



2025 FASCICOLO III

Ruggero Rudoni

**Pronunce di incostituzionalità *in malam partem* e inapplicabilità
in senso proprio della norma illegittima più favorevole**

20 ottobre 2025



Ruggero Rudoni

Pronunce di incostituzionalità *in malam partem* e inapplicabilità in senso proprio della norma illegittima più favorevole*

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'indagine: la giustificazione del trattamento giuridico da riservarsi ai "fatti concomitanti". – 2. L'irrilevanza, ai fini dell'indagine, della distinzione fra norme penali "di favore" e norme semplicemente "più favorevoli", e di quella fra vizi di incostituzionalità formali e sostanziali. – 3. La soluzione elaborata nella giurisprudenza comune: l'*applicabilità* ai "fatti concomitanti" della norma più favorevole pur se dichiarata incostituzionale. – 4. I profili di criticità di tale soluzione: l'impropria estensione, in via diretta o indiretta, alla dichiarazione di incostituzionalità delle regole sulla successione di leggi penali nel tempo. – 5. (*Segue.*) La sua inconciliabilità con la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale su norme penali più favorevoli. – 6. La soluzione accolta: l'inconoscibilità, sul piano soggettivo, della norma "di risulta" a causa della formale vigenza della norma incostituzionale più favorevole. – 7. Il trattamento dei "fatti concomitanti" fra *inapplicabilità* in senso proprio della norma incostituzionale più favorevole e suo necessario *rilievo giuridico*.

ABSTRACT: *The paper explores the constitutional implications surrounding the legal treatment of acts committed under a more favourable criminal provision that is subsequently declared unconstitutional. Although it is firmly established that such acts cannot result in criminal consequences more severe than those provided by the invalidated norm, the theoretical foundation of this outcome remains subject to debate. The dominant jurisprudential orientation attributes this result to an exceptional application of the unconstitutional provision, which raises significant concerns in the light of constitutional principles. Drawing on an alternative doctrinal framework, the author argues that a different interpretative solution is viable. In fact, the interpretative approach suggested reaches the same practical outcome without derogating from principles related to the effects of Constitutional Court decisions declaring laws unconstitutional and offers a more coherent justification for the influence exerted by the declaration of unconstitutionality on the criminal adjudication process.*



* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

Ruggero Rudoni è Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Torino.



1. *L'oggetto dell'indagine: la giustificazione del trattamento giuridico da riservarsi ai "fatti concomitanti"*

Il vivace dibattito suscitato dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate sulla disciplina abrogativa del reato di abuso d'ufficio¹ – poi dichiarate in parte inammissibili e in parte infondate dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 95 del 2025](#)² – ha riportato al centro dell'attenzione della dottrina costituzionalistica e penalistica la tematica delle pronunce di incostituzionalità comportanti effetti punitivi sfavorevoli, in particolare dei relativi limiti e delle relative implicazioni³. Si tratta di una problematica che è stata ampiamente indagata dalla letteratura sin dalla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso⁴,

¹ Fra i moltissimi commenti in pendenza del giudizio di legittimità costituzionale, si v. es. L. ACCONCIAMESSA, *Sull'inesistenza di un obbligo internazionale di stand still e la conseguente liceità giuridica internazionale dell'eliminazione del reato d'abuso d'ufficio*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 3/2024, 647 ss.; M. CAZZANIGA, *Discrezionalità legislativa in materia penale e obblighi di criminalizzazione: le questioni di costituzionalità sollevate in relazione all'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in [Rivista AIC](#), 2/2025, 29 ss.; V. MONGILLO, *La legge Nordio tra vuoti di tutela, rischi di "panpenalismo internazionale" e occasioni perse di una nuova legalità amministrativa*, in [Sistema Penale](#), 4/2025, 83 ss.; C. PAGELLA, *Sui vuoti di tutela lasciati dal (fu) abuso d'ufficio: uno sguardo alla costellazione dei casi oggetto delle ordinanze di rimessione della Consulta*, [ivi](#), 6/2025, 145 ss.

² Corte cost., [sent. 3 luglio 2025, n. 95](#), sulla quale si v. la nota a prima lettura di G.L. GATTA, *Abuso d'ufficio: con le mani legate dalla riserva di legge, la consulta certifica "indubbi vuoti di tutela" e al contempo difende in via di principio l'art. 117, co. 1 Cost. e gli obblighi internazionali di incriminazione*, in [Sistema penale](#), 7-8/2025, 111 ss.

³ Sul tema, in relazione alle questioni sollevate sull'abrogazione del reato di abuso d'ufficio, si v. R. D'ANDREA, *Più torti non fanno una ragione. Le vicissitudini giurisprudenziali relative all'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in *Diritto di difesa*, 1-2/2024, 149 ss., spec. 152-154 e 161-163; a commento di Corte cost., [sent. 22 aprile 2022, n. 105](#), si v. C. CUPELLI, *La riserva di legge in materia penale e gli effetti in malam partem delle pronunce del giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3/2022, 1728 ss.

⁴ Nella letteratura più risalente nel tempo, si v. L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Leggi incostituzionali, decreti-legge non convertiti e successione di leggi penali*, in *Aa.Vv., Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. IV, Cedam, Padova, 1958, 59 ss.; V. CAVALLARI, *Natura degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge penale*, in *Arch. pen.*, 1956, 117 ss.; A. CRISTIANI, *Sulla natura dei giudizi di legittimità costituzionale in rapporto alla successione di leggi penali*, in *Riv. pen.*, 1955, 167 ss.; G. DELITALA, *Gli effetti penali della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, 181 ss.; M. GALLO, *La "disapplicazione" per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, *ivi*, 1956, 723 ss. e anche in *Aa.Vv., Studi in onore di Emilio Crosa*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1960, 913 ss. (cui fanno riferimento d'ora in poi le citazioni nel presente scritto); G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, Torino, 1988, 141-142; V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità e applicazione di leggi penali*, in *Aa.Vv., Annali della Facoltà di Economia e Commercio di Verona*, 1966, 353 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 915 ss. e spec. 939-967; P. ROSSI, *Il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 429 ss.; P. STELLACCI, *Effetti della decisione della Corte costituzionale circa l'illegittimità costituzionale di una legge e particolarmente di una legge penale*, in *Gius. pen.*, 1955, 157 ss.; G. VASSALLI, *Abolito criminis e principii costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1983, 377 ss.; nella dottrina più recente, a partire dagli anni Novanta, si v. C. CUPELLI, *La riserva di legge*, cit., 1728 ss.; M.



le cui riflessioni hanno indotto la giurisprudenza costituzionale a riconoscere l'ammissibilità di tali pronunce sul piano processuale, superando le iniziali incertezze⁵, e a delineare i confini

D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffré, Milano, 1993, 151 ss.; ID., *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*, Giappichelli, Torino, 2005, 1 ss. e spec. 14-22; S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, 109-110; 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, 2876 ss. e spec. 2878-2879; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1999, 151 ss.; M. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013, 132 ss.; G. GEMMA, *Una declaratoria d'incostituzionalità difficile ma doverosa*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del "favor rei"*, op. cit., 201 ss.; A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2017, 1-125; F. MODUGNO, A.S. AGRÒ, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, 93-95; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffré, Milano, 2003, spec. 130-132; C. PECORELLA, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffré, Milano, 2006, 634-641; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. Art. 1-84*, vol. I, Giuffré, Milano, 1995, 65-69; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem*, Monboso, Pavia, 2012; ID., *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del "favor rei"*, op. cit., 342 ss.; P. VERONESI, *La sostenibile irretroattività della legge penale favorevole*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del "favor rei"*, op. cit., 359 ss.

⁵ Sotto il profilo processuale, si dubitava della ammissibilità delle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto norme penali "di favore", osservando che, pur a seguito di una eventuale pronuncia di accoglimento, il giudice rimettente avrebbe dovuto applicare, in ogni caso, la norma dichiarata incostituzionale, al fine di evitare incisioni al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; la problematica è stata affrontata e risolta positivamente da Corte cost., [sent. 3 giugno 1983, n. 148](#), annotata da G. LATTANZI, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *Cass. pen.*, 1983, 1909 ss., e da D. PULITANÒ, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1800 ss. Nella pronuncia si è riconosciuto che la sollevazione di questioni di costituzionalità su norme penali "di favore" è suscettibile di influire sul giudizio *a quo* sotto tre diversi profili: in primo luogo, la dichiarazione della incostituzionalità della norma "di favore" incide sulle formule assolutorie e sui dispositivi delle sentenze penali, ovvero, quanto meno, sul relativo schema argomentativo e fondamento normativo; in secondo luogo, la reazione dell'ordinamento a siffatta dichiarazione di incostituzionalità – mutevole, caso per caso, a seconda del contenuto della norma invalida – è problema interpretativo che i giudici penali debbono affrontare e risolvere nei singoli giudizi; in terzo luogo, la rilevanza delle questioni non deve escludersi a priori in quanto il giudizio di costituzionalità può concludersi con una sentenza interpretativa di rigetto ovvero con una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche fondanti l'ordinanza di rimessione: si cfr. sent. cit., n. 3 *Cons. dir.* Sul problema processuale della rilevanza in queste ipotesi si v., più di recente, G. SCACCIA, *Rilevanza della questione di legittimità costituzionale e norme penali di favore: una proposta*, in *Giur. cost.*, 2020, 1538 ss.; sul tema, si v., *ex multis*, A.A. CERVATI, *Interrogativi sulla sindacabilità dell'abuso del decreto legge*, in *Giur. cost.*, 1977, 875 e nt. n. 2; V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Aa.Vv.*, *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Cedam, Padova, 1974, 2789 ss.; R. D'ALESSIO, *Sulla sindacabilità delle norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1979, 679 ss.; M. D'AMICO, *Ai confini*, cit., 12 ss.; M. D'AMICO-F. BIONDI, *Sub Art. 134, 1° alinea*, in R. Bifulco, A.



dell'intervento sotto il profilo sostanziale⁶, secondo una linea evolutiva che può definirsi espansiva⁷.

Nel corso del tempo si è, infatti, assistito a un ampliamento del novero di ipotesi in cui si ammette che il sindacato di costituzionalità possa dar luogo a simili effetti sfavorevoli, non solo quando esso abbia ad oggetto norme penali 'di favore'⁸, in ragione della loro natura

Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 2575-2576; M. DOGLIANI, *Irrilevanza "necessaria" della quaestio relativa a norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1976, 585 ss.; E. GROSSO, *Norme "penali" regionali di privilegio e denegata giustizia costituzionale*, in *Giur. it.*, 1992, 588 ss.; A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d'ombra della giustizia costituzionale*, in federalismi.it, 13/2009; ID., *Sindacato di costituzionalità*, cit., 1-52; V. ONIDA, *Note su un dibattito in tema di "rilevanza" delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, 1004-1007; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., 24-107; ID., *La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2/2012, 117 ss.; G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale. Nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, 1049 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale, ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss.; ID., *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, 192 ss. e spec. 200-201; ID., V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, il Mulino, Bologna, 2018, 134-135.

⁶ Sotto il profilo sostanziale, si sosteneva che la riserva di legge prevista dall'art. 25, secondo comma, Cost., attribuendo al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e del relativo trattamento sanzionatorio, costituisse una preclusione insuperabile ai fini dell'adozione di pronunce di incostituzionalità con effetti *in malam partem*, e cioè di decisioni implicanti la creazione di nuove fattispecie criminose, l'estensione di fattispecie precedenti a casi non previsti, l'incisione in senso sfavorevole sulla risposta punitiva ovvero, in ogni caso, su aspetti concernenti la punibilità. Al riguardo, circa il rapporto fra sindacato di costituzionalità su norme penali e discrezionalità del legislatore, si cfr. A. BONOMI, *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una "differenziazione ingiustificata" da parte della giurisprudenza costituzionale?*, in P. Costanzo, R. Balduzzi (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, 143-156; M. BRANCA, *Norme penali di favore: dall'irrelevanza alla sentenza-legge*, in *Giur. cost.*, 1981, 913 ss.; M.A. CABIDDU, P. DAVIGO, *Leggi penali di favore ed efficacia "in malam partem" delle sentenze della Corte costituzionale*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 239 ss.; M. D'AMICO, *Ai confini*, cit., 12-22; ID., *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2006, 153 ss. e spec. 167-186; ID., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in Rivista AIC, 4/2016; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, FrancoAngeli, Milano, 2015, 49 ss.; A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199 ss.; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., 108 ss.; G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 1039 ss.

⁷ Per un approfondimento sulla giurisprudenza costituzionale in materia, si rinvia a M. D'AMICO, *Ai confini*, cit., 12 ss., e ai più recenti studi monografici di G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012.; M. GAMBARDILLA, *Lex mitior*, cit., 111-231; A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità*, cit.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali*, cit.

⁸ In Corte cost., [sent. 23 novembre 2006, n. 394](http://www.cortecost.it), si sono precisati i confini della distinzione fra norme penali "di favore" e norme penali genericamente "più favorevoli": le prime sono "norme penali speciali, dettate con riguardo a determinati soggetti o ipotesi, che prevedono trattamenti penali più favorevoli di quelli che



derogatoria rispetto alla disciplina generale⁹, ma anche allorché riguardi norme sostanziali contrastanti con obblighi punitivi¹⁰ di diritto UE¹¹ o di diritto internazionale¹², ovvero viziate

risulterebbero dall'applicazione delle norme comuni" (così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 135), e, in quanto tali, esse sono assoggettabili al sindacato di costituzionalità anche in relazione alla scelta di politica criminale sottesa alla previsione del trattamento speciale di favore. In letteratura, sulla decisione, si cfr. 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*, ivi, 4170 ss.; M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 467 ss.; I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente (sentt. n. 393 e n. 394 del 2006)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006; V. MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, *ivi*, 2006; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 343 ss.; D. PULITANÒ, *Principio di uguaglianza e norme penali di favore (nota a Corte cost. nn. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 209 ss.; A. RIDOLFI, *Intervento della Corte costituzionale in materia di reati elettorali*, in *Rivista AIC*, 2006; si cfr., inoltre, le relazioni di F. GIUNTA, G. INSOLERA, M. MEZZETTI, e N. ZANON, raccolte in L. Zilletti, F. Oliva (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Edizioni ETS, Pisa, 2007.

