

IL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE PIÙ FAVOREVOLE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ED EUROPEA

SOMMARIO: Introduzione - 1. Il principio di irretroattività *in malam partem* e la portata del principio di retroattività della legge penale più favorevole nell'ordinamento italiano - 2. Il rango del principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza della Corte Costituzionale - 2.1. Le sentenze n. 393 e 394 del 2006 - 2.2. Le sentenze n. 72 e 215 del 2008 - 3. La portata del principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'articolo 7 CEDU - 3.1. La svolta giurisprudenziale segnata dal caso Scoppola - 3.1.1. Ricostruzione del quadro normativo interno - 3.1.2. I fatti della vicenda Scoppola - 3.1.3. Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo - 3.1.4. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e i principi in essa enunciati - 3.1.5. La *dissenting opinion* della minoranza - 4. Le prime ricadute del nuovo orientamento della Corte europea dei diritti nella giurisprudenza costituzionale - 4.1. La sentenza n. 28 del 2010 - 4.2. La sentenza n. 236 del 2011 - 5. Conclusioni.

Introduzione.

A seguito della "sentenze gemelle"¹, si sono fatti sempre più stretti i rapporti tra il sistema convenzionale della CEDU e gli ordinamenti nazionali, in particolar modo con riferimento alla materia penale in cui è più forte l'esigenza di garantire la tutela dei diritti fondamentali.

L'articolo 32 CEDU ha conferito alla Corte europea una funzione interpretativa eminente che contribuisce a precisare gli obblighi convenzionali degli Stati contraenti².

Le norme della CEDU e i suoi protocolli si pongono come parametro interposto, nell'estensione loro attribuita dalla Corte di Strasburgo, mentre la Corte Costituzionale si riserva solo un controllo di ultima istanza sulla compatibilità di tali norme con la Costituzione italiana della quale viene sempre affermato il rango sovraordinato rispetto agli obblighi convenzionali gravanti sul legislatore ordinario. Il Giudice costituzionale non può quindi fornire una propria interpretazione delle garanzie convenzionali, ma è tenuta a recepire la lettura fornita dal loro "giudice naturale".

Oggi il garantismo penale fronteggia un nuovo protagonista di vertice, la CEDU, che ha inaugurato un "sistema oggettivo di tutela" che impone agli Stati contraenti di adottare tutte le misure necessarie per garantire il pieno godimento dei diritti in essa contenuti.

Dall'articolo 46 CEDU discende non solo l'obbligo positivo per gli Stati di conformarsi alle sentenze rese nelle controversie di cui sono parti, ma anche un vincolo indiretto ad adeguarsi all'interpretazione delle disposizioni convenzionali fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³.

La Corte Costituzionale si pone al crocevia dei sistemi, in qualità di controllore esterno dei rapporti intercorrenti tra i giudici comuni e la Corte di Strasburgo⁴.

¹ Corte Cost., sent. n. 348 e 349 del 2007. Le sentenze sono pubblicate in *Giur. Cost.* 2007, pag. 3475 ss., con note di PINELLI C., MOSCARINI A., CARTABIA M., GUAZZAROTTI A., SCIARABBA V.; in più ABBADESSA G., *Il nuovo rango sub-costituzionale della CEDU: riflessi sul diritto e sul processo penale domestico*, in ius17@unibo.it n. 2/2008, pag. 399 ss.; TEGA D., *Le sentenze della Corte Costituzionale n. 348/349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale"*, in quad. cost. 2008; RANDAZZO B., *Costituzione e CEDU: il giudice delle leggi apre una finestra su Strasburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2008, spec. 31., CARTABIA M., *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, pag. 3564 ss.

² Così Corte Cost. sent. n. 348 del 2007, n. 4.6 del considerato in diritto.

³ Si veda MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea dei diritti ed i nuovi vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES V. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, pag. 58.

Tuttavia, un tale sistema ha connotazioni del tutto peculiari⁵ che devono essere attentamente considerate per valutare la “trasponibilità” dei principi nell’ordinamento interno⁶.

L’unico approccio in grado di gestire il pluralismo che nasce dal confronto di 47 sistemi fra loro diversi è quello di lasciare “un margine nazionale di apprezzamento” che consenta di coniugare “l’universalismo dei diritti umani e il relativismo delle tradizioni nazionali”⁷.

Queste considerazioni lasciano aperto il fondamentale interrogativo riguardo a chi spetti l’ultima parola sui principi di recente formazione in ambito internazionale.

Interessanti spunti per una riconsiderazione dei rapporti intercorrenti tra la Corte EDU e la Corte Costituzionale italiana scaturiscono dall’analisi del caso *Scoppola c. Italia*, in cui la Corte di Strasburgo, prendendo atto della portata che il principio assume in ambito europeo e internazionale, ha modificato la sua consolidata giurisprudenza includendo nell’ambito garantistico dell’articolo 7 CEDU il principio di retroattività della legge penale più favorevole, attribuendogli il carattere di diritto inviolabile al pari del principio di irretroattività della legge penale in *malam partem*.

Gli Stati contraenti della Convenzione europea dei diritti dell’uomo non hanno infatti una tradizione costituzionale comune in tema di retroattività della legge penale più favorevole.

In alcuni Paesi europei il principio di retroattività in senso favorevole è pienamente costituzionalizzato, mentre in altri, come in Italia, è sottoposto a limiti ed eccezioni di varia entità⁸.

A livello europeo e internazionale suddetto principio trova invece un preciso riferimento nell’articolo 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell’articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

La Corte Costituzionale ha avuto modo, con la sentenza n. 236 del 2011, di confrontarsi, anche se indirettamente, con le nuove posizioni della Corte EDU in tema di retroattività favorevole e ha approfittato dell’occasione per rivendicare la possibilità di valutare come e in qual misura il prodotto dell’elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo si inserisca nell’ordinamento interno.

1 Il principio di irretroattività in *malam partem* e la portata del principio di retroattività della legge penale più favorevole nell’ordinamento italiano.

Nel nostro ordinamento la successione delle leggi in materia penale è oggetto di una articolata disciplina generale che vede sancito a livello costituzionale uno dei principi cardine attorno al quale ruota.

L’articolo 25 Cost. comma 2 sancisce il principio di legalità e il divieto di retroattività della legge penale che incrimina un comportamento o ne aggrava il trattamento sanzionatorio⁹.

Pretendendo che la legge in base alla quale la persona possa essere considerata penalmente responsabile sia preventiva rispetto alla commissione del fatto, garantisce il cittadino dagli arbitri sia del giudice sia del legislatore. Il cittadino deve essere in grado di conoscere le responsabilità penali che possono derivare dalle sue azioni.

Il principio della irretroattività della legge penale incriminatrice viene così elevato a rango costituzionale, accanto al principio di legalità. Esso esige che chiunque sia punito in base ad una legge che sia entrata in

⁴ In tal senso GUAZZAROTTI A. – COSSIRI A., *La CEDU nell’ordinamento italiano: la Corte Costituzionale fissa le regole*, in *Quad. Cost.*, 2008.

