dell'art. 14 della legge n. 246/2005, dal momento che si trattava di una delega già esercitata con il decreto legislativo n. 179/2009. Trattandosi, cioè, di un potere già esaurito, non permaneva alcuno spazio per un successivo intervento abrogativo.

In subordine, i giudici *a quibus* dubitano della legittimità dei commi 14 e 14-ter⁶ del medesimo articolo, a motivo della mancante delimitazione dell'oggetto dell'intervento delegato.

Secondariamente, il Tribunale di Verona, ritiene insussistente il potere di abrogazione in forza del comma 15 dell'art. 14 della legge delega, trattandosi di una delega conferita unicamente alla «semplificazione o al riassetto» delle norme mantenute in vigore, anche al fine di armonizzarle con quelle pubblicate successivamente alla data del 1° gennaio 1970.

Infine, entrambi i giudici remittenti argomentano una violazione dell'art. 18, comma 2, Cost., a norma del quale «sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare». L'abrogazione del decreto che punisce le associazioni di carattere militare con scopi politici avrebbe, difatti, reso lecita una condotta espressamente vietata dalla Costituzione, dal momento che alla sanzione penale non viene sostituita una sanzione di altra natura.

3. Gli ostacoli all'accoglimento: la giurisprudenza della Corte costituzionale sulle “norme penali più favorevoli”

Di là dalla valutazione nel merito delle argomentazioni sostenute dai giudici remittenti, si frappone ad una possibile sentenza di accoglimento un ostacolo di carattere preliminare: ostacolo che, stando alla consolidata giurisprudenza costituzionale, parrebbe davvero invalicabile.

La Corte costituzionale, difatti, dichiara tradizionalmente inammissibili le questioni di legittimità aventi ad oggetto norme abrogatrici di fattispecie di reato. Queste vengono sottratte al sindacato di costituzionalità poiché – ad avviso del giudice delle leggi – sono espressione di «una valutazione legislativa in termini di meritevolezza ovvero di bisogno di pena idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale: scelta

³ Ciò, alla stregua di quanto accade a proposito delle richieste di additive *in malam partem*: in argomento, cfr., fra i tanti, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 316 ss.; M. D'AMICO, *Art. 25, comma 2*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, cit., 543; E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2007, 124; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008, 263-264; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 152-153; A. BONOMI, *La discrezionalità assoluta del legislatore nel prescegliere l'“oggetto” di tutela penale: un teorema da rivedere nel suo “impianto concettuale” e nei suoi “risvolti processuali”*, in AA.VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, a cura di E. D'Orlando-L. Montanari, Torino 2009, 117 ss.

⁴ Prima ancora, il decreto legislativo n. 213/2010 aveva, peraltro, espunto il decreto del 1948 dall'elenco delle disposizioni che sarebbero rimaste in vigore; elenco contenuto nell'Allegato 1.

⁵ La dinamica della vicenda è ricostruita, con richiami dottrinali e giurisprudenziali, da R. ROMBOLI, *Nota redazionale*, in corso di pubblicazione sul *Foro it.*

⁶ Il riferimento al comma 14-ter è, peraltro, contenuto nella sola ordinanza del Tribunale trevigiano.

cui la Corte non potrebbe sovrapporre [...] una diversa strategia di criminalizzazione volta ad ampliare [...] l'area di operatività della sanzione»⁷.

La Consulta, in sostanza, ritiene che «la richiesta di sindacato *in malam partem* mirerebbe a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte»⁸.

Va, d'altra parte, notato come nel corso degli anni il giudice delle leggi abbia gradualmente attenuato la propria ritrosia rispetto ai controlli di costituzionalità nella materia penale; materia che da sempre è stata trattata con una certa sensibilità, a fronte dei diritti costituzionali in gioco. Ciò, soprattutto nel caso di modifiche legislative ad effetti *pro reo*⁹.

Amnesso ormai da tempo il sindacato sulle norme penali "sfavorevoli", più di recente, la Corte ha, difatti, espressamente sostenuto la sindacabilità delle "norme penali di favore", ovvero di quelle norme che «sottraggono» una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva»¹⁰. In tale ipotesi, la Consulta esclude che possa derivare una violazione della riserva di legge, poiché l'annullamento di una legge di deroga si limita a far *riespandere* a casi precedentemente esclusi la portata di una norma compresente nell'ordinamento¹¹. Detta riespansione costituisce «una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva»¹².

Diversamente dalle norme abrogatrici, insomma, le leggi di deroga sono sindacabili anche nel caso in cui la sentenza di accoglimento produca effetti *in malam partem*. D'altronde, da un punto di vista di teoria generale, non possono negarsi le differenti implicazioni sottostanti ai due tipi di intervento: più in particolare, si osserva che il fenomeno della reviviscenza è un evento non ordinario, non automatico e, comunque, rimesso alla discrezionalità dell'interprete¹³; a differenza del caso di riespansione della *lex generalis* conseguente all'incostituzionalità della *lex specialis*¹⁴, che rappresenta un evento normale ed automatico, che prescinde del tutto dalla valutazione dell'interprete¹⁵.