⁹ Come chiarito dalla stessa Corte costituzionale nella [sent. n. 394 del 2006](#), le norme penali "di favore" si configurano come norme che "sottraggono" una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva" qualora "l'anzidetta sottrazione si risolva nella configurazione di un trattamento privilegiato"; esse, inoltre, sono "la risultante di un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva". In caso di dichiarazione di incostituzionalità di tali norme "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: reazione che si verificherebbe in egual 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": si v. sent. cit., n. 6.1 *Cons. dir.*

¹⁰ Sulla configurabilità di obblighi costituzionali di penalizzazione, si v., *ex multis*, D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.; più in generale su obblighi di penalizzazione derivanti dalle norme costituzionali, internazionali ed europee, si v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, Pisa, 2009, spec. 65-118; sugli obblighi sovranazionali di penalizzazione, si v. V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. MANES, ID. (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. 534.

¹¹ In queste ipotesi gli effetti penali *in malam partem* potrebbero essere diretti, in caso di ipotetica dichiarazione di incostituzionalità della norma che abroghi la fattispecie di reato corrispondente a un obbligo punitivo di diritto UE, ovvero anche indiretti, allorché essi discendano dalla dichiarazione di incostituzionalità – per un qualsiasi vizio di illegittimità – di norme previste in altri settori dell'ordinamento, le quali siano



sul piano formale¹³, o, ancora, norme processuali la cui *reductio ad legitimitatem* determini indirettamente l'effetto peggiorativo sostanziale¹⁴.

richiamate dalla norma incriminatrice e concorrano, pertanto, a definirne l'ambito di applicazione. In tal senso, si cfr. Corte cost., [sent. 28 gennaio 2010, n. 28](#), annotata da A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono "cogenti e sovraordinate"*, in *Giur. cost.*, 2010, 382 ss.; in proposito, si cfr. anche D. FRANZIN, *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 117 ss.; A.M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1133 ss. L'ammissibilità processuale e sostanziale di pronunce di incostituzionalità dovute a violazioni di obblighi europei di penalizzazione non è priva di aspetti controversi: si pensi alla distinzione dottrinale fra le ipotesi di 'inattuazione originaria' e 'inattuazione sopravvenuta', sulla quale si cfr., ancora, V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., 524-525. Tale ammissibilità è stata confermata dalla [sent. 25 febbraio 2014, n. 32](#), nella quale il ripristino della precedente disciplina sanzionatoria in tema di stupefacenti – per certi versi più gravosa di quella allora giudicata incostituzionale per un vizio formale – è stato motivato anche in ottemperanza a obblighi europei di penalizzazione: si v. sent. cit., n. 5 *Cons. dir.*

¹² L'ammissibilità di simili interventi della giurisprudenza costituzionale, in astratto, è stata riconosciuta nella [sent. 6 marzo 2019, n. 37](#), anche se la questione allora sollevata in relazione all'abrogazione del delitto di ingiuria è stata, in concreto, dichiarata inammissibile a causa del difetto di motivazione, da parte del rimettente, circa la sussistenza di uno specifico obbligo sovranazionale: si v. sent. cit., n. 7.1 *Cons. dir.*; nello stesso senso la recente [sentenza n. 95 del 2025](#) relativa all'abrogazione del reato di abuso d'ufficio ha ribadito l'ammissibilità di questioni *in malam partem* in materia penale "allorché venga in considerazione il rispetto di 'obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost.'", anche quando si tratti di obblighi di diritto internazionale pattizio – onde non riconducibili al diritto UE – "perché: (a) il dato testuale dell'art. 117, primo comma, Cost. equipara i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione e quelli statuiti dal diritto internazionale pattizio, dalla violazione di tali obblighi da parte della legge statale o regionale discendendo in entrambi i casi l'illegittimità costituzionale della legge medesima (...); (b) questo meccanismo vale anche per le leggi penali, alla sua operatività non ostando – in particolare – il principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (...); (c) il rispetto della *ratio* anche "democratica" del principio di legalità in materia penale è comunque assicurato dal coinvolgimento del Parlamento nel procedimento di ratifica delle convenzioni internazionali (...)" : si v. sent. cit., n. 5.3.1 *Cons. dir.* In dottrina, in generale sul tema degli obblighi internazionali di penalizzazione, si v. di recente D. RUSSO, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, in *Riv. dir. int.*, 2/2025, 289-325.

¹³ Il controllo di legittimità costituzionale di norme penali in relazione a presunti vizi formali, essendo volto a garantire il corretto esercizio della funzione legislativa, e dunque anche il rispetto della riserva di legge in materia penale, non subisce limitazioni di sorta, prescindendo dal contenuto, eventualmente più favorevole, delle norme oggetto del giudizio di costituzionalità: si cfr. Corte cost., [sent. 23 gennaio 2014, n. 5](#), con la nota redazionale di P. GAY, in *Giur. cost.*, 2014, 118 ss.; e i commenti di C. CARUSO, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, ivi, 122 ss., e di P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, ivi, 3587 ss.; sulla pronuncia si cfr. anche C. CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 977 ss.; A. LOLLO, *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)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2014; F.



La costruzione teorica ha trovato concretizzazione, negli ultimi vent'anni, in più di una pronuncia di accoglimento¹⁵ – anche se il relativo numero resta esiguo in termini assoluti – delle quali la giurisprudenza comune si è trovata a definire le ricadute, facendo ricorso a

PACINI, "Abrogatio" non petita, accusatio manifesta: la Corte costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n. 43 del 1948, in [federalismi.it](#), 7/2014; E. PROFITI, L'illegittima abrogazione per difetto di delega del reato di "associazione militare per scopi politici": quando il principio della riserva di legge non preclude una sentenza di illegittimità costituzionale con effetti in malam partem, in *Cass. pen.*, 2014, 2891 ss.; 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](#), 2/2014, 242 ss.; [sent. n. 32 del 2014](#), cit., sulla quale, fra i numerosi scritti comparsi a commento della decisione, si cfr. in particolare A. DELLA BELLA-F. VIGANÒ, Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup., in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2014; A. FRANCO, La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014), in [federalismi.it](#), Focus fonti 1/2014; P. CARNEVALE, Giuridificare un concetto: la strana storia della "omogeneità normativa", [ivi](#); A. CELOTTO, Uso e abuso della conversione in legge, [ivi](#); G. CENTAMORE, La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: alcune riflessioni sulla sorte delle condanne irrevocabili, in *Quad. cost.*, 2014, 399 ss.; 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](#), Focus fonti 1/2014; G.M. FLICK, Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale, [ivi](#); M. GAMBARDILLA, La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del nuovo sistema penale degli stupefacenti, in *Cass. pen.*, 2014, 1132 ss.; ID., Qualche considerazione sulla illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi", in [Archivio Penale](#), 2014; B. LAVARINI, Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum, in *Giur. cost.*, 2014, 1903 ss.; V. MANES-L. ROMANO, L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 1/2014, 215 ss.; G. PICCIRILLI, La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: legge di conversione e articoli aggiuntivi eterogenei, in *Quad. cost.*, 2014, 396 ss.; [sent. n. 105 del 2022](#), cit., sulla quale si v., ex multis, C. CUPELLI, La riserva di legge in materia penale, cit., 1728-1737.

¹⁴ Si cfr., Corte cost., [sent. 14 dicembre 2018, n. 236](#), n. 8 Cons. dir., con la nota di C.E. GATTO, La Corte costituzionale ritrasferisce al tribunale la competenza sulle lesioni volontarie lievissime in ambiente familiare, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) online, 2019.

¹⁵ Per esempi di pronunce di incostituzionalità in malam partem si cfr. Corte cost., sentt. [n. 394 del 2006](#), cit., [n. 28 del 2010](#), [n. 5 del 2014](#), [n. 32 del 2014](#), cit., [n. 236 del 2018](#), cit., [n. 105 del 2022](#), cit.; per un esempio di pronuncia di incostituzionalità con conseguenze sfavorevoli indirette, si cfr. Corte cost., [sent. 22 dicembre 2010, n. 366](#), con la quale si è dichiarata l'incostituzionalità – per violazione di principi fondamentali previsti da norme statali in materia di impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili – di disposizioni contenute in leggi regionali, le quali avevano esteso, oltre la soglia massima consentita dalla legge statale, la possibilità di realizzare siffatti impianti sulla base della mera dichiarazione di inizio attività (DIA), e cioè senza il previo ottenimento della autorizzazione unica regionale; alla pronuncia di incostituzionalità è conseguito il "ripristino" della soglia, meno elevata, individuata dalla legge statale e, indirettamente, l'estensione dell'ambito di applicazione della fattispecie di reato di cui all'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*), che riconnette sanzioni penali al mancato rispetto delle procedure autorizzatorie previste dalla legge amministrativa; sempre in riferimento a un'ipotesi di effetti sfavorevoli indiretti, si cfr. Corte cost., [sent. 26 marzo 2010, n. 119](#).



soluzioni interpretative prima sviluppate solo in astratto¹⁶. La prassi giudiziaria successiva a ciascun intervento non ha evidenziato particolari difficoltà nella determinazione del trattamento giuridico dei ‘fatti antecedenti’ e di quelli ‘successivi’ al periodo di vigenza della disciplina colpita dalla declaratoria di incostituzionalità; tanto che tali questioni non possono ritenersi controverse in generale, presentando semmai criticità solo in riferimento a singolari caratteristiche del caso di interesse.

In effetti, con riguardo ai ‘fatti antecedenti’ non sussistono dubbi né sulla disciplina applicabile né sulla relativa giustificazione: è pacifico che ad essi si applichi la disciplina più favorevole fra quella in vigore al tempo della commissione del reato e una di quelle successive, ferma restando l’esclusione dal giudizio di comparazione della disciplina recata dalla norma illegittima¹⁷. E tale soluzione viene motivata osservando che la norma illegittima non è mai validamente succeduta a quella previgente, sicché essa – quand’anche più favorevole di tutte le discipline susseguitesi nel tempo – è inidonea a regolare la condotta, e aggiungendo che comunque non emergono altre ragioni per attribuire rilievo giuridico alla disciplina da essa introdotta¹⁸. Non desta perplessità neppure l’individuazione del trattamento da riservarsi ai ‘fatti successivi’: a seguito della pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità, i consociati possono ritenersi edotti *pro futuro* dell’inoperatività della norma illegittima e delle più gravose conseguenze associate alla condotta in questione, cui dovrà applicarsi la disciplina “di risulta” in quanto vigente al tempo del fatto di reato. In entrambe le ipotesi, quindi, gli esiti applicativi e le motivazioni che li sorreggono appaiono coerenti con i principi della dichiarazione di illegittimità costituzionale, senza improprie confusioni con il fenomeno – ontologicamente diverso – della successione di leggi penali nel tempo.

Tale chiarezza concettuale tende, invece, a offuscarsi allorché si debba individuare il trattamento giuridico dei “fatti concomitanti” alla vigenza della legge incostituzionale, che tradizionalmente rappresentano il terreno più problematico. Le difficoltà si devono alla complessa, o perlomeno non immediata, conciliabilità fra i principi regolanti gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità e le istanze di tutela del singolo resosi autore della

¹⁶ Per la ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza comune, si v. *infra*, il § 3.

¹⁷ Nella giurisprudenza di legittimità, si v. Cass. pen., sez. IV, sent. 18 settembre 2018, n. 44889, non massimata; nella giurisprudenza costituzionale si v., ancora, la [sent. 23 novembre 2006, n. 394](#), nella quale si è chiarito che “il principio di retroattività della norma penale più favorevole in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima” (n. 6.4 *Cons. dir.*); in letteratura, fra gli altri, si v. V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del “favor rei”*, op. cit., 286-287, che ritiene “irrazionale” continuare ad applicare la legge sopravvenuta più favorevole, di cui sia stata accertata la invalidità, ai fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore, cioè quando valeva la legge più severa.

¹⁸ In altri termini, l’incostituzionalità impedisce *ex se* l’applicazione della norma più favorevole successiva alla condotta in questione.



condotta rilevante. Se, da un lato, l'operare di tali principi preclude al giudice di applicare la legge illegittima, è evidente che, dall'altro lato, l'eventuale applicazione della legge non incostituzionale si porrebbe in contrasto con fondamentali esigenze ordinamentali e posizioni soggettive – di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento – giacché l'imputato si troverebbe, per effetto della pronuncia di incostituzionalità, a subire conseguenze più sfavorevoli di quelle prevedibili all'epoca dei fatti¹⁹.

Invero, non è controversa la soluzione concreta del problema, essendo condivisa l'opinione secondo cui, nel singolo caso, non possano realizzarsi effetti più sfavorevoli di quelli sanciti dalla norma incostituzionale²⁰. Ciò che, però, risulta essere tuttora in discussione – perché oggetto di ricostruzioni dottrinali divergenti e di soluzioni giudiziarie non pienamente soddisfatti²¹ – è il fondamento del trattamento da riservarsi ai “fatti concomitanti”, ossia – guardando la questione da un differente angolo prospettico – la giustificazione del rilievo giuridico che il giudice penale deve attribuire alla disciplina prevista dalla norma incostituzionale. Le persistenti incertezze dimostrano l'attualità dell'interesse per un'indagine costituzionalistica volta a chiarire, nelle diverse ipotesi, le ragioni del proscioglimento di chi abbia commesso il fatto sotto il vigore di una norma illegittima escludente la responsabilità penale, o dell'irrogazione della pena entro i limiti edittali più miti fissati dalla norma sanzionatoria illegittima vigente al momento del fatto.

Certo, si potrebbe sostenere che un'indagine di questo genere rivesta un significato meramente teorico, dal momento che, in fin dei conti, essa non influenza l'esito sostanziale – appunto, non oggetto di contestazioni – che il giudice penale è tenuto ad assicurare all'imputato, e cioè che i relativi approdi non incidono sul trattamento da applicarsi in concreto nel processo penale. Tuttavia, a un simile rilievo può obiettarsi che l'individuazione del fondamento giuridico di tale esito non soltanto risponde a meritorie esigenze sistematiche, ma è anche produttiva di conseguenze pratiche, incidendo – a seconda dei casi – sulla determinazione della formula assolutoria da pronunciarsi o sulla motivazione del ricorso a una certa formula ovvero, ancora, sull'individuazione dei presupposti normativi della tipologia di sentenza da emettersi o, in ogni caso, della pena da irrogarsi. La soluzione del problema, quindi, lungi dall'esaurirsi in discettazioni astratte, appare in grado di influire sul concreto contenuto della pronuncia penale, in particolare sul relativo apparato motivazionale e talora – come si avrà modo di osservare – anche sul dispositivo²².

¹⁹ Si cfr., *ex multis*, V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 398-404.

²⁰ Il punto è condiviso dalla maggioranza delle opinioni dottrinali che saranno prese in considerazione nel prosieguo: si v., *infra*, §§ 4, 5, 6, 7.