⁵ Si veda ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n 1/2009, pag. 57 ss. che segnala almeno tre tratti che distinguono la convenzione dai trattati in generale. Vedi in generale anche DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo: procedure e contenuti*, Napoli, 1999;

⁶ ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano e il principio di legalità penale*, in MANES V. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit. pag. 69.

⁷ Ancora ZAGREBELSKY V., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *La Corte Costituzionale compie cinquant’anni*, in *Foro italiano*, 2006, pag. 365.

⁸ Così MAZZACUVA F. *Interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in MANES V. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 201, pag.427; in argomento cfr., BERNARDI A., *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. Cost.*, 2009, pag. 44; CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in INSOLERA G.- MAZZACUVA N.- PAVARINI M.- ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I Torino, 1997, pag. 168 ss.; DODARO G., *Principio di retroattività e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, in *Giur. Cost.*, 2006, pag. 4116; FORNASARI G.– MENEGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, pag. 22.

⁹ Per un commento sull’articolo 25 Cost. si veda, D’AMICO M. – ARCONZO G., *Articolo 25*, in BIFULCO R – CELOTTO A. – OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, 2006, pag. 526 ss.

vigore prima della commissione del fatto. Il principio investe sia la legge penale che prevede una nuova fattispecie di reato, sia quella che prevede una sanzione più severa¹⁰.

Tale divieto viene ribadito anche a livello di legge ordinaria, nell'articolo 2 del nostro codice penale, in virtù del quale:

“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato”.

L'articolo in questione, al secondo comma, affianca al principio di irretroattività penale anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole¹¹:

“Nessuno può essere punito per un fatto che secondo una legge posteriore, non costituisce reato: se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”.

L'articolo 2 c.p. comma 4 attribuisce rilevanza ed efficacia nel passato non solo alla legge abolitiva del reato ma anche alle leggi, entrate in vigore dopo la commissione del fatto, che ne abbiano modificato la disciplina:

“se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile”

Dal tenore letterale delle disposizioni si evince come, nel caso in cui si verifichi un'ipotesi di *abolitio criminis*, la legge sopravvenuta più favorevole non incontrerà alcuno ostacolo mentre, nel caso in cui intervenga un trattamento sanzionatorio più favorevole, questo incontrerà il limite della “cosa giudicata”¹².

Se poi ad essere coinvolta dal ricambio normativo sia una legge eccezionale o una legge temporanea, la regola della retroattività subisce una deroga.

Per esse vale il principio della *“incondizionata applicazione della legge del tempo in cui il fatto è stato commesso”*¹³. La *ratio* è quella di evitare che l'entrata in vigore di un successivo regime più mite svuoti di forza intimidatrice le leggi eccezionali e temporanee nell'ultimo periodo del loro vigore: in questo caso vengono considerate prevalenti esigenze di prevenzione generale¹⁴.

Un'ulteriore limite all'operatività del principio di retroattività in senso favorevole di leggi penali favorevoli è derivato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'articolo 2 c.p. nel quale l'applicazione di questa regola era estesa alle norme contenute in decreti legge decaduti o che erano state soppresse in sede di conversione del decreto con emendamenti¹⁵. Dato che, ai sensi dell'articolo 77 Cost., i decreti legge non convertiti in tutto o in parte perdono efficacia *ex tunc*, le eventuali norme favorevoli in essi contenute non potranno più essere applicate, retroattivamente, ai fatti commessi anteriormente all'emanazione del decreto decaduto.

Si prospetta la stessa soluzione nel caso in cui la norma che contiene il trattamento più favorevole divenga oggetto di una pronuncia di costituzionalità da parte della Corte Costituzionale. In questo caso la norma dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

¹⁰ Si veda, PITTARO P., *Sub art. 25 Cost.*, in BARTOLE S. – BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pag. 262 ss.; PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale più favorevole*, CUEM, Milano 2008, pag. 5.

¹¹ Cfr., ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Pt. g.*, Milano, 2003, pag. 54 ss.; CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., pag. 167; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Pt.g.*, Ed. 6, Bologna, 2009, pag. 74; GALLO E., *Appunti di diritto penale, I, La legge penale*, Torino, 1999, pag. 112; LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, pag. 10 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Pt. g.*, Padova, VI ed., 2009, pag. 81; RIZ R., *Lineamenti di diritto penale, Pt. g.*, Ed. 5, Padova, 2006, pag. 45 ss.; SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina delle successioni di legge*, Milano, 1987, pag. 95 ss.; VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, vol. I, Padova, 1999, pag. 303.

¹² Per un approfondimento sul tema vedi AMBROSETTI E.M., *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004.

¹³ Cfr., MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Pt. g.*, Ed. 3, Milano, 2009, pag. 60; PECORELLA C., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., pag. 6.

¹⁴ In questo senso, VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, cit., pag. 353. MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 82.

¹⁵ Corte Cost., sent. n. 51 del 19 febbraio 1985.

Non sarà più possibile applicare la norma retroattivamente ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore poiché, in conseguenza della sua accertata illegittimità costituzionale, essa dovrà considerarsi come mai esistita¹⁶.

Il principio di irretroattività favorevole, a differenza del principio di legalità e di irretroattività, non trova uno specifico riscontro in costituzione.

Peraltro, il progetto presentato all'Assemblea costituente prevedeva la costituzionalizzazione del principio del *favor rei*:

“Nessuno può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo”¹⁷.

L'espressa previsione del principio era stata quindi considerata dall'assemblea; essa ha finito per divenire oggetto di un emendamento repressivo poiché la Costituzione non era una sede idonea per risolvere problemi più specifici e avrebbe costretto l'assemblea a occuparsi dell'ampiezza della deroga alla retroattività favorevole che si riteneva necessario introdurre per le leggi eccezionali e temporanee, conformemente a quanto già previsto dall'allora quarto comma dell'art. 2 c.p.

Nonostante il principio di retroattività della legge penale più favorevole non abbia diretta rilevanza costituzionale, le ragioni che ne impongono l'osservanza, ogni qual volta vi sia un mutamento legislativo favorevole al reo, sono ben radicate nella cultura giuridica italiana e in quella di tutti i paesi che adottano quel principio come regola di diritto intertemporale¹⁸.

Nonostante la mancata trasfusione in una disposizione costituzionale, istanze di giustizia e di *extrema ratio* della punizione sono state valorizzate per attribuire rilievo costituzionale al principio di retroattività della legge penale favorevole.

Secondo una parte della dottrina il principio di retroattività non sarebbe altro che un corollario del principio di legalità contenuto e costituzionalizzato nell'articolo 25 Cost.¹⁹. La *ratio* dell'articolo 25 Cost. sarebbe quella di assicurare il rispetto di un principio superiore, il *favor libertatis*, che, in omaggio alla libertà dell'individuo, gli assicura il trattamento penale più mite previsto dalle leggi entrate in vigore successivamente alla commissione del fatto. Pertanto il legislatore, con l'articolo 25 Cost., non ha voluto semplicemente introdurre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, ma intendeva introdurre un principio sovraordinato, riguardante la maggiore tutela della libertà del cittadino.