La questione in esame rientra nella prima delle ipotesi descritte, poiché l'eventuale sentenza di accoglimento provocherebbe la reviviscenza della norma abrogata, posto che la norma impugnata non ha prodotto altro effetto che quello di abrogare la prima¹⁶.

4. La rilevanza della questione

Si noti come, invece, la posizione dell'imputato del processo principale non osti in alcun modo all'accoglimento della questione, la quale è, dunque, da considerarsi rilevante. Difatti, il problema dell'irrelevanza delle questioni aventi ad oggetto norme penali di favore è stato, come noto, ampiamente risolto dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 148/1983, la quale ha, in buona sostanza, rimesso al giudice *a quo* il compito di interpretare gli effetti della sentenza di incostituzionalità sul processo principale¹⁷.

⁷ Corte cost. sent. n. 161/2004, punto 7.1. del Cons. in dir.; cfr., inoltre, Corte cost. nn. 108/1981; 330/1996; 175/2001.

⁸ Corte cost. n. 394/2006, punto 6.1. del Cons. in dir.

⁹ Il tema del diritto penale nella giurisprudenza costituzionale è stato di recente affrontato da AA.VV. *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

¹⁰ Corte cost. n. 394/2006, punto 6.1. del Cons. in dir.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma 1998, 6.

¹⁴ Con tutte le difficoltà che un accertamento circa la "compresenza" della fonte comporta in un ordinamento complesso quale il nostro: cfr. P. GROSSI, *Voce ordinamento*, in *Jus*, 1/2006, 5 ss.

¹⁵ Cfr. A. CELOTTO, *Reviviscenza*, cit., 8; M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 904 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1993, 220 ss.; A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino 1997, 108 ss.

¹⁶ In argomento, cfr. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Geraci, Milano 1981, 193.

¹⁷ In quell'occasione, la Corte ha individuato una triplice incidenza di effetti sul giudizio principale della sentenza d'incostituzionalità: a) l'accoglimento della questione incide sullo schema argomentativo della sentenza assolutoria, sulla sua *ratio decidendi*, oltre che sulle formule di proscioglimento o quanto meno sui dispositivi, i quali devono fondarsi non sulla sola disposizione annullata, ma sull'art. 2, comma I, c.p., oltre che sull'art. 25, comma II, Cost.; b) il fatto di 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; c) non può escludersi a

Il che naturalmente non implica che l'imputato possa essere condannato sulla base di un reato commesso nel vigore della norma più favorevole poi annullata, dal momento che una condanna di tal fatta si porrebbe in contrasto con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole¹⁸.

Detto principio, d'altro canto, non viene in rilievo nella questione in esame, considerato che il *tempus commissi delicti* è precedente all'abrogazione del reato, talché a rilevare è il diverso principio di retroattività della legge più favorevole: principio che, tuttavia, non costituisce – ad avviso della Corte – un limite assoluto all'accoglimento della questione, presupponendo la legittimità della legge più favorevole¹⁹.

5. Limiti alle scelte di politica criminale e attitudine al bilanciamento della riserva di legge in materia penale: possibile una svolta?

Ci si può interrogare se la particolarità del caso possa condurre la Corte ad un superamento dei tradizionali ostacoli alla sindacabilità delle norme penali più favorevoli.

Si è già anticipato come il primo limite sia costituito dalla possibile reviviscenza della norma abrogata. A tal proposito può dirsi, innanzitutto, che essa, presupponendo un accertamento in concreto, e discrezionale, dell'interprete²⁰, mal si presta, tuttavia, a poter costituire un ostacolo di carattere generale, rappresentando più che altro un effetto "collaterale" della sentenza di incostituzionalità. Ciò pone qualche dubbio sul fatto che la possibile reviviscenza di leggi abrogate debba realmente rappresentare un limite per la Corte.

Non si intende, d'altra parte, negare le esigenze di salvaguardia del principio della riserva di legge in materia penale – che rileva qui nei suoi aspetti "sostanziali"²¹ – e, dunque, la condivisibilità in astratto dell'atteggiamento della Corte in ordine all'insindacabilità delle norme abrogatrici di reati. Ciò, tuttavia, con le dovute eccezioni: ovverosia, fintantoché indicazioni vincolanti per il legislatore non siano contenute nella stessa Costituzione, poiché in tal caso verrebbe a vanificarsi la ragione di una tale ritrosia²².

Simili vincoli potrebbero, per l'appunto, rinvenirsi – oltre che nel caso di obblighi costituzionali di tutela penale²³ – con riguardo alle leggi costituzionalmente necessarie, la cui abrogazione dovrebbe, peraltro,

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.