²¹ Sui profili di criticità delle soluzioni attualmente prevalenti nella prassi giudiziaria si tornerà nel prosieguo: si v. *infra*, §§ 4-5.

²² Si v., *infra*, § 7.



2. *L'irrelevanza, ai fini dell'indagine, della distinzione fra norme penali "di favore" e norme semplicemente "più favorevoli", e di quella fra vizi di incostituzionalità formali e sostanziali*

Sul piano metodologico, a fronte della pluralità di ipotesi di intervento *in malam partem* della Corte costituzionale, appare opportuno verificare preliminarmente se, rispetto alla problematica poc'anzi delineata, possano assumere un qualche rilievo il contenuto della norma dichiarata illegittima e la tipologia del vizio che abbia condotto alla pronuncia di incostituzionalità, ovvero se si possa prescindere da tali elementi.

Con riguardo al primo profilo, va osservato che la distinzione tra norme penali 'di favore' e norme semplicemente "più favorevoli" è stata elaborata allo scopo di individuare un'autonoma categoria di ipotesi in cui siano ammissibili pronunce di incostituzionalità produttive di effetti sfavorevoli per il reo²³. Tale distinzione, infatti, risponde all'esigenza di delimitare i confini del sindacato sull'esercizio della discrezionalità legislativa in ambito punitivo: solo qualora sussista un rapporto di specialità sincronica tra la norma più favorevole e altre disposizioni vigenti, si configura una disciplina sostanziale 'di favore' scrutinabile in relazione al possibile *vulnus* del principio di eguaglianza discendente – appunto – dal trattamento di privilegio da essa introdotto; e alla dichiarazione di incostituzionalità di detta norma consegue la riespansione della norma generale²⁴. In assenza di un simile rapporto di specialità, può parlarsi semplicemente di una norma penale 'più favorevole' e il relativo sindacato di costituzionalità può dar luogo a effetti *in malam partem* solamente al ricorrere delle condizioni previste per le altre ipotesi di intervento²⁵. In tal caso, la natura favorevole della norma incostituzionale non discende necessariamente dai rapporti con altre norme compresenti nell'ordinamento, ma potrebbe derivare dal raffronto con la disciplina

²³ Da ultimo, in Corte cost, [sent. n. 95 del 2025](#), cit., la delimitazione della categoria delle norme penali "di favore" serve a individuare una prima eccezione al tendenziale divieto di adottare pronunce di incostituzionalità *in malam partem*, che consente di sindacare il contenuto del trattamento più favorevole in rapporto al principio di eguaglianza; e, infatti, tale sindacato è giustificato proprio dalla "necessità di evitare la creazione di 'zone franche' immuni dal controllo di legittimità costituzionale, laddove il legislatore introduca, in violazione del principio di eguaglianza, norme penali di favore, che sottraggano irragionevolmente un determinato sottoinsieme di condotte alla regola della generale rilevanza penale di una più ampia classe di condotte, stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, ovvero prevedano per detto sottoinsieme – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole": si v. sent. cit., n. 5.1.1 *Cons. dir.*

²⁴ Ancora in Corte cost, [sent. n. 95 del 2025](#), cit., n. 5.1.1 *Cons. dir.* si ribadisce che l'eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata sulla norma penale "di favore" determina "un ampliamento dell'area di rilevanza penale, coperta dalla norma incriminatrice il cui ambito applicativo è destinato a riespandersi in conseguenza della pronuncia di illegittimità costituzionale".

²⁵ Ci si riferisce alle ipotesi eccezionali, che si sono in precedenza sinteticamente illustrate, in cui si ritengono ammesse pronunce di incostituzionalità *in malam partem*, ossia la dichiarazione di incostituzionalità di norme sostanziali per contrasto con obblighi sovranazionali di penalizzazione, o di norme sostanziali per vizi formali ovvero di norme processuali implicanti deteriori effetti sostanziali: si v. *supra*, § 1.



previgente che la stessa norma incostituzionale ha modificato, sostituito o abrogato; di tal che la pronuncia di incostituzionalità è suscettiva di determinare il ripristino della normativa antecedente²⁶.

L'approfondimento della distinzione tra norme penali 'di favore' e norme penali "più favorevoli" porta, dunque, a rilevare che il contenuto della norma incostituzionale assume rilievo per individuare i limiti del sindacato di costituzionalità e, una volta che sia intervenuta la pronuncia di incostituzionalità, per rintracciare la normativa "di risulta" (sulla base di una ricostruzione sincronica o diacronica del quadro normativo).

Tale contenuto normativo non sembra, invece, influire sull'oggetto della presente indagine: la problematica del trattamento dei "fatti concomitanti" si presenta negli stessi termini, sia che le conseguenze più sfavorevoli siano previste da una norma coeva a una norma incostituzionale 'di favore', e da quest'ultima derogata, sia che tali conseguenze discendano da una norma antecedente, superata da una norma incostituzionale genericamente più favorevole²⁷. Si dovrà pur sempre spiegare, in entrambe le ipotesi, per quale ragione al giudice penale sia preclusa l'irrogazione di un trattamento deteriore rispetto a quello sancito dalla norma incostituzionale²⁸.

Quanto al secondo profilo, può osservarsi che i termini del problema non mutano neppure in base alla natura del vizio di incostituzionalità, se sostanziale – e quindi relativo al contenuto della disciplina più favorevole – ovvero formale. Semmai, quel che potrebbe variare è la "complessità" degli effetti della pronuncia di incostituzionalità che l'interprete sia chiamato a ricostruire in concreto.

Nel caso di vizi sostanziali, l'ermeneutica è volta a determinare in che modo si "riespanda" la norma generale più sfavorevole derogata dalla norma 'di favore' incostituzionale, o in che modo sia da "ripristinarsi" la norma abrogata in violazione di obblighi punitivi di matrice europea o internazionale. In presenza di vizi formali, invece, l'attività interpretativa potrebbe risultare più articolata, specie qualora la pronuncia di incostituzionalità implichi la caducazione non solo di una singola disposizione, ma di un intero corpo normativo. E, quindi, non è da escludersi che si debba procedere al confronto fra due discipline – quella

²⁶ Ad esempio, se si prendono in considerazione gli effetti di Corte cost., sentt. [n. 32 del 2014](#), cit., [n. 105 del 2022](#), la natura più favorevole della disciplina dichiarata incostituzionale per vizi di natura formale emerge dal confronto, non già con una disciplina sincronicamente vigente, bensì con quella anteriore di nuovo applicabile a seguito della pronuncia di incostituzionalità.

²⁷ Il problema si pone in termini analoghi qualora gli effetti *in malam partem* discendano dalla dichiarazione di incostituzionalità di una legge extra-penale integratrice della legge incriminatrice, visto che anche in tale ipotesi si realizza una "riespansione" dell'area di punibilità a seguito della pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale.

²⁸ Da un diverso angolo prospettico, si può, quindi, osservare che la soluzione che sarà proposta nel prosieguo della trattazione è suscettiva di operare ogniqualvolta ci si trovi di fronte a una pronuncia di incostituzionalità con effetti *in malam partem*.



incostituzionale e quella risultante dalla pronuncia di accoglimento – profondamente divergenti tra loro²⁹.

Si può, dunque, constatare che né il contenuto della norma incostituzionale né la natura del vizio che ne abbia determinato l'invalidità incidono sulla giustificazione del trattamento giuridico dei “fatti concomitanti”. Per tale ragione, nel prosieguo – per esigenze di semplificazione espositiva – si adotterà un concetto stipulativo di norma penale ‘più favorevole’ quale *genus* comprensivo sia delle norme penali ‘di favore’ in senso stretto sia delle norme genericamente “più favorevoli”. Si continuerà, in ogni caso, a riferirsi distintamente a tali *species*, e a far menzione del tipo di vizio di incostituzionalità, quando ciò risulti necessario ai fini di una precisa ricostruzione delle specifiche vicende processuali che saranno prese in esame.

3. La soluzione elaborata nella giurisprudenza comune: l'applicabilità ai “fatti concomitanti” della norma più favorevole pur se dichiarata incostituzionale

La risoluzione del problema delle ricadute delle pronunce di incostituzionalità riguardanti norme penali più favorevoli – onde quello relativo al trattamento dei “fatti concomitanti” – spetta alla giurisdizione comune che è chiamata, a seguito della pronuncia di accoglimento, a riconoscere la legge propriamente applicabile per la definizione del giudizio sottoposto alla propria cognizione e a determinare il trattamento penale irrogabile, in concreto, nei riguardi dell'imputato³⁰. Si tratta di una “normale” manifestazione della ripartizione di ruoli fra Corte costituzionale³¹, cui è attribuito il potere di dichiarare – definitivamente e con effetti *erga omnes* – l'illegittimità di una disposizione o di una norma dell'ordinamento, e giudici comuni, cui compete la valutazione delle conseguenze discendenti da tale dichiarazione nei singoli giudizi³². E, del resto, siffatta ripartizione è stata ribadita anche quando la pronuncia di incostituzionalità abbia investito una riforma di ampio respiro di un settore ordinamentale –

²⁹ Come è accaduto nel seguito giudiziario della [sent. n. 32 del 2014](#) della Corte costituzionale, i cui effetti si sono rivelati di difficile delimitazione: si rinvia, al riguardo, alla letteratura già menzionata in precedenza alla nt. n. 13.

³⁰ Si cfr. M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., 91.

³¹ In proposito V. MANES-L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale*, cit., 227-228, nell'esaminare le più recenti pronunce di incostituzionalità riguardanti norme penali “di favore”, sottolineano come le problematiche attinenti alle vicende intertemporali da queste determinate siano state “delegate” dalla Corte costituzionale alla giurisdizione comune.

³² Si cfr. es. Corte cost., [sent. n. 5 del 2014](#), cit., n. 5.2 *Cons. dir.*, ove si ribadisce che “[c]ompete, dunque, 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”.



ci si riferisce alla [sent. n. 32 del 2014](#) relativa alla disciplina sanzionatoria in materia di sostanze stupefacenti o psicotrope³³ – e l'estensione delle relative ricadute avrebbe forse giustificato un intervento chiarificatore da parte della Corte costituzionale, al fine di scongiurare incertezze operative incidenti su ulteriori garanzie costituzionali – quali i principi di certezza del diritto e di prevedibilità delle conseguenze penali – la cui salvaguardia è stata, invece, rimessa alla giurisprudenza comune³⁴.

Cionondimeno, il Giudice delle leggi, pur non occupandosi esaustivamente delle conseguenze delle pronunce di incostituzionalità, ha avuto modo di fornire qualche indicazione di massima in merito alle implicazioni di tali pronunce. Non sempre, però, tali indicazioni si sono rivelate – a una lettura approfondita – inequivoche, visto che talvolta si è suggerito il ricorso alle regole sulla successione delle leggi penali nel tempo³⁵, talaltra si è esplicitamente affermata l'applicabilità della norma incostituzionale, ove più favorevole per l'imputato, in deroga agli ordinari principi sugli effetti delle pronunce di accoglimento³⁶.

³³ Si rinvia, ancora una volta, alla letteratura indicata alla nt. n. 13.

³⁴ La complessità delle potenziali ricadute della [sentenza n. 32 del 2014](#) era tale da indurre a domandarsi se la Corte costituzionale non potesse essa stessa occuparsi compiutamente degli effetti discendenti dalla dichiarazione di incostituzionalità: si cfr. V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 183 nt. n. 109, il quale, con specifico riguardo alle ricadute di tale pronuncia, sottolinea come l'attribuzione al giudice comune del governo degli effetti "intertemporali" di una pronuncia *in malam partem* sui processi in corso abbia "effetti dirompenti [...] sulla certezza del diritto". In effetti, in tale occasione la questione di legittimità costituzionale decisa presentava molteplici e non irrilevanti elementi di peculiarità in ragione del contenuto delle norme penali (di riforma complessiva del sistema di repressione penale dei fatti di produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope), delle specificità "strutturali" della disciplina sanzionatoria (nella quale le fattispecie incriminatrici presuppongono l'integrazione delle norme di carattere legislativo da parte di norme tecniche contenute in atti amministrativi, che traggono validità dalle prime) e del tempo trascorso fra l'entrata in vigore delle disposizioni oggetto della questione e la pronuncia di illegittimità costituzionale (ben otto anni).

³⁵ Sempre nella [sent. n. 32 del 2014](#) il Giudice delle leggi ha affermato che la dichiarazione di incostituzionalità della disciplina introdotta dalla l. n. 49 del 2006 (in sede di conversione del d.l. n. 272 del 2005) avrebbe comportato, per i fatti "non lievi" di produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, il ripristino della disciplina anteriore, con il conseguente prodursi di effetti, per un verso, *in bonam partem* in relazione agli illeciti concernenti "droghe leggere" e, per un altro verso, *in malam partem* in riferimento alle violazioni riguardanti "droghe pesanti"; e ha, poi, precisato che, "[q]uanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 cod. pen., che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo": si cfr. sent. cit., n. 6 *Cons. dir.*

³⁶ In tal senso, nella [sent. n. 236 del 2018](#) si è affermato che – pur a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della norma processuale che ha attribuito alla competenza del giudice di pace il reato di lesioni lievissime, di cui all'art. 582, secondo comma, cod. pen., in danno del figlio naturale – il tribunale, competente in virtù della norma processuale "di risulta" dovrebbe *applicare* la normativa sostanziale più favorevole vigente all'epoca della condotta. Vi si legge, infatti, che "per i fatti commessi fino al giorno della



Anche la giurisprudenza comune, di merito e di legittimità, ha spesso ritenuto di poter applicare la legge invalida ai “fatti concomitanti”, allorché il trattamento penale da essa previsto fosse più favorevole, in concreto, rispetto a quello individuato dalla legge non illegittima³⁷. Un primo orientamento interpretativo è giunto a tale conclusione facendo ricorso alle regole di cui all’art. 2 c.p., e quindi basandosi sul presupposto che la problematica della determinazione del trattamento dei “fatti concomitanti” possa essere risolta alla stregua di un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo. Si riconducono a questo filone interpretativo tutte quelle pronunce in cui si è riconosciuto apertamente che la norma più favorevole, sebbene dichiarata invalida, debba essere applicata “in ossequio all’art. 2 c.p.”³⁸, o in cui si è affermato comunque che il principio della inapplicabilità della legge incostituzionale debba essere “necessariamente coniugato con l’art. 2 c.p.”³⁹.

pubblicazione della presente decisione sulla Gazzetta Ufficiale opera il principio direttamente fondato sull’art. 25, secondo comma, Cost. e che prevale sull’ordinaria efficacia *ex tunc* della decisione di questa Corte ai sensi dell’art. 136 Cost. e dell’art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) della non retroattività della disciplina sostanziale che risulti essere peggiorativa per effetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale”, tanto che “innanzi al tribunale ordinario competente anche per il reato di lesioni lievissime, di cui all’art. 582, secondo comma, cod. pen., in danno del figlio naturale, l’imputato (o indagato) sarà soggetto all’applicazione della più favorevole disciplina delle sanzioni di cui al Titolo II del d.lgs. n. 274 del 2000, non diversamente da quanto accade nell’ipotesi del tribunale ordinario che si trovi a giudicare di un reato di competenza del giudice di pace (art. 63 del medesimo decreto legislativo)”: si v. n. 8 *Cons. dir.*; enfasi aggiunte. In senso analogo, anche nella recentissima [sent. n. 95 del 2025](#) la Corte costituzionale sembra aderire alla tesi della deroga ai principi in tema di effetti delle pronunce di accoglimento, là dove sottolinea come “in forza del divieto di applicazione retroattiva della norma penale più sfavorevole di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., chi abbia commesso il fatto mentre era in vigore la disposizione più favorevole dichiarata costituzionalmente illegittima debba continuare a beneficiare di quest’ultima, in deroga ai normali effetti *ex tunc* delle sentenze di accoglimento della Corte”: così, sent. cit., n. 5.1.5 *Cons. dir.*

³⁷ In dottrina, nei primi anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione, si cfr. es. A. CRISTIANI, *Sulla natura*, cit., 177-179, secondo cui la dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale comporta il verificarsi di una “speciale” ipotesi di successione di leggi penali.