Le disposizioni contenute nell'articolo 2 c.p., secondo questa impostazione, sarebbero espressione di una disciplina "materialmente costituzionale, in quanto riguardano i diritti fondamentali del cittadino²⁰": si tratta di disposizioni che accolgono il principio del *favor libertatis* che assicura il trattamento penale più mite tra quelli stabiliti dalla legge a partire dal momento della commissione del fatto, fino alla pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna o oltre tale termine nell'ipotesi di *abolitio criminis*.

Gli ultimi tre commi dell'articolo 2 c.p. fanno prevalere la tutela dell'individuo sull'esigenza di certezza del diritto.

Altri hanno fatto notare come il principio di retroattività della legge penale più favorevole troverebbe un ben più convincente rilievo costituzionale nell'articolo 27 Cost. attinente alla funzione rieducativa della pena²¹. Secondo tale teoria, la pena non potrebbe avere un effetto rieducativo se il reo dovesse scontare una pena più grave di quella prevista al momento del giudizio per il reato previamente commesso o addirittura per un fatto non più previsto dalla legge come reato nel momento dell'esecuzione della pena. In assenza del principio di retroattività della legge penale più favorevole il condannato sarebbe costretto a scontare una pena non ritenuta più giusta dallo stesso legislatore.

¹⁶ Sul tema, PARODI G. M., *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, pag. 915 ss.

¹⁷ Cfr., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. I, Camera dei deputati, Roma, 1971, pag. 896 ss.

¹⁸ Vedi DODARO G., *Principio di retroattività favorevole e "termini più brevi" di prescrizione dei reati*, in *Giur. Cost.* 2006, pag. 4119 ss.; vedi anche PECORELLA C., *L'efficacia nel tempo della legge penale più favorevole*, Milano, 2008, pag. 11 ss che fa una ricostruzione del principio di retroattività favorevole nel codice penale sardo e toscano.

¹⁹ Cfr. ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, pag. 90; SINISCALCO M., *Tempus commissi delicti*, in *Studi in onore di Antolisei*, Vol. III, Milano, 1965; ID., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Vol. 3, Milano 1965, pag. 99.

²⁰ Cfr., PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Pt. g., Ed. 8, Milano, 2003, pag. 116.

²¹ CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., pag. 180.

2 Il rango del principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Secondo la Corte Costituzionale il principio di retroattività della legge penale più favorevole sarebbe invece funzionale al soddisfacimento di esigenze di uguaglianza e di ragionevolezza nell'applicazione di leggi penali, rilevanti ai sensi dell'articolo 3 Cost.²².

La Corte Costituzionale ha tradizionalmente negato che il fondamento costituzionale del principio di retroattività favorevole potesse rinvenirsi nell'articolo 25 comma 2 Cost.²³.

In proposito ha infatti costantemente affermato:

“dalla lettura dell'art. 25, comma 2, Cost. emerge (...) che solo il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice ha acquistato valenza costituzionale ma non quello della retroattività della legge più favorevole al reo. Da ciò consegue che, come deve essere ritenuto conforme al richiamato disposto costituzionale il principio della retroattività della disposizione più favorevole, alla stessa conclusione dovrà pervenirsi in ordine alla legge che prevede la irretroattività delle norme favorevoli”²⁴

La mancata menzione, in Costituzione, del principio di retroattività della legge penale più favorevole non può essere trascurata. Come già accennato, la possibilità di inserire espressamente siffatto principio nella formulazione dell'articolo 25 Cost. è stata considerata e poi abbandonata.

La Corte Costituzionale ha però precisato come questa particolare condizione storica non sia comunque in grado di cancellare l'emersione del canone e non possa concedere al legislatore ordinario assoluta libertà e discrezionalità in proposito, rendendolo libero di non rispettare le garanzie costituzionali poste a salvaguardia della libertà delle persone sottoposte a giudizio.

Dunque, nonostante l'art. 25, comma 2, Cost. non imponga il principio di retroattività favorevole, nondimeno questo si atteggia a principio costituzionalmente rilevante che può essere soggetto a deroghe da parte del legislatore soltanto quando ricorre una sufficiente ragione giustificatrice.

Sin dalle prime pronunce nelle quali si è trovata ad esprimere un giudizio sulle norme derogative al principio di retroattività previste dalla legislazione ordinaria, la Corte Costituzionale si è interrogata sulla ragionevolezza della deroga attraverso di esse operata.

In proposito emerge una rilevanza costituzionale solo riflessa del principio di retroattività della legge penale più favorevole dal quale deriva una minor “resistenza” ad eventuali deroghe rispetto a quella riconosciuta al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole che, trovando diretto riscontro nell'articolo 25 Cost., non è suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali²⁵.

Una maggiore attenzione alle esigenze di ragionevolezza e di uguaglianza sottese al principio di retroattività della legge penale più favorevole si è profilata in tempi più recenti caratterizzati da un'influenza sempre più marcata del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea sul diritto penale.

2.1 Le sentenze n. 393 e 394 del 2006.

L'occasione per una rilettura del fondamento costituzionale dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole è stata fornita dall'entrata in vigore della legge n. 251 del 5 dicembre del 2005, sulle “*modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*” (c.d. legge ex-Cirielli) recante modifiche sostanziali alla disciplina della prescrizione, con la conseguenza che, per alcune ipotesi di reato il termine risultava più breve, mentre per altri risultava più lungo o lasciava spazi di imprescrittibilità.

In alcuni casi la modifica comportava quindi una disciplina più favorevole al reo, mentre in altri sfavorevole.

²² PECORELLA C., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., pag. 11.

²³ Sugli orientamenti della Corte costituzionale si veda MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte Costituzionale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pag. 89.

²⁴ Corte Cost., sent. n. 80 del 23 febbraio 1995, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 1790 ss., con nota di RAPISARDA D., *Retroattività, legalità, uguaglianza e leggi penali finanziarie*, pag. 2073 ss.

²⁵ In questo senso, PADOVANI T., *Decreto-legge non convertito e norme penali di favore, in bilico tra opposte esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pag. 826.

Questo ha indotto un ripensamento delle questioni connesse a profili di diritto intertemporale²⁶ che trovava la sua disciplina nell'articolo 10 della legge, in virtù del quale le disposizioni che riformulavano i tempi di prescrizione di cui all'art. 157 c.p. non si sarebbero applicate ai procedimenti in corso se i nuovi termini di prescrizione fossero risultati più lunghi di quelli previgenti; se, per effetto delle nuove disposizioni, i termini di prescrizione fossero risultati più brevi, le stesse disposizioni si sarebbero applicate ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge ad esclusione dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché dei processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione.

La prima parte della disposizione risultava quindi ispirata alla logica della irretroattività della legge penale che comporta effetti in senso sfavorevole e non ha sollevato obiezioni in dottrina.

La seconda parte, comportando una deroga al principio di retroattività della legge penale più favorevole, ha richiesto l'intervento chiarificatore della Corte Costituzionale²⁷.

I profili di illegittimità costituzionale riguardavano essenzialmente, da un lato, la deroga al principio di retroattività favorevole sancito all'art. 2 c.p. e, dall'altro, la ragionevolezza della scelta legislativa laddove circoscriveva la retroattività della normativa favorevole ai soli processi pendenti in primo grado in cui non fosse stata dichiarata l'apertura del dibattimento²⁸.