¹⁸ La Corte costituzionale tratta il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole alla stregua di un «valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali»: cfr., fra le altre, Corte cost. n. 394/2006 punto 6.4 del Cons. in dir.

¹⁹ Cfr., di recente, Corte cost. n. 28/2010, punto 7 del Cons. in dir. Peraltro, il principio in questione ha ora trovato riconoscimento anche nella Carta dei diritti dell'Unione europea (art. 49). La sentenza n. 394/2006, punto 6.4. del cons. in dir., per la prima volta, ha riconosciuto copertura costituzionale a tale principio, rinvenendola nell'art. 3 Cost. Essa, tuttavia, in quell'occasione ha affermato la ammissibilità di 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.

²⁰ Cfr. A. CERRI, *Corso*, cit., 251, il quale esclude che possa configurarsi la reviviscenza nei casi di abrogazione avvenuta per nuova disciplina dell'intera materia, a meno che l'incostituzionalità non colpisca la nuova disciplina nella sua interezza; cfr. anche F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 3 ss.

²¹ È stato rilevato che la ragion d'essere della giurisprudenza che dichiara inammissibili le additive *in malam partem* risiede bensì nella riserva di legge, e tuttavia intesa, questa, in senso (non formale ma) sostanziale. In effetti, ove così non fosse, dovrebbero essere dichiarati inammissibili tutti gli interventi manipolativi nelle materie in cui vige una riserva di legge: cfr. R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano 2001, 532, nota 124; A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 309; L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio costituzionale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Milano 1985, 663 ss.

Da un punto di vista della gerarchia delle fonti, inoltre, è stato messo in rilievo che, se le si considera fonti di primo grado, le sentenze della Corte nella materia penale dovrebbero essere ammesse alla stessa stregua degli atti aventi forza di legge, ritenuti invece legittimi, ed al *referendum* abrogativo, che non sembra doversi escludere, salve alcune limitate eccezioni: cfr. 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, P. Costanzo, Torino 2007, 145.

²² Riprendendo quanto sostenuto a proposito delle additive *in malam partem*, si può affermare che la giurisprudenza costituzionale in tema di "norme penali più favorevoli" rappresenti il «risvolto processuale dell'inesistenza degli obblighi impliciti di tutela penale»: D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.; M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, cit., 542.

²³ In argomento, cfr., da ultimo, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009.

È stato autorevolmente affermato che un'eventuale abrogazione del reato previsto dall'art. 608 c.p. potrebbe dar luogo ad una sentenza di incostituzionalità della Corte, con conseguente reviviscenza della norma abrogata: cfr. G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali*, cit., 4166 ss. Tale norma costituisce, difatti, una diretta attuazione dell'art. 13, comma 4, Cost., che,

ritenersi preclusa non al solo legislatore ordinario, bensì anche al corpo elettorale, mediante lo strumento referendario²⁴.

Se si considera – come pare debba farsi – il decreto legislativo n. 43/1948 una fonte costituzionalmente necessaria²⁵, un limite alla sua abrogazione poteva rinvenirsi nella stessa Carta costituzionale, sicché l'eventuale intervento della Corte – e la conseguente reviviscenza del decreto legislativo abrogato – non si porrebbe in contrasto con l'esigenza di tutela della riserva di legge.

Un siffatto intervento sarebbe stato, invece, precluso alla Corte qualora il legislatore si fosse limitato a depenalizzare il reato, poiché in tal caso la costituzione di associazioni paramilitari sarebbe rimasta comunque vietata, sebbene non più penalmente sanzionata²⁶.

Deve, ad ogni modo, ritenersi che il principio della riserva di legge in materia penale – al pari degli altri – non si sottrae del tutto a potenziali attività di bilanciamento in concreto compiute dalla Corte: in tal senso, non è da escludersi che esso possa cedere a fronte di un altro principio che pare meriti di imporsi nel caso di specie²⁷. In un'ipotesi di tal fatta, la norma abrogatrice viziata potrebbe essere annullata indipendentemente dall'effetto *in malam partem* che la sentenza della Corte produrrebbe.

Detta tesi può, peraltro, rinvenire un avallo nella stessa giurisprudenza costituzionale: in primo luogo, in quella avente ad oggetto le "norme penali di favore".

A chi scrive pare, difatti, innegabile considerare espressione di una scelta di politica criminale anche la sottrazione di una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di una norma più generale. Eppure, la Corte dichiara ammissibili – peraltro, talvolta accogliendole nel merito²⁸ – le questioni sollevate sulle leggi di deroga: con tutta probabilità, poiché, nel bilanciamento in concreto da questa compiuta, essa considera preferibile evitare violazioni del principio d'eguaglianza "in senso forte"²⁹.