³⁸ Nella prassi giudiziaria successiva alla [sent. n. 32 del 2014](#) della Corte costituzionale, si ritiene applicabile la norma incostituzionale in virtù dell’art. 2 c.p. nell’ambito di giudizi in cui venivano contestati fatti, ritenuti “non lievi”, di produzione, traffico o detenzione relativi a sole “droghe pesanti”, ovvero contestualmente sia a “droghe pesanti” sia a “droghe leggere” (i casi di “droghe miste”): si cfr. es. Cass. pen., sez. IV, sent. 3 luglio 2018, n. 41905, e Cass. pen., sez. IV, sent. 5 luglio 2018, n. 40945, non massimate, ove si è affermato *expressis verbis* che “in tema di stupefacenti, la reviviscenza del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73 nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2006, n. 59, successivamente dichiarate incostituzionali dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, non comporta l’applicazione delle norme ‘riattivate’ alle condotte aventi ad oggetto tali sostanze [‘droghe pesanti’] che siano state commesse nel corso della vigenza delle disposizioni attinte dalla censura di incostituzionalità”, e che in tal caso “in ossequio all’art. 2 c.p., troveranno applicazione queste ultime e non il regime sanzionatorio ripristinato meno favorevole”; allo stesso modo, senza fare espresso riferimento all’art. 2 c.p., già Cass. pen., sez. IV, sent. 1° luglio 2014, n. 43464, *Lombardo*, in *CED* n. 260731, e Cass. pen., sez. IV, sent.



È, poi, rinvenibile un secondo orientamento giurisprudenziale che perviene alla stessa conclusione – vale a dire l'applicazione della norma incostituzionale in quanto più favorevole per il reo – muovendo però dal richiamo congiunto dell'art. 2 c.p. e dell'art. 25, secondo comma, Cost. ovvero dall'evocazione della sola disposizione costituzionale⁴⁰. Secondo questa opzione ermeneutica l'applicazione della norma invalida sarebbe giustificata dal fatto che il principio di non retroattività della norma sfavorevole (quella “di risulta”) ricavato dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in qualche occasione anche dall'art. 7 CEDU, debba prevalere sui principi relativi agli effetti delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale – specie sull'ordinaria efficacia *ex tunc* delle dichiarazioni di incostituzionalità – come delineati dal combinato disposto dell'art. 136 Cost., dell'art. 1 legge cost. n. 1 del 1948 e della legge n. 87 del 1953⁴¹.

4. I profili di criticità di tale soluzione: l'impropria estensione, in via diretta o indiretta, alla dichiarazione di incostituzionalità delle regole sulla successione di leggi penali nel tempo

Le ragioni pratiche che hanno ispirato la giurisprudenza sono comprensibili, ma non possono essere ignorate le criticità che la soluzione solleva. Essa appare discutibile, anzitutto, nella misura in cui attribuisce alla norma dichiarata *incostituzionale* una qualità tipica della

26 settembre 2014, n. 44808, *Madani e altro*, in CED n. 260735, rese nell'ambito di giudizi concernenti la detenzione di “droghe miste”, e confermatrice delle sentenze di merito impugnate, nelle quali si è riconosciuta la perdurante applicabilità della disciplina dichiarata incostituzionale per i fatti commessi sotto la sua vigenza, in quanto recante un trattamento più favorevole per gli imputati, muovendo dal presupposto che il “ripristino” della legge anteriore avrebbe comportato non soltanto una pena edittale maggiore nel minimo per le “droghe pesanti” ma anche la configurabilità di più reati in relazione a condotte di detenzione simultanea di stupefacenti appartenenti a diverse tabelle.

³⁹ In tal senso, nel seguito giudiziario di Corte cost., sentt. [n. 119 del 2010](#), cit., e [n. 366 del 2010](#), si v. Cass. pen., sez. II, sent. 28 giugno 2018, n. 31730, e Cass. pen., sez. II, sent. 28 giugno 2018, n. 31731, non massimate, nelle quali si è incidentalmente affermato che il principio della inapplicabilità della legge dichiarata incostituzionale deve essere “necessariamente coniugato con l'art. 2 c.p. in base al quale ‘nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato’”: il riferimento, anche qui, al solo art. 2 c.p. sembrerebbe lasciare intendere che il problema del trattamento penale dei ‘fatti concomitanti’ sia ritenuto risolvibile per il tramite delle regole sulla successione di leggi penali nel tempo.

⁴⁰ In questi termini, Cass. pen., sez. IV, sent. 28 febbraio 2014, n. 13903, *Spampinato*, in CED n. 261057, e più recisamente Cass. pen., sez. IV, sent. n. 44889 del 2018, cit., nelle quali la conclusione della perdurante applicabilità della norma incriminatrice dichiarata incostituzionale è motivata, non già dal solo art. 2 c.p., bensì anche dall'art. 25, secondo comma, Cost. e dall'art. 7 CEDU.

⁴¹ Si v. Cass. pen., sez. V, sent. 21 febbraio 2022, n. 24062, ove la Suprema Corte fa proprio l'equivoco passaggio argomentativo di Corte cost., [sent. n. 236 del 2018](#), cit. – riportato per esteso *supra* alla nt. n. 36 – giungendo a sostenere l'applicabilità della disciplina sostanziale più favorevole sulla base della prevalenza della garanzia sottesa all'art. 25, secondo comma, Cost. sui principi in tema di effetti delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale.



norma *abrogata*, vale a dire la capacità di disciplinare con piena efficacia le situazioni giuridiche sorte sotto la sua vigenza⁴². L'equiparazione – pur eccezionale – si scontra con la differente natura fenomenologica della dichiarazione di incostituzionalità rispetto all'abrogazione o, più in generale, alla successione di leggi nel tempo. I due istituti si differenziano nelle condizioni di operatività e nelle implicazioni, incidendo su diverse caratteristiche della norma: la prima sulla sua validità e la seconda sulla sua efficacia temporale⁴³.

Si tratta di una distinzione che è pacificamente riconosciuta, pur a fronte della varietà di opinioni circa la qualificazione degli effetti delle pronunce di incostituzionalità⁴⁴, e che è coerente con la struttura del sistema di giustizia costituzionale accolto dall'ordinamento italiano. Senza tornare su profili ormai assodati, ci si limita a osservare che – nonostante l'aperta formulazione dell'art. 136 Cost.⁴⁵ – l'istituzione di un sindacato di costituzionalità con

⁴² Si cfr., fra gli altri, A. PIZZORUSSO, Sub Art. 134 Cost., in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Articoli 134-139*, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1981, 184.

⁴³ Si cfr. già Corte cost., [sent. 14 giugno 1956, n. 1](#); Corte cost., [sent. 12 febbraio 1963, n. 1](#), n. 2 Cons. dir., con la nota di C. ESPOSITO, *Ultrattività delle norme corporative e competenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1963, 4 ss.; Corte cost., [sent. 2 aprile 1970, n. 49](#). Sul punto si v. più diffusamente G. AZZARITI, *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Scritti Giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*, vol. IV, Zanichelli, Bologna, 1953, 29 ss. e spec. 42; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Cedam, Padova, 1962, 285-326; G. DELITALA, *Gli effetti penali*, cit., 182-187; G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 3/1951, 356 ss.; F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Treccani, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, 6; Id., *L'invalidità della legge*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1970, 14-59; V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 514 ss.; F. PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, 968 ss.; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 521 ss.; e sul problema della estensione del sindacato incidentale di costituzionalità alle leggi anteriori alla Costituzione, si cfr. altresì gli scritti, apparsi nel periodo immediatamente successivo all'avvio dell'attività della Corte costituzionale, di V. CRISAFULLI, C. ESPOSITO, M.S. GIANNINI, C. LAVAGNA, C. MORTATI e G. VASSALLI, raccolti nel *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1956, 261 ss.; V. CRISAFULLI, *Incostituzionalità o abrogazione?*, in *Giur. cost.*, 1957, 271 ss.; C. ESPOSITO, *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, in *Giur. cost.*, 1958, 829 ss.; C. MORTATI, *Abrogazione legislativa e instaurazione costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 365 ss.; Id., *Ancora su incostituzionalità e abrogazione (osservazione a Sentenza Corte costituzionale n. 1 del 1958)*, in *Giur. cost.*, 1959, 1 ss.

⁴⁴ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sugli effetti della dichiarazione di incostituzionalità si rinvia a G. PARODI, Sub Art. 136 Cost., in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, op. cit., 2648 ss. e spec. 2656-2658.

⁴⁵ Nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione, il ricorso al concetto di 'perdita di efficacia' aveva indotto parte della dottrina ad accogliere la tesi dell'efficacia *ex nunc* della dichiarazione di incostituzionalità: si cfr. G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. I. Il sindacato incidentale*, Jovene, Napoli, 1957, 241-254; P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950, 72-85; F. CARNELUTTI, *Una pezza all'art. 136 Cost.?*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 239 ss.; M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902 ss.



accesso in via incidentale, a opera della legge cost. n. 1 del 1948, e la conseguente inapplicabilità della norma riconosciuta illegittima, quanto meno nel giudizio *a quo*⁴⁶, delineano con chiarezza l'estensione degli effetti delle pronunce di accoglimento, non limitandoli alle sole situazioni future⁴⁷. Tale costruzione, del resto, trova conferma – non già fondamento – nella legislazione ordinaria, che sancisce, all'art. 30, terzo comma, legge n. 87 del 1953, l'inapplicabilità delle leggi dichiarate incostituzionali⁴⁸.

Il primo orientamento giurisprudenziale, che – come si è visto – riconosce l'applicabilità della norma incostituzionale in virtù di una estensione delle regole di cui all'art. 2 c.p. alle problematiche poste dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, evidenzia una certa confusione fra i principi relativi agli effetti delle pronunce di incostituzionalità e le regole previste per la successione di leggi penali⁴⁹. In proposito, può osservarsi che, sebbene tali principi e regole possano talvolta condurre a esiti coincidenti, non appare corretto sostenere il ricorso a queste ultime al di fuori del perimetro di applicabilità che è loro proprio. E, infatti, è senz'altro vero che, quando la norma incostituzionale sia più sfavorevole, l'eventuale (si ribadisce, improprio) utilizzo delle regole sulla successione di leggi penali condurrebbe *casualmente* alla stessa conclusione cui si pervenirebbe sulla base dei principi in materia di dichiarazione di incostituzionalità, ossia all'applicazione della normativa "di risulta". Nelle due ipotesi sarebbero, però, profondamente diverse le giustificazioni addotte a sostegno della conclusione: nella prima, la normativa "di risulta" sarebbe applicabile semplicemente perché più favorevole rispetto a quella incostituzionale vigente all'epoca del fatto; nella seconda, la stessa normativa "di risulta" dovrebbe applicarsi in quanto unica normativa non invalida idonea a disciplinare il fatto.

Tanto più appare improprio, onde erroneo, il ricorso alle regole sulla successione di leggi penali nella situazione opposta – in cui la legge incostituzionale rechi un contenuto più favorevole per il reo – visto che, in tale eventualità, neppure si realizzerebbe la coincidenza dei risultati pratici poc'anzi descritta. L'ipotetica operatività delle regole *ex art. 2 c.p.* porterebbe a ritenere applicabile, in senso proprio, la legge dichiarata incostituzionale in

⁴⁶ Si v. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000, 65 ss. e nt. n. 132.

⁴⁷ Come precisato da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 266, la "retroattività" delle pronunce di incostituzionalità non dipende, in senso proprio, dal sopravvenire di una nuova disciplina giuridica sostanziale per fatti anteriori, ma costituisce soltanto un "riflesso indiretto di situazioni processuali nelle quali ai giudici è fatto divieto di dare applicazione a leggi incostituzionali rispetto a situazioni sostanziali già esistenti". Sul punto, si v. anche V. ONIDA, *In tema di interpretazione delle norme sugli effetti delle pronunce di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1965, 1413 ss. e spec. 1415, 1418; *Id.*, *Illegittimità costituzionale*, cit., 524 ss. e spec. 560; A. PIZZORUSSO, *Sub Art. 134 Cost.*, cit., 184.

⁴⁸ Sulla portata innovativa ovvero meramente confermativa dell'art. 30, terzo comma, l. n. 87 del 1953 rispetto al sistema delineato dalla Costituzione e dalla l. cost. n. 1 del 1948, si cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 264, 265 e nt. n. 19, anche per i relativi riferimenti dottrinali.

⁴⁹ Si v. V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità*, cit., *passim*.



quanto di maggior favore, ma ciò si porrebbe in aperto contrasto con i principi sugli effetti delle pronunce di accoglimento, i quali ne sanciscono, invece, l'inapplicabilità.