Sulla questione si è più volte pronunciata anche la Corte di cassazione che ha considerato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale proposta con riferimento all'articolo 3 Cost. Infatti, a parere della Corte Suprema l'istituto della prescrizione, al pari di ogni altro istituto ancorato al decorso del tempo, può ben dar luogo a sensibili diversità di trattamento tra imputati di fatti identici o analoghi per effetto di una serie di variabili che incidono sui tempi dell'accertamento penale²⁹. La Corte di cassazione rilevava che la disciplina introdotta con l'articolo 10 della suddetta legge appare sicuramente rispettosa della peculiare "garanzia" offerta dallo Stato ai cittadini con l'istituto della prescrizione e conforme agli enunciati della Corte costituzionale volti a definire l'ambito dell'art. 25, comma 2, Cost. e a chiarire il rapporto tra l'art. 3 Cost. e la regola di retroattività della legge penale modificativa *in melius* contenuta nell'art. 2, comma 3, c.p.

Secondo altri sarebbe invece in contrasto con l'articolo 3 Cost. una disciplina che, indipendentemente dalla valutazione del fatto, faccia dipendere la retroattività della disciplina più favorevole da fattori estrinseci ed estranei alla logica del trattamento sanzionatorio, in quanto connessi all'evoluzione del processo penale³⁰.

Sulla base di queste considerazioni veniva sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 10 della c.d. legge ex-Cirielli ai sensi dell'articolo 3 Cost., nella parte in cui prevede l'applicabilità dei nuovi e più brevi termini di prescrizione ai soli procedimenti penali per i quali fosse stata dichiarata l'apertura del dibattimento³¹.

A parere dei giudici remittenti, la modifica della disciplina della prescrizione provocherebbe un mutamento del fatto tipico, esprimendo una differente valutazione del legislatore in ordine al disvalore del reato. Pertanto, nel caso in cui la modifica comporti effetti favorevoli al reo, dovrebbe trovare applicazione il principio di retroattività della legge penale favorevole.

La scelta del legislatore di derogare a questo principio non troverebbe giustificazioni di ordine logico. Essa sarebbe in contrasto con il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e "irragionevole", dal momento che l'applicabilità della nuova disciplina è condizionata al verificarsi di un evento processuale,

²⁶ Sul punto, si veda AMBROSETTI E. M., *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2007, pag. 423; PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 2, 2007, pag. 198 ss.

²⁷ Corte Cost. sent. n. 393 del 23 ottobre 2006 con nota di DI CHIARA G.; vedi anche PELLIZZONE I., *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali* in bonam partem, in www.forumcostituzionale.it.

²⁸ Cfr., AMBROSETTI E. M., *La nuova disciplina della prescrizione*, cit., pag. 427.

²⁹ Ad esempio il diverso momento di inizio delle indagini in relazione al tempo di commissione del reato, la eventuale scelta di riti alternativi, le complesse vicende del procedimento e del processo etc.: *Cass.*, sez. VI penale, ordinanza 12 dicembre 2005.

³⁰ Cfr. AMBROSETTI E. M., *La nuova disciplina della prescrizione*, cit., pag. 427.

³¹ Tribunale di Bari, 23 dicembre 2005, G.U. 2006, n. 11; l'eccezione di incostituzionalità era stata sollevata dalla difesa anche con riferimento all'art. 25, comma 2, Cost. Il Tribunale accoglieva l'eccezione ma "non risultando costituzionalizzato il principio della retroattività della legge penale più favorevole per il reo", rimetteva la questione alla Corte costituzionale con riferimento al solo art. 3 Cost.

la dichiarazione di apertura del dibattimento, assolutamente privo di significato, sotto il profilo della ragionevolezza, nel fissare un diverso trattamento dei cittadini soggetti a procedimento penale³².

La Corte Costituzionale accoglieva la questione sollevata dal giudice *a quo*.

In primo luogo, il Giudice delle leggi si domandava se nella nozione di “disposizioni più favorevoli al reo”, di cui all’articolo 2 c.p. comma 4, debbano rientrare esclusivamente quelle disposizioni che attengono alla misura della pena o si possano includere anche disposizioni concernenti altri e diversi profili che ineriscono al trattamento complessivo del reo.

La Corte rispondeva affermativamente e confermava la propria costante giurisprudenza secondo cui la locuzione è riferita a tutte le norme che apportino modifiche migliorative alla disciplina di una fattispecie criminosa, compresa la disciplina della prescrizione. Del resto, la natura sostanziale della prescrizione è sempre stata riconosciuta sia dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, sia dalla Corte Costituzionale³³.

In secondo luogo il Giudice costituzionale ribadiva che il regime giuridico riservato alla legge penale più favorevole e segnatamente la sua retroattività non riceve nell’ordinamento la tutela privilegiata di cui all’articolo 25, comma 2, Cost., in quanto la garanzia costituzionale concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice sfavorevole al reo.

La copertura costituzionale, secondo il giudice delle leggi, va invece individuata nell’articolo 3 Cost. Il logico corollario è che eventuali deroghe al principio di retroattività della legge penale più favorevole possono essere disposte dalla legge ordinaria solo quando ricorra una sufficiente ragione giustificatrice.

Per giungere ad una siffatta decisione la Corte effettuava una ricognizione dei principi in materia di successione delle leggi nel tempo sia a livello internazionale, sia a livello comunitario³⁴.

Infatti, pur non potendo assumere le norme internazionali relative ai diritti fondamentali come parametro del giudizio di costituzionalità delle leggi, esse nondimeno assumono rilevanza decisiva nella “*stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione*”³⁵.

La Corte Costituzionale faceva riferimento al principio così come è formulato nell’articolo 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, menzionava l’articolo 6 comma 2 del Trattato dell’Unione europea ai sensi del quale “*l’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*” e la sentenza del 3 maggio del 2005 della Corte di giustizia delle Comunità europee³⁶ in forza della quale il principio si afferma come facente parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri.

Sulla base di questo più solido fondamento, la Corte Costituzionale arriva ad affermare che il principio di retroattività della legge più favorevole è derogabile da una legge ordinaria solo per tutelare interessi di analogo rilievo³⁷; la scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole, deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole e diretta a tutelare interessi di non minore rilevanza e purché sia coerente con la funzione che l’ordinamento assegna all’istituto³⁸.

Nel caso di specie, sottoposto al sindacato della Corte Costituzionale era stato adottato un criterio non idoneo. La subordinazione dell’applicazione dei termini di prescrizione più brevi all’apertura del dibattimento ex articolo 492 c.p.p. non risponde al criterio di ragionevolezza.

Con questa pronuncia la Corte ha esteso l’applicazione del principio di retroattività della legge più favorevole a tutti i fatti per cui non è stata ancora pronunciata sentenza di primo grado e per i quali, al momento dell’entrata in vigore della legge, non sia ancora decorso il termine di impugnazione dinanzi al giudice di appello.

³² Corte Cost. sent. n. 393 del 2006, n. 1 del considerato in diritto.

³³ In dottrina vedi, MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *NN.D.I.*, vol. XIII, 1966, pag. 680.

³⁴ PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., pag. 199.