In secondo luogo, anche la *primauté* del diritto dell'Unione europea pare rappresentare un ulteriore limite alle scelte di politica criminale del legislatore³⁰, considerato che, di recente, la Corte ha annullato una norma che prevedeva un trattamento *in mitius*, accertando la violazione di una direttiva comunitaria³¹.

Non è, forse, da escludere, quindi, che la rilevanza costituzionale dei principi che i giudici remittenti ritengono violati nel caso in esame – alla stregua di quanto è già accaduto nei casi appena richiamati, in cui ad essere violati sono stati il principio d'eguaglianza in senso forte e quello della primazia del diritto comunitario – possa indurre la Corte ad una sentenza di accoglimento, abbandonando, così, il tradizionale *self-restraint*.

In quest'occasione, il principio della riserva di legge, difatti, potrebbe cedere, nel bilanciamento in concreto, da una parte, nei confronti dei principi costituzionali disciplinanti il processo di formazione delle

imponendo una sanzione penale per l'ipotesi di violenza fisica o morale sui detenuti, sottrae al legislatore una parte di discrezionalità nell'adozione delle scelte di politica criminale: per tutti, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano 2001, 506 ss.

²⁴ La più recente giurisprudenza costituzionale, difatti, non ammette il referendum abrogativo di tali leggi: in dottrina, cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 290, nota 26; P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999, 205 ss.; M. LUCIANI, *Art. 75*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, cit., 483 ss.; I. NICOTRA, *Le zone d'ombra nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, Torino 2007, 233 ss.; T.E. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" del referendum e i limiti al legislatore*, in AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione*, cit., 314 ss.; A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, a cura di R. Romboli, Torino 2008, 399 ss.

²⁵ Nella categoria delle leggi costituzionalmente necessarie, di solito, si fanno rientrare tutte quelle leggi «comunque costitutive o attuative di istituti, di organi, di principi, stabiliti o previsti dalla Costituzione», che realizzano, tuttavia, «una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione» (sent. 16/1978): in dottrina, da ultimo, cfr. A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2010, 153 ss.

²⁶ Ciò proprio perché, come si è detto, pare che la Corte ritenga inesistenti obblighi costituzionali di tutela penale.

²⁷ Sulle attività di bilanciamento compiute dalla Corte, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano 2008, 185 ss.

²⁸ Per la prima volta ciò è accaduto con la sent. n. 394/2006.

²⁹ La sindacabilità di tale tipo di norme consente di porre rimedio alle perplessità avanzate da chi paventava il rischio che si potessero verificare «odiose forme di privilegio» nel diritto penale: F. BRICOLA, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, cit., 275 ss.

³⁰ Ciò, peraltro, nonostante un certo deficit di democraticità caratterizzante le procedure di produzione legislativa dell'Unione europea: il che potrebbe creare qualche frizione con la funzione di garanzia della riserva di legge.

³¹ Il riferimento è alla sent. n. 28/2010 della Corte costituzionale, con nota di A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur cost.*, 1/2010, 382 ss. La Corte, in particolare, ha annullato l'art. 183, I comma, 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.

leggi delegate³² – l'osservanza dei quali assume, in questa materia, un rilievo particolare³³ –, la cui violazione pare, in questo caso, macroscopica; d'altra parte, nei confronti di quello contenuto nell'art. 18, comma 2, Cost., che appare essenziale per realizzare la democraticità della partecipazione alla vita politica³⁴.

³² Ad onor del vero, un precedente in senso contrario può essere rilevato nella sentenza n. 161/2004, in cui si legge che il profilo di inammissibilità «preclude l'esame nel merito anche delle censure di violazione dell'art. 76 Cost. — riferite tanto alla norma di delega che alla norma delegata — basate sull'asserita carenza, o insufficiente specificazione, dei principi e criteri direttivi relativi alla configurazione delle soglie in questione, nonché sull'arbitrarietà o scorretta attuazione della delega da parte dell'esecutivo» (punto 7.1. del Cons. in dir.). L'argomento potrebbe, ciononostante, essere superato, stante la gravità del vizio censurato dai giudici a *quibus* con l'ordinanza presa qui in esame.

³³ Cfr., fra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, 51 ss.

³⁴ Come autorevolmente affermato, il divieto «corrisponde all'intento di evitare che la lotta politica si giovi, anziché della pacifica discussione, dell'uso dei mezzi violenti così da determinare un'atmosfera di intimidazione 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*, cit., 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*, cit., 744 ss.; A. PACE, *Commento all'art. 18*, cit., 220 ss.; L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano 1984, 114 ss.; G. DE FRANCESCO, *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., 317 ss.; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., 4 ss.; U. DE SIERVO, *La libertà di associazione*, cit., 186 ss.; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, cit., 183 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 384; F. RIGANO, *Art. 18 Cost.*, cit., 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*, cit., 5 ss.