D'altronde, la tesi dell'eccezionale applicabilità della norma incostituzionale ai "fatti concomitanti" genera anche gravi incoerenze sistematiche, implicando che una stessa norma (incostituzionale) possa nell'un caso, per i fatti anteriori e successivi alla sua vigenza, ritenersi in radice inapplicabile perché invalida e nell'altro caso, per i "fatti concomitanti", reputarsi applicabile. A una tale inferenza si frappone l'ontologica unicità della norma, che preclude l'attribuzione ad essa di caratteristiche che ne presupporrebbero una duplice natura, come se – appunto – essa possa dirsi, a certi fini, invalida e quindi inapplicabile e, ad altri fini, applicabile alla stregua di una norma valida. L'incongruenza sarebbe, peraltro, ancor più marcata allorché la normativa "di risulta" dia luogo a effetti penali più favorevoli solo rispetto a talune condotte, giacché, in tal caso, la tesi accolta in giurisprudenza costringerebbe addirittura a sostenere che la norma incostituzionale abbia una diversa natura in rapporto alla medesima categoria dei "fatti concomitanti": una conclusione intrinsecamente contraddittoria⁵⁰.

In definitiva, il primo orientamento interpretativo – pur perseguendo l'apprezzabile obiettivo di evitare il realizzarsi di conseguenze più gravose rispetto a quelle previste dalla legge incostituzionale vigente al momento della condotta – si basa su una disposizione, l'art. 2 c.p., insuscettiva di fondare una deroga ai principi sugli effetti delle pronunce di incostituzionalità⁵¹. La soluzione non risulta accettabile neppure quando – in una delle sue diverse modulazioni – l'art. 2 c.p. venga evocato in combinato disposto con l'art. 25, secondo comma, Cost., ove il richiamo di quest'ultima disposizione costituzionale sia volto a giustificare un'eccezionale operatività della previsione codicistica. Invero, l'art. 2 c.p. regola solo ipotesi di successione nel tempo di leggi penali *valide*, mentre risulta inidoneo a fornire una soluzione ai problemi determinati dalla *invalidità* di una delle norme penali succedutesi nella disciplina di una data materia⁵².

⁵⁰ A voler seguire la tesi giurisprudenziale dovrebbe riconoscersi che la norma incostituzionale, quando si riveli più favorevole, sia applicabile – onde in grado di qualificare i 'fatti concomitanti' – e che la stessa norma, quando più sfavorevole della normativa "di risulta", risulti inapplicabile in quanto inidonea a innovare validamente l'ordinamento giuridico.

⁵¹ Si cfr., ancora, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 266; V. ONIDA, *In tema di interpretazione*, cit., 1413 ss. e spec. 1415, 1418; ID., *Illegittimità costituzionale*, cit., 524 ss. e spec. 560; A. PIZZORUSSO, *Sub Art. 134 Cost.*, cit., 184.

⁵² Già G. DELITALA, *Gli effetti penali*, cit., 187-188, sottolineava come il fenomeno cui dà luogo la pronuncia di incostituzionalità di una legge penale non abbia nulla in comune con quello della successione di leggi penali nel tempo; nel senso della assoluta inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 2 c.p. alle leggi penali dichiarate incostituzionali si sono espressi, nello specifico, L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Leggi incostituzionali*, cit., 62-68; P. CAVALLARI, *Natura degli effetti*, cit., 135-136; M. GALLO, *La "disapplicazione"*, cit., 925-928; ID., *Appunti di diritto penale*, cit., 151-154; V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 355-359; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 131; M. GAMBARDILLA, *Qualche considerazione*, cit., 5; F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla*



5. (Segue.) *La sua inconciliabilità con la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale su norme penali più favorevoli*

Alle criticità del primo orientamento giurisprudenziale potrebbe obiettarsi che il secondo motiva in modo più coerente l'applicabilità della norma incostituzionale, la quale troverebbe il proprio fondamento – a prescindere dall'improprio riferimento all'art. 2 c.p. complessivamente considerato – esclusivamente nell'art. 25, secondo comma, Cost. (o, se si vuole, nel suo corrispondente codicistico, individuato – in tesi – nell'art. 2, primo comma, c.p.)⁵³. In tal modo, la soluzione verrebbe ricondotta a quelle posizioni dottrinali che predicano la stessa conclusione sulla base di un'interpretazione sistematica dei principi costituzionali in tema di effetti delle pronunce di incostituzionalità e del principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole. Tali posizioni riconoscono – al pari del secondo indirizzo interpretativo in esame – la possibilità di derogare alla regola della necessaria applicazione della norma “di risulta”, assumendo che l'art. 25, secondo comma, Cost. esprima un'esigenza di tutela capace di imporsi sugli effetti *ex tunc* della dichiarazione di incostituzionalità; e, su questo presupposto, ritengono legittima l'applicazione in senso proprio della norma dichiarata illegittima ai fatti commessi sotto la sua vigenza, se più favorevole per l'imputato⁵⁴.

pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 1/2014, 255, il quale icasticamente afferma che “l'art. 2 c.p. nel suo complesso *disciplina soltanto l'ipotesi di successione di leggi penali tutte legittime*, e non l'ipotesi – radicalmente eterogenea – in cui la vicenda successoria sia determinata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma, e dalla conseguente riespansione o reviviscenza di altra norma (contestualmente vigente o previgente)” (corsivi dell'Autore).

⁵³ Si v. *supra*, nt. nn. 40-41.

⁵⁴ In questo senso, M. GALLO, *La “disapplicazione”*, cit., 930-935, secondo cui la norma “di favore” dichiarata incostituzionale dovrebbe essere applicata ai fatti verificatisi prima del riconoscimento della sua invalidità in virtù di “una interpretazione sistematica” degli artt. 25 e 136 Cost., e in particolare per la prevalenza del principio espresso dalla prima norma costituzionale rispetto a quello desumibile dalla seconda; tesi ribadita dall'Autore, più di recente, in *Appunti di diritto penale*, cit., 151-155; L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Leggi incostituzionali*, cit., 68-75, ad avviso del quale il principio di legalità, consacrato nell'art. 25 Cost., non ammetterebbe eccezioni, né potrebbe ritenersi derogato dall'art. 136 Cost., dal momento che nessuna interpretazione di quest'ultima norma, anche la più ampia possibile, sarebbe in grado di “sovvertire un'altra norma costituzionale, che si pone come limite a quella medesima interpretazione”; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., 44-45, il quale ritiene che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della “norma incriminatrice di favore” (espressione con cui l'Autore si riferisce a una norma incidente in senso favorevole sul solo trattamento sanzionatorio previsto per una determinata categoria di condotte, senza escluderne la rilevanza penale) non avrebbe “la consueta e piena efficacia retroattiva”, e non impedirebbe quindi al giudice penale di applicare ugualmente la norma annullata a un accadimento storico verificatosi durante la sua vigenza, in quanto la regola della inapplicabilità delle leggi dichiarate incostituzionali (art. 136 Cost., art. 30 l. n. 87 del 1953) subirebbe “una chiara deroga” in forza del principio espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. Più in generale, fondano sull'art. 25 Cost. l'applicabilità



Senonché, anche ad ammettere che il fondamento esegetico della tesi dell'applicabilità della norma incostituzionale sia rappresentato unicamente dall'art. 25, secondo comma, Cost., essa presenta insuperabili profili di criticità dovuti alla sua inconciliabilità con la (pacifica) rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate su norme penali più favorevoli. Del resto, se si riconoscesse che il giudizio *a quo*, relativo a fatti commessi sotto la vigenza della norma più favorevole, sia definito attraverso l'applicazione della stessa norma anche dopo la pronuncia di incostituzionalità, dovrebbe allora concludersi nel senso che le questioni di legittimità costituzionale sollevate su di essa siano da ritenersi inammissibili.

Una simile conclusione non farebbe altro che riproporre problematiche analoghe a quelle presentate dalla teoria della "necessaria irrilevanza" del sindacato di costituzionalità sulle norme penali più favorevoli, e già superate da un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, inaugurato a partire dalla [sentenza n. 148 del 1983](#). In tale pronuncia, il Giudice delle leggi rigettò un'eccezione di inammissibilità per difetto di rilevanza formulata rispetto a una questione riguardante una norma penale 'di favore' proprio sul presupposto che l'accoglimento della questione stessa sia destinato a influire sulla susseguente attività giurisdizionale del giudice rimettente. E vi si chiarì, in particolare, che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale 'di favore', quand'anche non incidente sull'esito pratico del giudizio *a quo*, è potenzialmente influente sulle formule assolutorie o sul dispositivo della sentenza che il giudice dovrà pronunciare nel medesimo giudizio, ovvero sul relativo *iter* logico e fondamento normativo⁵⁵.

Queste considerazioni, ulteriormente precisate nella giurisprudenza successiva, depongono evidentemente in senso contrario alla tesi della mera applicabilità della norma incostituzionale più favorevole, qualunque sia la sua giustificazione. La rilevanza delle questioni di costituzionalità relative a norme penali 'di favore' – e parimenti di quelle relative a norme penali genericamente "più favorevoli" – si giustifica, infatti, per il fatto che, dopo la pronuncia di incostituzionalità, la sentenza penale non può fondarsi sulla semplice applicazione della norma illegittima, come se tale pronuncia non fosse mai intervenuta.

della legge penale favorevole dichiarata incostituzionale ai 'fatti concomitanti' A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 132; P. ROSSI, *Il sindacato*, cit., 447-448; P. VERONESI, *La sostenibile irretroattività*, cit., 365. Inoltre, pur senza richiamare esplicitamente l'art. 25 Cost., anche P. CAVALLARI, *Natura degli effetti*, cit., 136, ritiene applicabile la norma incostituzionale "di favore" sia quando abolisca una precedente incriminazione, per la "innegabile ingiustizia" che deriverebbe dalla "punizione di chi ha compiuto una certa azione definita lecita da una certa legge anche se questa legge, in seguito, viene dichiarata incostituzionale", sia quando preveda pene meno gravi della norma precedente, "[i]n forza [...] del principio generale di diritto penale per cui nessuno può essere punito con pene più gravi di quelle vigenti al momento del commesso reato". In senso contrario, P. STELLACCI, *Effetti della decisione*, cit., 275-277, secondo cui la pronuncia di incostituzionalità di una legge penale deve condurre sempre all'inapplicabilità della stessa legge, sia quando si tratti di una legge più favorevole di quella che l'aveva preceduta, sia quando si tratti di una legge meno favorevole.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 148 del 1983](#), cit., n. 3 *Cons. dir.*



Né può sostenersi che l'influenza della pronuncia di incostituzionalità sulla sentenza penale possa esaurirsi nella menzione – nella motivazione e nel dispositivo – dell'art. 25, secondo comma, Cost., tanto più qualora la disposizione costituzionale sia richiamata strumentalmente per giustificare l'esito assicurato dall'art. 2 c.p., e ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, è discutibile che tale disposizione costituzionale possa, di per sé, giustificare l'applicazione in senso proprio della norma incostituzionale in quanto più favorevole della normativa "di risulta", e che questa – sempre in tesi – debba essere trattata alla stregua di una norma successiva. Una simile impostazione presuppone la possibilità di effettuare, fra la norma invalida vigente al momento della condotta e quella "di risulta" (ritenuta) successiva, un giudizio di comparazione analogo a quello che può pacificamente svolgersi – esso sì – fra norme valide fisiologicamente succedutesi nel tempo l'una all'altra; tale giudizio di comparazione appare precluso, però, dalla diversità del fenomeno giuridico della dichiarazione di incostituzionalità. Inoltre, l'applicazione della norma dichiarata incostituzionale implicherebbe una sua "reale" vigenza anteriormente alla dichiarazione di invalidità, e non soltanto una sua vigenza formale o apparente; il che – come noto – rappresenta un aspetto ampiamente disputato⁵⁶.

In secondo luogo, può rilevarsi che l'esigenza sottesa all'art. 25, secondo comma, Cost., considerata prevalente sugli effetti della pronuncia di incostituzionalità, si sostanzia – a ben vedere – nel divieto, per il giudice penale, di far discendere conseguenze penali più gravose di quelle che il reo poteva prevedere, e quindi attendersi, al momento della condotta. Tale esigenza si radica – più che in altro – nell'affidamento riposto sulla disciplina che appariva formalmente vigente al tempo del fatto; pertanto, l'impossibilità di applicare la deteriore normativa "di risulta" sembra trovare una più coerente spiegazione nella incolpevole ignoranza della stessa normativa "di risulta" per il singolo. La piena tutela di siffatte istanze di sicurezza giuridica esige, dunque, che il problema del trattamento dei "fatti concomitanti" sia approfondito anche alla luce dei principi costituzionali in materia penale che attengono all'elemento soggettivo, su cui ci si soffermerà nei paragrafi che seguono.

6. La soluzione accolta: l'inconoscibilità, sul piano soggettivo, della norma "di risulta" a causa della formale vigenza della norma incostituzionale più favorevole

Le criticità mostrate dalla tesi invalsa nella prassi – dell'applicabilità della norma illegittima ove più favorevole per il reo – inducono a verificare la configurabilità di una diversa

⁵⁶ Nel senso dell'efficacia solo "formale" della norma incostituzionale anteriormente all'accertamento della sua invalidità, si cfr. V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale*, cit., 572-574, e G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 270-279; in senso contrario, F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, in *Giur. cost.*, 1963, 1728 ss.



soluzione, che eviti il realizzarsi di conseguenze più gravose di quelle previste dalla norma illegittima, senza tuttavia introdurre una deroga ai principi in tema di effetti delle pronunce di incostituzionalità⁵⁷. A tal fine, appare necessario muovere dalla distinzione fra due diverse questioni che si presentano nei giudizi penali vertenti sui “fatti concomitanti”: altro è, infatti, rilevare quale sia la legge propriamente applicabile ai fatti avvenuti prima della dichiarazione di incostituzionalità; altro è individuare quali conseguenze penali possano subire coloro a cui tali fatti siano contestati.

Quanto al primo problema, si ritiene che una legge penale dichiarata incostituzionale non possa più dirsi propriamente applicabile – ammesso che lo sia mai stata – a nessun fatto, sia esso posteriore ovvero anteriore alla pronuncia della Corte costituzionale. Tale norma appare, infatti, priva di efficacia “qualificatoria”⁵⁸, nel senso che essa non potrebbe costituire il parametro normativo in base al quale qualificare, sul piano giuridico, i fatti della realtà empirica contestati nel giudizio penale; e ciò neppure quando la norma illegittima rechi una disciplina più favorevole, in concreto, rispetto a quella individuata dalla legge “di risulta”⁵⁹.