³⁵ Corte Cost., sent. n. 15 del 1996. In senso analogo anche sent. n. 109 del 1997; sent. n. 270 del 1999.

³⁶ Corte di giustizia CE, caso *Berlusconi e altri c. Italia*, sent. 3 maggio del 2005.

³⁷ Ad esempio quelli dell’efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell’intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo.

³⁸ DODARO G., *Principio di retroattività e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, in *Giur. Cost.*, 2006, pag. 4117; FASSONE E., *La nuova legge sui termini di prescrizione, il diritto transitorio e i processi pendenti in primo grado*, in *Giur. Cost.*, 2006, pag.1196; PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., pag. 199.

Ciò che risulta più interessante, ai nostri fini, è il mutamento dell'angolo visuale da cui la Corte Costituzionale valuta il problema del fondamento costituzionale del principio di applicazione della legge penale più favorevole, ovvero non solo dal punto di vista del diritto penale interno ma di quello internazionale e comunitario.

La Corte Costituzionale è arrivata ad ampliare la potestà di verifica della ragionevolezza delle scelte normative ordinarie in virtù del riconoscimento e della portata che il principio assume in ambito internazionale e a introdurre dei criteri più stringenti alla stregua dei quali effettuare il sindacato di costituzionalità. Le scelte derogatorie, per non incorrere nel vizio di irragionevolezza, abbisognerebbero di un tasso "rinforzato" di difendibilità, essendo giustificabili, in un'ottica di bilanciamento di valori contrapposti, solo ove mirassero a tutelare interessi di pari rango rispetto al principio medesimo³⁹.

In questa pronuncia, l'articolo 3 Cost. viene in rilievo unicamente ai fini del giudizio di ragionevolezza riguardanti le deroghe al principio⁴⁰; non vi è un riferimento al principio di uguaglianza inteso come canone volto a evitare ingiustificate e irragionevoli disparità di trattamento⁴¹.

Questo costituisce invece l'approccio adottato dalla Corte Costituzionale in occasione della sentenza n. 394 del 2006⁴², depositata lo stesso giorno della sentenza n. 393 del 2006, che precisa e completa i principi già enunciati in quest'ultima.

In particolare, il giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme penali di favore in materia di reati elettorali che prevedevano un trattamento sanzionatorio manifestamente irragionevole.

In questa occasione la Corte Costituzionale ha accolto quel filone dottrinale che individua nell'articolo 3 Cost., e più specificatamente nel principio di uguaglianza, il fondamento costituzionale del principio di retroattività favorevole:

"il principio di uguaglianza impone di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice".

Sempre in conformità con la dottrina maggioritaria, il Giudice costituzionale ha precisato che tale principio è legato ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali:

"Il principio della retroattività in mitius è legato ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali. Se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta - nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico - tale mutamento deve riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore. Il collegamento del principio della retroattività in mitius al principio di uguaglianza ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole - assolutamente inderogabile - detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli".

La *ratio* di tale regola si fonda sull'irrazionalità dell'applicazione di una disciplina punitiva non più attuale⁴³. Ciò che viene in rilievo è solo la diversa valutazione del legislatore sulla necessità e opportunità di punire quel fatto o punirlo con quella sanzione.

Il principio di uguaglianza ne segna anche il limite in quanto esso sarà comunque suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale se sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli.

³⁹ Così DI CHIARA G., *Nota a Corte cost., sent. n. 393 del 2006*, cit., pag. 3.

⁴⁰ Sul punto, GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2008, pag. 2416 ss.; PELLIZZONE I., *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem*, cit.; coglie questo aspetto anche FAGA S., *Nota in tema di principio di retroattività della lex mitior*, in *Giur. it.*, 2009, pag. 5.

⁴¹ Cfr., GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, cit., pag. 2416.

⁴² Corte Cost. sent. n. 394 del 8 novembre 2003, in *Giur. Cost.*, 2006, pag. 4127 ss., con nota di MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*.

⁴³ Per un approfondimento PULITANÒ D., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, cit., pag. 198 ss.

Nella seconda parte della pronuncia la Corte Costituzionale ha individuato un ulteriore limite all'operatività del principio di retroattività della legge penale più favorevole; risulta infatti necessaria la conformità a Costituzione della norma penale di favore in modo da non *“ammettere che una norma costituzionalmente illegittima – rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno – determini, paradossalmente, l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa”*.

Secondo il Giudice delle leggi non potrà essere applicata con effetto retroattivo la norma di favore che sia stata dichiarata incostituzionale ai fatti compiuti quando era in vigore la norma più severa.

La Corte Costituzionale, per la prima volta con questa decisione, ha riconosciuto espressamente il collegamento tra retroattività favorevole e principio di uguaglianza e desunto la copertura costituzionale del primo da esigenze di parità di trattamento connesse alla concezione oggettivistica del diritto penale.

A differenza dell'irretroattività in senso sfavorevole al reo, la retroattività favorevole rimane quindi suscettibile di un giudizio di bilanciamento con altri valori costituzionali e viene sottoposta ad un giudizio di ragionevolezza fondato sul controllo di uguaglianza.

Dall'analisi di queste pronunce emerge come il Giudice Costituzionale abbia evitato di consacrare la regola di cui all'art. 2, comma 2, c.p. quale autonomo principio di valore costituzionale, ritenendo piuttosto che tale disciplina costituisca nulla più che un corollario del canone di uguaglianza⁴⁴.

2.2 Le sentenze n. 72 e 215 del 2008.

Le sentenze n. 393 e 394 del 2006 sono solo le prime a pronunciarsi sullo spinoso argomento della modifica della disciplina dei termini di prescrizione e sul fondamento costituzionale del principio di applicazione retroattiva della legge penale più favorevole.

Ad esse fanno seguito le sentenze della Corte Costituzionale n. 72 e 215 del 2008.

Quanto alla prima decisione⁴⁵, con essa il Giudice delle leggi è tornato ad occuparsi della disciplina transitoria in materia di prescrizione di cui all'art. 10, comma 3 della legge n. 251 del 2005 nella parte in cui escludeva l'applicazione retroattiva dei nuovi termini di prescrizione ai processi pendenti in grado di appello alla data di entrata in vigore della legge.

La sentenza n. 72 del 2008 recepisce l'impostazione di fondo della sentenza n. 393 del 2006.

Le argomentazioni addotte dalla Corte sono identiche a quelle proposte in occasione della sentenza precedente ma gli esiti della decisione sono opposti: questa volta ha ritenuto sussistente quella intrinseca ragionevolezza della scelta legislativa che giustifica la deroga.

Il percorso argomentativo appare particolarmente complesso in quanto una modifica dei termini di prescrizione non necessariamente esprime un mutamento di valutazione tale da rendere obsolete le valutazioni sottese alla disciplina previgente. Piuttosto la prescrizione *“esprime l'interesse generale di non perseguire più i reati rispetto ai quali sia trascorso un periodo di tempo che, secondo la valutazione del legislatore, ha comportato l'attenuazione dell'allarme sociale e reso più difficile l'acquisizione del materiale probatorio”*⁴⁶.