È, invece, solo ai fini della soluzione della seconda questione, relativa alla determinazione delle conseguenze penali di una certa condotta, che la norma incostituzionale appare suscettiva di assumere rilievo: non come legge propriamente applicabile, dunque, ma come un dato di fatto esistente al momento della condotta incriminata, al quale occorre attribuire rilevanza sul piano giuridico nell’ambito del processo penale. L’esistenza della norma incostituzionale è idonea a farla apparire al reo come quella qualificante le condotte contestate, e tuttavia non v’è dubbio che, a seguito della pronuncia di incostituzionalità, quella stessa norma sia inconfutabilmente priva di qualsiasi capacità qualificatoria.

In tal modo, la soluzione proposta può anche prescindere da una presa di posizione in ordine alla *vexata quaestio* concernente l’efficacia delle norme incostituzionali anteriormente all’accertamento della loro invalidità, ossia nel tempo fisiologicamente decorrente – in un

⁵⁷ Al contrario, M. GALLO, *La “disapplicazione”*, cit., 934, ritiene che la soluzione del problema derivi necessariamente da una lettura congiunta degli artt. 25 e 136 Cost., e che, a questo fine, “il contrasto fra i due dettati legislativi non può essere risolto quindi che considerando implicita in uno di essi una riserva”; nello stesso senso, M. GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., 45 e A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 23.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., [sent. n. 49 del 1970](#), cit., n. 2 *Cons. dir.*, ove, nel distinguere fra “l’effetto di abrogazione, prodotto dal sopravvenire di nuove leggi, e l’effetto di annullamento, derivante dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale”, si chiarisce che “[a]ltro è [...] il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore, altro l’accertamento, ad opera dell’organo a ciò competente, della illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa: in questa seconda ipotesi, a differenza della prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte”.

⁵⁹ Si precisa, quindi, che si fa riferimento al concetto di “norma propriamente applicabile” nel significato di norma idonea a qualificare sul piano giuridico i fatti oggetto del giudizio, e quindi a costituire un valido fondamento normativo della decisione giudiziaria.



sistema accentrato di giustizia costituzionale, con accesso in via incidentale – fra l’entrata in vigore della norma e la sua dichiarazione di incostituzionalità. È pur vero che, se si concepisse la norma incostituzionale come mai vigente in senso proprio – in quanto priva di efficacia nei riguardi dei giudici, i quali dovrebbero sollevare su di essa questione di costituzionalità – si potrebbe osservare che la tesi giurisprudenziale dell’applicazione della norma incostituzionale attribuirebbe a quest’ultima un’efficacia che non le era propria neppure prima della dichiarazione di invalidità; ciò che costituirebbe – come pure si è osservato in letteratura – un argomento ulteriore di criticità di detta tesi⁶⁰. In ogni caso, ai fini della giustificazione del trattamento dei “fatti concomitanti”, è *ex se* dirimente il fatto che tale efficacia – apparente o reale che sia, secondo l’una o l’altra prospettiva – abbia indotto i consociati a ritenere che la norma (poi dichiarata) incostituzionale fosse in grado di disciplinare la condotta all’epoca dei fatti.

Se ne ricava, quindi, che la norma più favorevole dichiarata incostituzionale debba essere presa in considerazione dal giudice penale, non già perché da essa possa desumersi la regola disciplinatrice dei casi in essa considerati, ma in quanto essa abbia dato luogo, per il periodo antecedente alla pronuncia di accoglimento, a una situazione di “apparenza giuridica” su cui i singoli hanno incolpevolmente fatto affidamento: incolpevolmente, si intende, dal momento che non potrebbe certo richiedersi loro di compiere una valutazione sulla ipotetica sussistenza di profili di incostituzionalità delle leggi penali che, in un dato momento, appaiano essere formalmente in vigore⁶¹. E, infatti, se un precetto penale assume rilievo per

⁶⁰ Si cfr. V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale*, cit., 572-574, secondo cui le leggi incostituzionali, anteriormente all’accertamento della loro illegittimità, sono dotate (soltanto) di efficacia “formale”, in quanto sottoposte al regime giuridico degli atti legislativi, e non invece di efficacia “sostanziale”, “cioè non innovano nell’ordinamento giuridico sostanziale, non creano e non disciplinano rapporti giuridici, non danno vita a diritti e ad obblighi, non costituiscono per i giudici regola del decidere”; la tesi è stata condivisa, su questo specifico punto, anche da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 270-279. *Contra*, F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale*, cit., 1728 ss., a parere del quale l’atto legislativo incostituzionale, fino alla pronuncia di incostituzionalità, sarebbe “giuridicamente esistente” (termine che l’Autore utilizza nel senso di “valido”).

⁶¹ In questi termini, si v. già V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 398-402, secondo cui la legge incostituzionale, quand’anche individui un trattamento di favore sul piano penale, mai potrebbe ritenersi applicabile in senso proprio (neppure) ai fatti avvenuti sotto il suo vigore, essendo tale legge priva di efficacia “sostanziale”, e quindi insuscettibile di qualificare sul piano giuridico i fatti oggetto del giudizio penale; nel successivo saggio *Note su un dibattito in tema di “rilevanza”*, cit., 1004-1007, l’Autore, pur riconoscendo di voler correggere siffatta tesi (si cfr. nt. n. 19), non sembra invero effettuare una revisione “sostanziale” della stessa, limitandosi a mere precisazioni lessicali: nell’ammettere che la regola della inapplicabilità delle leggi dichiarate incostituzionali subisca, nel caso della illegittimità di norme penali “di favore”, una deroga in virtù dell’art. 25 Cost., e che il giudice penale sia in tal caso tenuto ad applicare la medesima norma riconosciuta invalida, specifica, però, che tale applicazione è compiuta non già perché la norma di favore incostituzionale sia quella “legittimamente qualificante il fatto su cui verte il giudizio, ma solo in forza del rilievo che nel caso assume (in base all’art. 25 Cost.) l’apparenza di diritto creata dalla sua formale vigenza all’epoca della commissione del fatto”. Dal che pare potersi desumere che l’Autore, in questo secondo scritto, abbia



quel che appare ai consociati, sarebbe irragionevole ritenere che la situazione di incertezza giuridica esistente fra il momento della formale entrata in vigore della legge e la dichiarazione della sua invalidità possa andare a detrimento di coloro che abbiano commesso il fatto in costanza di tale incertezza.

Da quanto si è osservato emerge, dunque, che la giustificazione del trattamento dei “fatti concomitanti” non è da ricercarsi né nelle regole sulla successione di leggi penali nel tempo di cui all’art. 2 c.p. né esclusivamente nella regola della irretroattività della legge penale più sfavorevole di cui all’art. 25, comma secondo, Cost., se intesa quale mero strumento per rendere operante la norma codicistica o comunque per ritenere *applicabile* la norma incostituzionale. Tramite tali regole si pretenderebbe, infatti, di dare risposta al problema in esame sul piano dei rapporti fra fonti del diritto, procedendo – in tesi – all’individuazione della norma applicabile (quella invalida) giacché più favorevole per l’imputato. Senonché, a prescindere dagli altri profili di criticità – pure sopra rilevati – la soluzione giurisprudenziale non può essere condivisa per l’assorbente ragione che essa trascura un aspetto assolutamente decisivo, ossia l’atteggiarsi dell’elemento soggettivo dell’autore della condotta⁶².

In effetti, la giustificazione del trattamento dei “fatti concomitanti” deve rinvenirsi, più che nelle relazioni sussistenti in astratto fra norme, nelle istanze di prevedibilità in concreto dell’esercizio della potestà punitiva. E tali istanze non paiono riconducibili soltanto al principio di irretroattività, ma si ricavano da una lettura sistematica dell’impianto di garanzie costituzionali in ambito penalistico, che tenga conto anche del principio di colpevolezza e di quello di proporzionalità delle pene⁶³. L’“apparenza giuridica” creata dalla vigenza della legge

semplicemente adottato un’accezione di “norma applicabile” diversa rispetto a quella utilizzata precedentemente, non coincidente con il concetto di “norma qualificante sul piano giuridico” i fatti oggetto di contestazione nel giudizio penale.

⁶² In questo senso E. GROSSO, *Norme “penali”*, cit., 595, il quale, nel commentare la [sentenza 30 dicembre 1991, n. 518](#) della Corte costituzionale – dichiarativa dell’irrelevanza di una questione di costituzionalità sollevata su norme di favore contenute in leggi della Regione Lazio, che autorizzavano il compimento di fatti altrimenti penalmente rilevanti – osserva che, “[s]e è vero che al soggetto che dà esecuzione a una legge incostituzionale non è applicabile alcuna sanzione poiché l’agente, al momento della commissione del fatto non poteva rappresentarsi la disciplina sfavorevole, ciò significa che la responsabilità dell’agente viene esclusa per una motivazione attinente all’*elemento soggettivo*: la rappresentazione della vigenza della norma, e la conseguente mancanza di dolo nella commissione del reato” (corsivi dell’Autore).

⁶³ Si cfr. V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 400-401; e anche F. VIGANÒ, *Dalla Cassazione un piccolo vademecum per il giudice di fronte al rompicapo creato dal d.l. 146/2013 e dalla sent. n. 32/2014*, in [Diritto Penale Contemporaneo online](#), 2014, sottolinea come la necessità di prendere in considerazione la legge incostituzionale per la individuazione del trattamento penale dei ‘fatti concomitanti’ derivi proprio da esigenze di “tutela dell’affidamento del singolo sulla norma penale apparentemente vigente al momento del fatto, principio a sua volta deducibile da quello di prevedibilità della sanzione penale che si deduce dall’art. 25 co. 2 Cost., interpretato alla luce dell’art. 7 CEDU e della pertinente giurisprudenza di Strasburgo”; in tal senso, già in precedenza si cfr. Id., *Pena illegittima*, cit., 255.



incostituzionale assume rilievo nel giudizio penale perché rende, di fatto, impossibile o comunque non esigibile la preventiva conoscenza delle conseguenze penali, maggiormente afflittive, previste dalla norma non incostituzionale. Ed è proprio l'oggettiva in conoscibilità di queste ultime a implicare che, nelle diverse ipotesi, l'imputato debba essere assolto poiché non poteva sapere dell'illeceità della propria condotta, o debba vedersi applicate le sanzioni più miti previste dalla norma incostituzionale, in quanto non avrebbe potuto attendersi l'applicazione di quelle più sfavorevoli sancite dalla norma "di risulta", le quali non potrebbero che apparire sproporzionate ove raffrontate alla "misura" della colpevolezza e alla gravità soggettiva del fatto.

7. Il trattamento dei "fatti concomitanti" fra inapplicabilità in senso proprio della norma incostituzionale più favorevole e suo necessario rilievo giuridico

Come si è anticipato nell'introduzione, la soluzione proposta, oltre ad apparire coerente con i principi in tema di effetti di pronunce di incostituzionalità, è suscettiva di dar luogo a implicazioni concrete sui contenuti della sentenza conclusiva del giudizio penale relativo ai "fatti concomitanti" e, in tal modo, consente di motivare adeguatamente – si tratta di elementi strettamente correlati – l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale su norme penali più favorevoli.

Muovendo dalla disamina delle conseguenze pratiche nelle ipotesi di legge illegittima escludente la responsabilità penale, si può osservare che la sentenza di assoluzione pronunciata in esito al giudizio dovrebbe basarsi, non già – come vorrebbe la soluzione giurisprudenziale – sulla mera applicazione della legge incostituzionale, ma sull'ignoranza inevitabile circa la rilevanza penale o comunque la punibilità del fatto prescritta dalla legge non incostituzionale⁶⁴. Il fondamento normativo della decisione assolutoria sarebbe rappresentato, quindi, dall'art. 5 c.p.⁶⁵, come riletto dalla [sentenza n. 364 del 1988](#) della

⁶⁴ L'errore sulla legge penale deriverebbe dalla situazione di incertezza venutasi a creare per la (almeno apparente) formazione dell'atto normativo primario, contenente le norme di favore, secondo le forme procedurali previste dall'ordinamento, e per la sua conseguente formale entrata in vigore: si cfr. V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 399-402, il quale, già anteriormente a Corte cost., [sent. 23 marzo 1988, n. 364](#), impostava la soluzione del problema in termini di apparenza giuridica e di errore di diritto.

⁶⁵ Sembrano orientarsi in questo senso, con specifico riguardo all'ipotesi della dichiarazione di incostituzionalità di una norma che preveda una causa di giustificazione, F. MODUGNO, A.S. AGRÒ, *Il principio*, cit., 95; nonché, quanto all'ipotesi (per taluni aspetti analoga) di mancata conversione di un decreto legge recante norme di favore escludenti la responsabilità penale, si cfr. A. PAGLIARO, *Problemi penalistici a proposito del controllo di costituzionalità su un decreto legge non ancora convertito*, in Aa.Vv., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nel giorno 11 novembre 1994*, Giuffrè, Milano, 1996, 149-152, e F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito*, ivi, 85-88.



Corte costituzionale, per la sussistenza di un'ipotesi di errore non rimproverabile sulla legge penale⁶⁶.

Si ritiene, infatti, che il fatto contestato nel giudizio penale sia tipico, integrando gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie di reato prevista dalla legge non illegittima, e antigiuridico, non essendo riconducibile ad alcuna norma valida dell'ordinamento che ne autorizzi ovvero ne imponga la commissione, ma incolpevole, per cui l'esito assolutorio dovrebbe giustificarsi sulla base della formula "perché il fatto non costituisce reato", ai sensi dell'art. 530 c.p.p.⁶⁷. In quest'ottica, diverrebbe secondaria la questione dell'applicabilità o

⁶⁶ Si v. Corte cost., [sent. n. 364 del 1988](#), n. 28 *Cons. dir.*; nella decisione si è precisato che il nuovo testo dell'art. 5 c.p. risultante dalla dichiarazione di incostituzionalità è da intendersi così formulato: "L'ignoranza della legge penale non scusa tranne che si tratti d'ignoranza inevitabile". Sulla pronuncia si cfr. D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 699 ss., e G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, 1385 ss.

⁶⁷ In tal senso, già E. GROSSO, *Norme "penali"*, cit., 595, pur non facendo espresso riferimento all'art. 5 c.p., ritiene che la assoluzione dell'imputato debba discendere dalla formula "perché il fatto non costituisce reato" per carenza dell'elemento soggettivo; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., 87 e nt. n. 115, si limita a ipotizzare dubitativamente il ricorso a tale formula, senza tuttavia esplicitare le ragioni per cui mancherebbe l'elemento soggettivo del reato. Si concorda, dunque, con M. GAMBARDILLA, *Lex mitior*, cit., 146-147, *Id.*, *Specialità sincronica*, cit., 478-479, e A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 24, sul fatto che, laddove la norma più favorevole dichiarata incostituzionale escluda la possibilità di punire una certa categoria di condotte, prevedendo una causa di giustificazione o una causa di esclusione della punibilità, la formula assolutoria non potrebbe mai fondarsi sulla liceità della condotta incriminata o sulla non punibilità di essa, giacché, dopo la dichiarazione di incostituzionalità, la norma di favore non sarebbe suscettibile di trovare applicazione in senso proprio in alcun giudizio ancora pendente. E, tuttavia, non si condivide la soluzione proposta dai due Autori per tali ipotesi, secondo cui l'assoluzione deriverebbe dalla "mancata corrispondenza del fatto storico a qualsivoglia astratta fattispecie incriminatrice", e quindi si baserebbe sulla formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato"; conclusioni, su questo specifico punto, analoghe a quelle cui perviene anche F. FELICETTI, *Frodi comunitarie*, cit., 2879, a parere del quale, una volta avviato il procedimento penale, l'imputato non potrebbe essere assolto con formula diversa da quella corrispondente alla mancata previsione del fatto come reato. Secondo la soluzione accolta in questa sede, invece, il fatto contestato all'imputato, in sé considerato, potrebbe invero essere sussunto, sul piano oggettivo, sotto la fattispecie di reato descritta dalla legge non invalida, e in quanto tale sarebbe quindi previsto come reato da tale legge, onde la formula assolutoria indicata dagli Autori menzionati non appare essere la più congruente. La tesi qui suggerita si muove sul diverso piano della colpevolezza e sembra consentire la individuazione di una formula assolutoria maggiormente coerente con la situazione di fatto e giuridica che si viene a creare, senza peraltro esigere riformulazioni lessicali delle formule di proscioglimento previste dagli artt. 529-531 c.p.p., con una declinazione di esse al passato (così, ad esempio, "perché il fatto non era previsto come reato dalla legge vigente"), come si è, invece, sostenuto in letteratura: si cfr. M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., 90-91 e nt. n. 119; *Id.*, *La "rilevanza"*, cit., 124-125, e A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 23. Del resto, tali riformulazioni, "forzando" il disposto della legge processuale penale, si pongono in attrito con i principi generali di tassatività e immodificabilità delle stesse formule di proscioglimento, che trovano espressione nell'art. 254 disp. att. c.p.p., secondo cui – appunto – "le sentenze di proscioglimento possono essere pronunciate solo con le formule previste dal codice".



meno dell'art. 59, ultimo comma, c.p. nel caso di norma incostituzionale istitutiva di una nuova causa di giustificazione ovvero estensiva dei confini applicativi di una causa di giustificazione già esistente nell'ordinamento⁶⁸, su cui, peraltro, l'orientamento attualmente dominante nella letteratura scientifica e nella prassi giudiziaria si esprime in senso negativo, reputando che tale norma si riferisca esclusivamente alle ipotesi di errore sul fatto scriminante, e non anche a quelle di errore (di diritto) sulla norma scriminante⁶⁹.

L'incidenza pratica della soluzione accolta è evidente se si prendono in considerazione le situazioni in cui la norma incostituzionale disciplini in modo diverso (e più favorevole) l'elemento oggettivo o quello soggettivo, stabilisca una causa di giustificazione o una causa di non punibilità, ovvero depenalizzi il fatto⁷⁰: la tesi dell'applicazione della norma incostituzionale avrebbe condotto, in tali situazioni, a diverse formule di assoluzione, mentre quella qui proposta fonda l'utilizzo di una medesima formula, vale a dire quella secondo cui "il fatto non costituisce reato".

Non si può sostenere neppure che manchi un'implicazione pratica quando le due tesi siano – in astratto – capaci di giustificare la stessa formula, trattandosi di una casuale coincidenza fondantesi su differenti spiegazioni. Laddove l'incostituzionalità insista su una norma istitutiva di una causa di giustificazione, l'assoluzione secondo la formula "perché il fatto non costituisce reato" sarebbe pronunciata poiché sussiste la causa di esclusione della colpevolezza ex art. 5 c.p., e non perché il fatto non sia antigiuridico, come accadrebbe se si ritenesse applicabile la norma incostituzionale. E, ancora, qualora l'incostituzionalità concerna una norma disciplinante l'elemento soggettivo in termini più favorevoli, la formula

⁶⁸ Sul punto, si v. G. ZABREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 274.

⁶⁹ In dottrina, fra gli altri, si cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2015, 330-331; G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 143-144; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 1961, 73-74; e in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, sent. 5 giugno 1991, n. 12137, Rizzo, in CED n. 188684-01; *contra*, G. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, 571-572, secondo cui l'art. 59, ultimo comma, c.p. dovrebbe applicarsi tanto agli errori di fatto quanto a quelli di diritto.

⁷⁰ L'ipotesi della norma più favorevole di depenalizzazione è particolarmente problematica. In tal caso, si dovrebbe escludere la punizione sul piano penale di chi si sia reso autore di tali condotte nel periodo intercorrente fra l'entrata in vigore della legge di depenalizzazione e la dichiarazione della sua incostituzionalità, per mancanza dell'elemento soggettivo del reato sotto il profilo dell'ignoranza inevitabile della legge penale (non potendosi prevedere, al momento della commissione del fatto, che questo fosse riconducibile a una fattispecie di reato). Resterebbe, invece, aperto il problema del possibile assoggettamento dell'autore della condotta alla sanzione amministrativa o extra-penale prevista dalla legge incostituzionale, che – secondo una tesi formalistica – sarebbe da escludersi in quanto la norma incostituzionale non potrebbe validamente fondare l'attività procedimentale volta all'applicazione di detta sanzione. Al più, onde scongiurare l'esito, si potrebbe ipotizzare che sia la stessa Corte costituzionale a evitare la creazione di siffatto "vuoto sanzionatorio" attraverso una modulazione degli effetti nel tempo della pronuncia di incostituzionalità della legge di depenalizzazione. A proposito dell'ipotesi della mancata conversione di un decreto legge recante un intervento di depenalizzazione, si v. F. SORRENTINO, *Il decreto legge*, cit., 86-87.



assolutoria si baserebbe sempre sulla medesima causa di esclusione della colpevolezza, e non già sulla radicale assenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie incriminatrice⁷¹.

Nei casi appena esaminati l'incidenza della soluzione accolta trova concretizzazione, tanto nello svolgimento del percorso motivazionale quanto nel dispositivo della sentenza penale, nella formula assolutoria adottata o comunque nella relativa ragione giustificatrice. L'esito appare rispondere compiutamente all'esigenza sostanziale di prevedibilità in concreto delle conseguenze punitive – che, invero, le pur differenti tesi tengono in considerazione – dal momento che il ricorso all'art. 5 c.p. trova coerente fondamento nel complesso di garanzie costituzionali (artt. 3, 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost.) e sovranazionali (art. 7 CEDU e, ove applicabile, art. 49 CDFUE) volte ad assicurare quella stessa istanza⁷².

Altrettanto coerentemente, il fondamento normativo descritto e la costruzione che lo sorregge consentono di spiegare, sul piano processuale, l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto norme penali più favorevoli. Anzi, la soluzione qui sostenuta pare costituire uno sviluppo adeguato delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale, visto che essa conduce, in ogni caso, a un risultato diverso da quello che sarebbe disceso dall'ipotetica applicazione della norma incostituzionale, in particolare in relazione – a seconda dei casi – alle formule assolutorie, al dispositivo, al fondamento normativo o all'*iter* logico della pronuncia⁷³: proprio quanto aveva prospettato la Corte costituzionale sin dalla già menzionata [sentenza n. 148 del 1983](#)⁷⁴.

La tesi proposta necessita di essere precisata solo allorché la norma incostituzionale stabilisca un regime di prescrizione più favorevole, o comunque venga in rilievo sotto tale

⁷¹ Altro è dire che il soggetto ha compiuto un fatto che non corrisponde alla fattispecie legale per l'assenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma incostituzionale, altro è affermare che il fatto integra tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di reato sia sul piano oggettivo sia su quello soggettivo e che, però, l'autore di tale fatto incolpevolmente non poteva essere a conoscenza dei più estesi confini della legge non invalida. Tale ipotesi corrisponde a quanto verificatosi a seguito della [sentenza n. 105 del 2022](#) della Corte costituzionale, con la quale, per un vizio formale, è stata dichiarata l'incostituzionalità della norma relativa alla fattispecie di utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze – introdotta all'art. 586-*bis* c.p. dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 21 del 2018, in sostituzione dell'art. 9, comma 7, l. n. 376 del 2000 – limitatamente alla parte in cui richiedeva il dolo specifico (ossia il fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti).

⁷² La formale vigenza della norma incostituzionale rende, di fatto, *inaccessibile* la normativa non invalida e quindi concretamente *imprevedibili* le conseguenze penali da essa previste.

⁷³ Non sembra neppure sostenibile che la diversità fra la soluzione giurisprudenziale e quella qui proposta sia solamente apparente, limitandosi all'adozione di un differente significato di "norma applicabile", dal momento che – a prescindere da questioni definitorie astratte – si è mostrato che le due soluzioni conducono a esiti formali ben distinguibili.

⁷⁴ Si cfr. Corte cost., [sent. n. 148 del 1983](#), cit., n. 3 *Cons. dir.*



profilo⁷⁵, in quanto all'estinzione del reato prevista dall'istituto si associa, in rito, una specifica tipologia di sentenza, quella di non doversi procedere ex art. 531 c.p.p., differente da quella assolutoria ex art. 530 c.p.p. operante in ogni altra ipotesi di proscioglimento per ragioni sostanziali.

A voler valorizzare la natura della prescrizione quale istituto sostanziale, si potrebbe sostenere che il reo, al momento della condotta, abbia fatto affidamento sulla più breve durata del termine prescrizionale, e che, quindi, egli debba essere prosciolto in quanto allora non avrebbe potuto prevedere l'applicazione della norma "di risulta", che stabilisce – in ipotesi – un termine di prescrizione più lungo.

Tale esito potrebbe essere assicurato seguendo due diversi percorsi argomentativi. Secondo una prima prospettiva, qualora si ricomprendesse nel concetto di 'legge penale' di cui all'art. 5 c.p. non solo il precetto e il trattamento sanzionatorio, ma anche ogni altro aspetto influente sulla potestà punitiva, si potrebbe ritenere che l'inconoscibilità della legge non invalida configuri un caso di ignoranza inevitabile sulla legge penale, con conseguente necessità di emettere una pronuncia assolutoria ex art. 530 c.p.p. E, in tal senso, potrebbe argomentarsi che, di fatto, la deviazione dal modello decisorio di cui all'art. 531 c.p.p. è solo apparente, visto che anche la sentenza che dichiara l'estinzione del reato per prescrizione ha natura sostanziale, investendo la punibilità del fatto⁷⁶.

Senonché, tale spiegazione potrebbe non superare l'obiezione secondo cui tutte le vicende relative al regime prescrizionale – al pari di quelle concernenti le altre cause di estinzione del reato – sono state consapevolmente associate dal legislatore a un'apposita tipologia di sentenza, cui occorre fare riferimento, stante la sua specialità, anche quando – come nell'ipotesi di interesse – il proscioglimento sia dovuto a un errore inevitabile sulla norma regolatrice della prescrizione.

Se così fosse, sembrerebbe preferibile l'accoglimento di una seconda prospettiva, che porti all'emissione della sentenza di non doversi procedere ai sensi dell'art. 531, comma 2, c.p.p., sul presupposto che la situazione di incertezza determinata dalla formale vigenza della norma incostituzionale abbia ingenerato un "dubbio sull'esistenza della causa di estinzione del reato". E, dunque, anche in questo caso il fondamento normativo della sentenza penale sarebbe diverso da quello ipoteticamente alla base della sentenza di non doversi procedere

⁷⁵ L'ipotesi è, cioè, quella in cui, per un verso, il termine (più breve) indicato dalla legge illegittima – vigente al momento della commissione del fatto – sia già spirato e, per un altro verso, ancora non sia decorso il periodo previsto dalla legge non incostituzionale, di tal che, il giudice penale, solo tenendo conto (in tesi) della prima legge, dovrebbe dichiarare l'estinzione del reato.

⁷⁶ L'esito potrebbe apparire "artificioso", anche se in esso si concretizza un'implicazione della natura sostanziale dell'istituto della prescrizione: si presuppone che il singolo potesse fare affidamento, all'epoca della condotta, su una disciplina penale che gli avrebbe assicurato, entro un più breve lasso di tempo, l'esito pratico dell'estinzione per prescrizione del reato.



conseguente alla mera applicazione della norma incostituzionale, ossia il primo comma del medesimo art. 531 c.p.p.⁷⁷.

Procedendo, infine, all'esame dell'ipotesi in cui la legge illegittima preveda solo un trattamento più favorevole per il reo senza escludere la rilevanza penale dei fatti contestati, è assolutamente pacifico l'esito decisorio rappresentato dall'irrogazione delle pene nella qualità e nella misura stabilite dalla norma incostituzionale⁷⁸; occorre, però, rinvenire una giustificazione diversa da quella fornita dalla prassi, secondo cui sarebbe applicabile la norma invalida⁷⁹. Questa soluzione non può essere condivisa giacché implicherebbe che la sentenza di condanna poggi su un presupposto normativo invalido, ciò che – oltre a esporre tale soluzione agli ulteriori profili di criticità che si sono già illustrati – appare di per sé problematico in termini generali⁸⁰. Al contrario, l'unico fondamento normativo valido dell'esito decisorio di condanna nel processo penale – onde, dell'esercizio della potestà punitiva e dell'assoggettamento del reo alle conseguenze sanzionatorie – è rappresentato dai contenuti della normativa "di risulta", che continuano a qualificare la condotta in questione come penalmente rilevante.

Il rilievo giuridico della norma incostituzionale, pertanto, non risiede nel fornire formale base giuridica alla condanna dell'imputato, ma si concretizza esclusivamente nella fase di determinazione del trattamento sanzionatorio. È, infatti, solo a tal fine che la norma illegittima funge da limite a una piena applicazione della disciplina "di risulta", che non potrà operare in pregiudizio dell'affidamento maturato dal reo sulla più favorevole norma incostituzionale esistente all'epoca della condotta⁸¹. La formale vigenza di quest'ultima dà

⁷⁷ Pertanto, secondo tale opzione interpretativa, il proscioglimento dell'imputato dovrebbe essere dichiarato con sentenza di non doversi procedere, ai sensi dell'art. 531 c.p.p., non in virtù di una mera applicazione della legge illegittima, ma per il fatto che il giudice penale sarebbe tenuto a prendere in considerazione l'apparenza di diritto creata da quest'ultima, e quindi il "dubbio" ingenerato in ordine alla formale vigenza del più breve termine prescrizionale da essa previsto. La conclusione si fonderebbe, anche qui, sull'esigenza di prevedibilità delle conseguenze penali, a condizione di considerare la prescrizione – come appare oggi pacifico – quale istituto di diritto penale sostanziale.