Diversamente dalle precedenti sentenze, dove è mancata una puntuale analisi delle ragioni della deroga⁴⁷, in questa occasione la Corte Costituzionale vi si è dedicata approfonditamente. Da un lato ha rilevato come *“la circostanza che nel processo sia stata pronunciata una sentenza (di primo grado) è significativamente correlata all'istituto della prescrizione”*. Ciò viene desunto *“dall' art. 160 c.p., che considera rilevante ai fini della prescrizione la sentenza (oltre il decreto di condanna ed altri atti processuali)”* e

⁴⁴ Così DELLI PRISCOLI L.- FIORENTIN F., *La Corte Costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2009 che esprime perplessità riguardo alla determinatezza del principio così come emerge dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.

⁴⁵ Corte Cost., sent. n. 72 del 28 marzo 2008, in *Giur. Cost.*, 2008, pag. 944 ss., con nota di PULITANÒ D., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*.

⁴⁶ PULITANÒ D., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, cit.

⁴⁷ Il rilievo è di MANES V., *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo “multilivello”*, in *Quad. cost.*, 2 giugno 2007, pag. 374 ss., secondo il quale la Corte ha volutamente tenuto un *“atteggiamento di low profile”*; vedi anche, PECORELLA C., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., pag. 18; PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., pag.199.

“consente di ricomprendere tra gli atti interruttivi del corso della prescrizione anche il decreto di citazione per il giudizio di appello”. Inoltre “nei giudizi penali di appello (e ancor più in quelli di cassazione), l'esigenza di evitare che l'acquisizione del materiale probatorio (e quindi l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato) sia resa più difficile dallo scorrere del tempo è già soddisfatta dalla disciplina positiva di tali giudizi. Infatti, in via di principio, quel materiale probatorio è acquisito nel corso del dibattimento di primo grado (in appello la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è ammessa solo nei casi di cui all'art. 603 c.p.p.)”. Dall'altro lato ha individuato le ragioni positive che fondano la ragionevolezza della scelta operata dalla disposizione transitoria. Dal momento che il materiale probatorio, in linea di massima, è stato acquisito prima che il processo arrivi in grado di appello, la deroga all'applicazione dei nuovi e più brevi termini di prescrizione “mira ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento, e così tutela interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale)”.

In questo caso, la deroga al principio di retroattività della legge più favorevole, risponderebbe a quel “vaglio positivo di ragionevolezza” inaugurato con la sentenza n. 393 del 2006, in quanto correlata a interessi di rilievo costituzionale idonei a giustificarla.

Quanto alla seconda decisione⁴⁸, ancora una volta la Corte Costituzionale ha richiamato la ragionevolezza delle decisioni del legislatore quale fondamento del principio di retroattività della legge penale più favorevole. Oggetto del giudizio, in questo caso, era l'articolo 1, comma 547, della legge 23 dicembre del 2005 n. 266 in base al quale “per le violazioni di cui all'art. 110, comma 9, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, commesse in data antecedente alla data di entrata in vigore della presente legge, si applicano le disposizioni vigenti al tempo delle violazioni stesse”.

Nel trasformare in illecito amministrativo le fattispecie contravvenzionali finalizzate al contrasto del gioco d'azzardo con apparecchi vietati disponeva contemporaneamente l'applicazione della legge vigente al momento del fatto alle violazioni commesse in epoca antecedente, così derogando al principio di retroattività della legge penale più favorevole sancito dall'articolo 2, comma 2, c.p.⁴⁹.

I giudici a *quibus* sollevavano quindi una questione di illegittimità costituzionale con riferimento all'articolo 3 Cost. poiché, senza una ragione giustificatrice, la nuova legge creava una disparità di trattamento fra coloro che contravvenivano, in momenti diversi, alle disposizioni di cui all'articolo 110 del r.d. n. 773 del 1993.

In questa pronuncia il Giudice costituzionale si è limitato ad accogliere la questione, richiamandosi al giudizio di ragionevolezza della legge⁵⁰.

La deroga alla disciplina contenuta nell'articolo 2 c.p. veniva ritenuta illegittima in quanto è mancata l'individuazione di contrapposti interessi di rilievo costituzionale analoghi all'interesse del singolo a non vedersi esposto a conseguenze penali per una condotta che è ormai punita come un illecito amministrativo. Secondo la Corte la norma transitoria sarebbe in contrasto con gli obiettivi di depenalizzazione.

Anche in questo caso la rilevanza costituzionale dell'efficacia estesa al passato della legge penale più favorevole fondava le sue radici nella “ragionevolezza” delle scelte compiute dal legislatore: in presenza di più principi o interessi di rilevanza costituzionale, coinvolti nella questione, è necessario che il legislatore operi un bilanciamento ragionevole tra di essi perché, pur trattandosi di principi o interessi riconosciuti a livello costituzionale, non sono suscettibili di essere realizzati congiuntamente⁵¹.

Nel caso in cui il legislatore non tenga adeguatamente conto dei valori e degli interessi in gioco interviene la Corte Costituzionale che ha il compito di assicurarne “il corretto bilanciamento”. Il sindacato di ragionevolezza ha ad oggetto il “bilanciamento di interessi operato dal legislatore”⁵². In proposito il giudice delle leggi ha osservato:

⁴⁸ Corte Cost., sent. n. 215 del 9 giugno 2008, in *Giur. Cost.*, 2008, pag. 2400 ss. con nota di GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*.

⁴⁹ Cfr. DELLI PRISCOLI L. - FIORENTIN F., *La Corte Costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, cit., pag. 1180.

⁵⁰ Sul punto, FAGA S., *Nota in tema di principio di retroattività della lex mitior*, in *Giur. it.*, 2009, pag. 6.

⁵¹ Cfr., GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, cit., pag. 2416.

⁵² In questo senso, MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, pag. 275 ss.

“innanzitutto bisogna individuare quali siano gli interessi di rilievo costituzionale che il legislatore ha ritenuto di far prevalere nella sua discrezionale ponderazione degli interesse attinenti ai due casi trattati differentemente e, quindi, occorre raffrontare il particolare bilanciamento operato dal legislatore nell’ipotesi denunciata con la gerarchia dei valori coinvolti nella scelta legislativa quale risulta stabilita dalle norme costituzionali”.

La valutazione operata dal legislatore si rivelerà irragionevole quando essa implichi un bilanciamento dei valori arbitrariamente differenziato.

3 La portata del principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: l’articolo 7 CEDU.

L’articolo 7 CEDU occupa una posizione preminente nel sistema garantistico della CEDU. Infatti in principio *nullum crimen sine lege* è riconosciuto dalla stessa Corte europea dei diritti come *“an essential element of the rule of law”*, tale da occupare *“a prominent place in the Convention system of protection”*⁵³. Appartiene cioè al cd. “nocciolo duro” della Convenzione.

Esso costituisce il momento di massima emersione dell’istanza legalista in sede convenzionale ed è uno dei pochi articoli che riguarda direttamente l’ambito del diritto penale sostanziale⁵⁴.

Rientrando nell’ambito di applicazione dell’articolo 15 CEDU, esso assume il carattere dell’inderogabilità in quanto non suscettibile di deroghe neppure nel caso in cui si verificano “situazioni di emergenza e di crisi”.

L’articolo 7 CEDU focalizza la propria portata garantistica anzitutto nella prospettiva del divieto di irretroattività della nuova incriminazione e delle modifiche peggiorative⁵⁵ mentre è assente ogni riferimento espresso al principio della retroattività della legge penale più favorevole.

La Corte EDU aveva sempre sostenuto che non si potesse elevare a diritto dell’uomo il diritto del reo all’applicazione della legge più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto.

Con riferimento alla retroattività della legge penale più favorevole, l’orientamento della Corte EDU sembrava consolidato nel ritenere che l’articolo 7 non contenesse alcuna disposizione simile all’articolo 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, il quale fa esplicito riferimento al principio.

Analizzando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, precedente al caso *Scoppola c. Italia*, emerge dunque una posizione molto chiara sul punto.

Nel caso *X c. Germania*⁵⁶, il ricorrente era stato condannato ad una multa per violazione del codice delle imposte. La multa fu confermata nonostante l’abrogazione della disposizione interessata.

Il ricorrente, invece, sosteneva dinanzi alla Commissione che avrebbe dovuto beneficiare della legge successiva più favorevole.

La Commissione concludeva:

“l’art. 7 della Convenzione non contiene nessuna disposizione simile all’art. 15. 1 del Patto delle Nazioni Unite” e che “nel caso di specie, una parte dei fatti posti a carico del ricorrente sono stati in qualche misura, oggetto di decriminalizzazione. Nondimeno l’azione del ricorrente, al momento in cui era stata commessa, costituiva un reato secondo il diritto nazionale ai sensi dell’art. 7, 1, cosicché il ricorso è manifestamente infondato”⁵⁷

Non veniva quindi ritenuta contraria alla Convenzione l’inflizione di una sanzione pecuniaria ad un soggetto che aveva commesso un illecito fiscale successivamente abrogato.

In questo caso emerge una giurisprudenza tesa a valorizzare la “mancata inclusione”, nell’articolo 7 CEDU, del principio di retroattività della legge penale più favorevole.

⁵³ Corte EDU, caso *Liivik c. Estonia*, sent. 25 giugno 2009.

⁵⁴ Sul punto, BERNARDI A., *Art. 7*, in BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, Padova, 2001, pag. 251; ROLLAND P., *Article 7*, in PETITTI L. E. – DECAUX E. – IMBERT P. H. (a cura di), *La Convention européenne des droits de l’homme – Commentaire article par article*, Parigi, 1995, pag. 293; MANES V., *Commento all’art. 7*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012, pag. 257.

⁵⁵ Corte EDU, caso *Kokkinas c. Grecia*, sent. 25 marzo 1993, par. 25.

⁵⁶ Commissione EDU, caso *X c. Germania*, dec. 6 marzo 1978.

⁵⁷ Commissione EDU, caso *X c. Germania*, dec. 6 marzo 1978, in DR 13, pag. 70

Le stesse affermazioni addotte nel caso *X c. Germania* sono state confermate nei casi *Le Petit c. Regno Unito*⁵⁸ e *Zaprianov c. Bulgaria*⁵⁹.

Nel primo caso, il ricorrente, un ufficiale della marina militare, veniva accusato di frode per falsificazione di alcune richieste di rimborso. Egli veniva poi condannato dinanzi alla Corte marziale a tre mesi di reclusione in seguito a piena ammissione dei fatti.

Successivamente agiva perché la sua condanna venisse annullata alla luce della sentenza resa dalla *House of Lords* nel caso *D. Preddy AER 483*. La richiesta veniva respinta.

Egli adiva la Corte EDU lamentando la violazione dell'articolo 7 CEDU in quanto era stato condannato ai sensi del *Theft Act* del 1968, per un atto che per la giurisprudenza interna successiva non costituiva reato penale ai sensi di tale legge.

Lo Stato resistente faceva notare come l'articolo 7 CEDU riguardi principalmente il divieto di applicazione retroattiva della legge penale a danno dell'imputato. Nel caso di specie non vi era stata nessuna applicazione retroattiva poiché era stato condannato correttamente in base alla pertinente legge applicabile alla data della condanna. In più l'imputato aveva fatto piena ammissione dei fatti e si era dichiarato colpevole davanti alla Corte marziale.

Il ricorrente all'opposto chiedeva di beneficiare della successiva e più favorevole interpretazione da parte della *House of Lords* delle disposizioni recanti i reati ascrittigli, dunque l'annullamento della condanna.

In quell'occasione la Corte europea dei diritti osservava che, nonostante la successiva sentenza della *House of Lords*, era prevedibile, data la giurisprudenza precedente, i comportamenti in riferimento al quale l'imputato si era dichiarato colpevole, al tempo in cui la violazione fu commessa, sarebbero stati considerati reato ai sensi del *Naval Discipline act* del 1957 e ai sensi del *Theft Act* del 1968.

La Corte EDU riaffermava pertanto che l'articolo 7 CEDU non garantisce il diritto a beneficiare di una successiva e più favorevole legge applicabile ad un reato commesso precedentemente. Così dichiarava irricevibile il ricorso proposto dal ricorrente.

Nel secondo caso, l'imputato Zaprianov veniva accusato di essersi appropriato indebitamente di fondi pubblici attraverso diversi atti di trasferimento bancario intervenuti tra il 1994 e il 1996.

Un emendamento al codice penale, introdotto dopo l'avvenuta commissione del fatto, aggiungeva un ulteriore elemento costitutivo del reato per cui era stato condannato, vale a dire la prova della sussistenza di un "vantaggio personale". Secondo il ricorrente da ciò derivava la decriminalizzazione degli atti commessi e costituenti oggetto dell'accusa.

Nel 1995 quello stesso emendamento veniva dichiarato incostituzionale. In Bulgaria le sentenze della Corte Costituzionale non hanno effetto retroattivo. L'imputato sosteneva che avrebbe dovuto comunque beneficiare dell'emendamento poiché ai sensi dell'articolo 2 del codice penale, in caso di modifiche legislative intervenute nel periodo intercorrente tra la commissione del fatto e la sentenza definitiva, dovrebbe trovare applicazione la legge più favorevole.

Il ricorrente sosteneva che la modifica del 1995 aveva l'effetto di escludere la sua responsabilità penale e che doveva beneficiarne.

Il ricorrente adiva la Corte EDU lamentando quindi la violazione dell'articolo 7 CEDU.

Il Giudice europeo osservava primariamente che non vi era stata nessuna allegazione, da parte del ricorrente, riguardo al fatto che il comportamento per cui era stato accusato, ovvero il trasferimento bancario di fondi a una società, non costituiva reato al tempo in cui fu commesso. Il ricorrente sosteneva semplicemente che la modifica legislativa introdotta nel giugno del 1995 aveva l'effetto di depenalizzare l'atto in questione e che, essendo una legge più favorevole, avrebbe dovuto trovare applicazione.

La Corte di Strasburgo riaffermava in modo categorico che:

*"L'articolo 7 CEDU non sancisce il diritto di veder applicare ad un reato una modifica legislativa più favorevole adottata successivamente"*⁶⁰.