⁷⁸ Nella letteratura è largamente condivisa l'opinione secondo cui sarebbe incongruo, in questa ipotesi, sostenere la assoluta impunità del fatto: si cfr. M. GAMBARDILLA, *Lex mitior*, cit., 147-148; Id., *Specialità sincronica*, cit., 479; A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 25; V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 403-404; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., 87; *contra*, M. ROMANO, *Commentario*, cit., 66-67, a parere del quale i fatti commessi durante la formale vigenza della legge incostituzionale più favorevole non risulterebbero punibili né in base a tale legge, né in base alla legge "di risulta".

⁷⁹ Si v. *supra*, § 3.

⁸⁰ La dottrina prevalente si esprime, invece, nel senso della perdurante applicabilità della legge penale più favorevole incidente sul solo trattamento sanzionatorio, pur se dichiarata illegittima, a tutti i fatti commessi nel relativo periodo di formale vigenza: in proposito, oltre alle opinioni dottrinali già richiamate alla precedente nt. n. 54, si veda anche A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 25.

⁸¹ In altre parole, il giudice penale, nella individuazione del trattamento sanzionatorio, non potrebbe irrogare pene maggiormente afflittive, né sul piano qualitativo né su quello quantitativo, rispetto non soltanto



luogo a una situazione di “apparenza giuridica” cui occorre attribuire rilievo giuridico, anche se manca un’espressa previsione normativa atta a fondare tale risultato, a differenza di quanto accade nell’ipotesi – che si è poc’anzi esaminata – di norma incostituzionale escludente la responsabilità penale. L’assenza di una siffatta previsione non obbliga certo al paradosso di fondare l’esercizio della potestà punitiva su una norma che è stata riconosciuta invalida, semmai la lacuna normativa impone di giustificare altrimenti la rilevanza giuridica della situazione di “apparenza” in vista dell’irrogazione delle pene⁸², nella scelta della loro tipologia (limite “qualitativo”) e nella relativa commisurazione (limite “quantitativo”)⁸³.

ai *limiti edittali* individuati dalla legge incostituzionale, ma anche alle *pene* che, *in concreto*, sarebbero derivate in base all’applicazione della stessa legge.

⁸² Ad esempio, si considerino, quanto al seguito giudiziario della [sentenza n. 32 del 2014](#) della Corte costituzionale, le questioni poste dal trattamento dei fatti “non lievi” di produzione, traffico e detenzione di sole “droghe pesanti”, aventi ad oggetto sostanze già contenute nelle tabelle ministeriali anteriormente all’intervento normativo del 2006: per questi fatti la legge illegittima (art. 73, comma 1, t.u. stup., nel testo introdotto dalla legge n. 49 del 2006) istituiva una cornice edittale da sei a venti anni di reclusione, più favorevole di quella prevista dalla legge “di risulta” (art. 73, comma 1, t.u. stup. nel testo originario introdotto dalla legge n. 162 del 1990) che stabiliva una pena reclusiva da otto a venti anni di reclusione [l’esempio si riferisce chiaramente alla situazione anteriore alla [sentenza 8 marzo 2019, n. 40](#) della Corte costituzionale, che ha sostituito il minimo edittale di otto anni sancito dalla normativa risultante a seguito della precedente pronuncia di incostituzionalità con il minimo edittale di sei anni di reclusione]. In tale ipotesi si poneva, quindi, proprio il problema di determinare il trattamento dei fatti occorsi sotto il vigore della legge incostituzionale più favorevole, evitando agli imputati l’inflizione di sanzioni più gravose di quelle che sarebbero discese dall’applicazione della legge illegittima. Si ritiene che, in tal caso, l’unica legge propriamente applicabile a quei fatti sia la legge “ripristinata” e che essa soltanto possa rappresentare il fondamento normativo della pena inflitta con la sentenza di condanna, ma che, cionondimeno, il giudice penale, al momento della commisurazione della pena, sia tenuto a dare rilievo all’apparenza giuridica creata dalla legge incostituzionale, e quindi a considerare come minimo edittale della pena detentiva quello, più favorevole, previsto da quest’ultima legge.

⁸³ In questi termini, già V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 403, il quale sottolinea come la soluzione illustrata, benché conduca a un esito coincidente con quello derivante dall’accoglimento della tesi dell’applicabilità della legge penale di favore dichiarata incostituzionale, possa talvolta dare luogo a “conseguenze pratiche diverse”. Si consideri, ad esempio, l’ipotesi in cui successivamente alla commissione del fatto incriminato sopravvenga una legge di amnistia applicantesi alle condanne per reati punibili fino a un determinato massimo edittale, superiore a quello previsto dalla legge più favorevole incostituzionale e, al contempo, inferiore a quello indicato dalla legge non invalida: a ritenere applicabile la legge incostituzionale, dovrebbe concludersi che il reo, non soltanto debba essere condannato secondo la più mite cornice edittale, ma possa anche usufruire della amnistia; al contrario, secondo la condivisibile costruzione dell’Autore, il fondamento normativo della sentenza di condanna sarebbe da individuarsi nella meno favorevole legge invalida – seppure la sua applicazione incontri il limite della apparenza di diritto creata dalla legge incostituzionale ai fini della determinazione, in concreto, della pena – di tal che dovrebbe escludersi l’operatività della legge di amnistia. Del resto, tale legge costituirebbe un provvedimento imprevedibile, per sua natura successivo alla commissione del fatto di reato, la cui – solo eventuale – adozione non potrebbe costituire oggetto di affidamento da parte del singolo.



Anche in quest'ipotesi, la giustificazione del trattamento dei "fatti concomitanti" non può discendere né dall'art. 2 c.p., che presupporrebbe la possibilità di applicare la norma più favorevole fra quella invalida e quella "di risulta" come se si trattasse di una fisiologica successione di leggi nel tempo, né dal solo art. 25, secondo comma, Cost., ove esso sia ritenuto idoneo a giustificare una eccezionale, ma impropria, applicazione della norma illegittima più favorevole. Certo, la *ratio* di garanzia sottesa all'art. 25, secondo comma, Cost. gioca un ruolo centrale nella definizione del trattamento dei "fatti concomitanti", ma non perché implichi una deroga – non necessaria – ai principi generali in tema di effetti delle pronunce di incostituzionalità, né perché rechi il presupposto normativo della sentenza penale di condanna, ma in quanto essa fonda, assieme ad altre garanzie costituzionali e sovranazionali, l'attività giurisdizionale nella sola fase di commisurazione delle pene⁸⁴. La

⁸⁴ La distinzione fra le due *fasi*, quella della *individuazione della legge propriamente applicabile* e quella successiva della *commisurazione delle pene*, consente di valutare più coerentemente gli effetti della pronuncia di incostituzionalità, specie allorché la disciplina incostituzionale abbia riformato profondamente la materia di interesse e siano, pertanto, assai complesse le ricadute di detta pronuncia, come accaduto con la più volte menzionata [sentenza n. 32 del 2014](#) della Corte costituzionale. A tal fine, si può, ad esempio, prendere in considerazione la problematica del trattamento delle condotte aventi ad oggetto "droghe miste" – alcune riconducibili alla categoria delle "droghe pesanti" e altre riferibili alla categoria delle "droghe leggere" – contestate come un unico fatto "di non lieve entità" sulla base della legge incostituzionale (art. 73 t.u. stup., nel testo introdotto dalla l. n. 49 del 2006). Quest'ultima non distingueva fra le diverse sostanze a seconda della loro natura o qualità, e quindi imponeva di valutare unitariamente le condotte aventi ad oggetto "droghe miste" e di ricondurle, nella loro integralità, alla fattispecie "di non lieve entità" ovvero a quella "di lieve entità"; del resto, proprio a causa della irrilevanza, ai fini del trattamento penale, della tipologia di sostanza stupefacente o psicotropa, non vi era alcuna necessità di formulare distinti capi di imputazione per le condotte relative a sostanze di diverso tipo. Ebbene, ad ammettere che la qualificazione giuridica di siffatte condotte come fatti "non lievi" rimanga ferma anche applicando la legge "ripristinata", si dovrebbe sostenere che la legge illegittima sia sempre e comunque più favorevole di quella non invalida, e che, laddove si ritenga – sempre in ipotesi – di accogliere la tesi della applicabilità della legge penale più favorevole incostituzionale, quest'ultima dovrebbe trovare applicazione in ogni caso, come peraltro è stato anche riconosciuto nella prassi giudiziaria: cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, sent. n. 41905 del 2018, cit.; sent. n. 44808 del 2014, cit.; sent. n. 43464 del 2014, cit. In effetti, una volta presupposta la non riconducibilità delle condotte contestate all'ipotesi "di non lieve entità", può riscontrarsi che il trattamento penale previsto dalla legge incostituzionale sarebbe certamente più mite di quello individuato dalla legge "ripristinata": in base alla prima legge, le condotte concernenti "droghe miste" costituirebbero un unico reato (previsto dall'art. 73, comma 1, t.u. stup., nel testo introdotto nel 2006) punito con la pena della reclusione da un minimo di sei anni a un massimo di venti anni; in base alla seconda, le medesime condotte avrebbero configurato due distinti reati (previsti dallo stesso art. 73 t.u. stup., ma nel testo introdotto nel 1990), l'uno per la commissione di fatti riguardanti "droghe pesanti", punito con la reclusione da otto a venti anni (comma 1), l'altro per la commissione di fatti riguardanti "droghe leggere", punito con la reclusione da due a sei anni (comma 4) [anche questo esempio – al pari di quello illustrato alla precedente nt. n. 82 – si riferisce alla situazione anteriore alla [sentenza n. 40 del 2019](#) della Corte costituzionale, che ha sostituito il minimo edittale di otto anni sancito dalla normativa "ripristinata" a seguito della [sentenza n. 32 del 2014](#) con il minimo edittale di sei anni di reclusione]. Un simile ragionamento, tuttavia, pare fondarsi su un assunto erroneo: è pur vero che, nella maggior parte dei casi, condotte riguardanti sostanze eterogenee potrebbero



necessaria rilevanza giuridica da attribuirsi, in questa fase, alla situazione di “apparenza” creata dalla legge invalida discende, quindi, sia dalle istanze di prevedibilità in concreto riconducibili alla disposizione costituzionale da ultimo menzionata e alle corrispondenti garanzie sovranazionali – che pure impongono una ‘base legale’ *accessibile* e *prevedibile* dell’intervento punitivo – sia dall’esigenza di determinare qualità e quantità della pena in rapporto all’effettivo disvalore soggettivo del fatto⁸⁵.

In altri termini, la determinazione del trattamento sanzionatorio entro i limiti sanciti dalla legge invalida non solo corrisponde a quanto il reo avrebbe potuto attendersi all’epoca dei fatti, ma risulta congruente con la “misura” della colpevolezza dello stesso e, quindi, appare proporzionata alla concreta gravità soggettiva del fatto da lui commesso; all’opposto, la commisurazione secondo la normativa “di risulta” condurrebbe a un risultato sanzionatorio imprevedibile e sproporzionato⁸⁶. Se ne ricava, quindi, che l’individuazione della pena deve

essere parimenti qualificate come “di non lieve entità” anche ai sensi della legge non illegittima, ma è altrettanto vero che non si potrebbe escludere automaticamente la qualificazione di una di tali condotte come “di lieve entità”, visto che la normativa “di risulta” impone(va) di effettuare una valutazione autonoma di ciascun fatto a seconda della diversa tipologia di sostanza. In tal caso, quindi, l’applicazione della legge “di risulta” potrebbe condurre a esiti più favorevoli di quelli previsti dalla legge incostituzionale. Esemplicativamente, nel caso di un concorso di condotte “non lievi” relative a “droghe leggere” e condotte “lievi” aventi ad oggetto “droghe pesanti”, l’applicazione della legge non illegittima darebbe luogo a un concorso fra il reato riguardante “droghe leggere” ex art. 73, comma 4, t.u. stup., nel testo originario introdotto nel 1990 e “ripristinato” e quello riguardante “droghe pesanti” ex art. 73, comma 5, t.u. stup., nel testo risultante dall’intervento normativo del 2014 (quale legge penale più favorevole sopravvenuta), visto che la configurabilità di un concorso formale o di una continuazione fra le condotte “non lievi” e quelle “lievi” non è stata esclusa da Cass. pen., sez. un., sent. 27 settembre 2018, n. 51063, Murolo, in *CED* n. 274076. Dunque, considerate le cornici edittali previste dalle due fattispecie di reato (reclusione da due a sei anni, la prima; reclusione da sei mesi a quattro anni, la seconda), e stante l’applicabilità della disciplina del reato continuato, si potrebbe prospettare una durata della pena detentiva al di sotto del minimo edittale (sei anni di reclusione) individuato dalla fattispecie di reato di cui alla legge incostituzionale (art. 73, comma 1, t.u. stup., nel testo introdotto nel 2006).

⁸⁵ Sotto questo profilo, si v. Corte cost., [sent. n. 394 del 2006](#), n. 6.4 *Cons. dir.*, che pone l’accento non solo sulla esigenza della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, sottesa all’art. 25, secondo comma, Cost., ma anche sul “principio di colpevolezza ed alla funzione preventiva della pena, desumibili dall’art. 27 Cost.” secondo cui “ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo – sulla base dell’affidamento nell’ordinamento legale in vigore al momento del fatto – quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione (al riguardo, v. sentenza n. 364 del 1988): aspettativa che sarebbe, per contro, manifestamente frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all’epoca della sua commissione non costituiva reato, o era punito meno severamente”.

⁸⁶ La conclusione appare altresì coerente con la crescente enfasi posta sul principio di proporzionalità delle pene quale fondamentale canone ermeneutico, a disposizione del giudice, per un adeguamento del trattamento sanzionatorio alla effettiva gravità oggettiva e soggettiva del fatto: si v., da ultimo, Corte cost., [sent. 18 luglio 2025, n. 113](#).



avvenire, da un lato, senza tener conto dei limiti stabiliti dalla norma “di risulta” e, dall’altro, entro quelli sanciti dalla norma invalida, in quanto quest’ultima crea una situazione di “apparenza” alla quale il convergente operare dei principi costituzionali di irretroattività, colpevolezza e proporzionalità impone di attribuire rilievo nei giudizi penali vertenti su “fatti concomitanti”.