Osservava anche che comunque il comportamento dell'imputato risultava punibile anche alla luce della modifica introdotta, poiché le prove emerse dal procedimento dimostravano che il trasferimento bancario era avvenuto non solo a vantaggio della società ma anche nell'interesse dell'imputato, risultando così presente l'ulteriore elemento oggettivo del "vantaggio personale".

⁵⁸ Corte EDU, caso *Le Petit c. Regno Unito*, dec. 5 dicembre 2000.

⁵⁹ Corte EDU, caso *Zaprianov c. Bulgaria*, dec. 6 marzo 2003.

⁶⁰ Corte EDU, caso *Zaprianov c. Bulgaria*, dec., cit., par. 6.

La Corte EDU ha però più volte affermato che la circostanza in base alla quale l'articolo 7 CEDU non garantisce il diritto dell'individuo di beneficiare di una legge successiva più favorevole non impedisce al giudice nazionale di applicare ugualmente la norma più favorevole entrata in vigore successivamente al fatto, come dimostra il caso *G. c. Francia*⁶¹ in cui la Corte ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 7 CEDU da parte dei giudici nazionali che avevano applicato retroattivamente al ricorrente la nuova normativa, proprio perché questa si presentava nel complesso più favorevole.

Nel caso di specie il ricorrente era sospettato di aver imposto, il 14 novembre 1980, rapporti sessuali ad una giovane affetta da un lieve ritardo mentale in cambio del rilascio della patente. Veniva condannato in primo e in secondo grado alla pena di cinque anni di reclusione per il reato di corruzione passiva, per aver richiesto rapporti sessuali, e per il reato di oltraggio al pudore commesso con violenza fisica e morale.

Dopo l'annullamento della sentenza da parte della Cassazione, il giudice del rinvio emetteva una sentenza di condanna alla pena di tre anni di reclusione, determinata in base ad un diverso tipo di corruzione passiva e per oltraggio al pudore commesso con violenza morale e abuso di autorità. Così facendo aveva applicato al ricorrente le nuove e più favorevoli fattispecie penali introdotte, successivamente alla commissione del fatto, dalla legge n. 80-1041 del 23 dicembre 1980.

Il ricorrente si rivolgeva allora al Giudice europeo lamentando la violazione dell'art. 7 CEDU, per essere stato condannato sulla base di reati non previsti al momento della commissione del fatto.

Osservando che le modifiche sopravvenute avevano trasformato il reato in illecito pretorile con una pena edittale diminuita, la Corte di Strasburgo rilevava come non fosse rinvenibile alcuna violazione dell'articolo 7 CEDU il quale non vieta e non pone alcun ostacolo all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole⁶².

L'applicazione della pena più mite sopravvenuta da parte dei giudici interni non è mai stata ritenuta contraria al *nullum crimen*, essendo salvaguardate in quell'ipotesi le esigenze poste a fondamento dello stesso⁶³.

Tuttavia, secondo l'orientamento consolidato della Corte EDU, l'articolo 7 CEDU consentiva comunque di punire l'autore di un reato che, secondo una legge entrata in vigore successivamente, non configurava più illecito penale e, nel caso in cui la condanna fosse già stata pronunciata, esso non imponeva la cessazione della sua esecuzione e dei relativi effetti penali⁶⁴.

Secondo taluno la Corte europea era restia ad una consacrazione del principio e alla sua inclusione nell'ambito garantistico dell'articolo 7 CEDU per il timore di incontrare resistenze da parte di quei Paesi membri in cui il principio non era riconosciuto o subiva significative deroghe e che non sarebbero stati in grado far fronte alla revisione dei processi che il riconoscimento del principio di retroattività favorevole avrebbe comportato⁶⁵.

Negli ordinamenti degli Stati che avevano già riconosciuto il principio di retroattività favorevole operava dunque l'articolo 53 CEDU in virtù del quale:

*“nessuna delle disposizioni può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato contraente o ad altri accordi internazionali di cui tale Stato sia parte”*⁶⁶.

La disposizione fa salve le maggiori garanzie in tema di diritti dell'uomo risultanti dalla normativa nazionale o da altri accordi internazionali.

Già in alcune pronunce precedenti alla sentenza *Scoppola* si registrava un atteggiamento di maggior apertura verso il riconoscimento del principio di applicazione della legge penale più favorevole.

⁶¹ Corte EDU, caso *G. c. Francia*, sent. 27 settembre 1995.

⁶² Sull'argomento si veda FALCINELLI D., *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, in *diritti-cedu.unipg.it*.

⁶³ Oltre al caso sopra menzionato, si vedano anche Corte EDU caso *Karmo c. Bulgaria*, 9 febbraio 2006, in cui la pena di morte era stata sostituita retroattivamente con l'ergastolo.

⁶⁴ ROLLAND P., *Article 7*, cit., pag. 295.

⁶⁵ A tal proposito, si veda BERNARDI A., *Art. 7*, cit., pag. 252.

⁶⁶ Per un commento all'art. 53 CEDU, si veda PUSTORINO P., *Art. 53*, in BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pag. 741 ss. e BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pag. 774.

Nel caso *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia*⁶⁷, la Corte EDU concludeva per la violazione del requisito della previsione legale richiesto dall'articolo 10 CEDU nei confronti del secondo ricorrente, considerato che il giudice interno aveva applicato la norma penale in vigore al momento della commissione del fatto dichiarata incostituzionale nelle more del procedimento. In altri termini era stata individuata la carenza di una base legale al momento della condanna.

Ancora, nel già citato caso *Zaprianov c. Bulgaria*, la Corte di Strasburgo non rigettava il ricorso per l'insussistenza della pretesa violazione dell'articolo 7 CEDU, ma lo dichiarava irricevibile ai sensi dell'articolo 53 paragrafi 3 e 4 CEDU perché i comportamenti dell'imputato erano da considerare punibili anche alla luce della nuova normativa sopravvenuta.

3.1 La svolta giurisprudenziale segnata dal caso Scoppola.

Il caso *Scoppola c. Italia*⁶⁸ ha costituito un punto di svolta nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sotto il profilo in esame.

La giurisprudenza europea era restia a garantire copertura convenzionale al principio di retroattività della legge penale più favorevole, negando che le deroghe ad esso apportate dagli ordinamenti nazionali entrassero in conflitto con il principio di legalità delle pene di cui all'articolo 7 CEDU.

La sentenza resa dalla Grande camera nella causa *Scoppola c. Italia (2)* allinea la Convenzione agli altri testi internazionali a tutela dei diritti fondamentali inquadrando il principio di retroattività favorevole tra le garanzie previste all'articolo 7 CEDU.

Del resto il riconoscimento del principio era già stato ricollegato alla necessità di fornire quella base legale prevista dagli articoli 8, 9, 10, 11 CEDU⁶⁹.

In un quadro di progressiva integrazione dei sistemi europeo e convenzionale la Corte EDU sembra essersi conformata alle nuove evoluzioni legislative e giurisprudenziali intervenute nel panorama europeo⁷⁰.

3.1.1 Ricostruzione del quadro normativo interno.

La Corte europea ha dichiarato la violazione degli articoli 6 e 7 CEDU in seguito all'applicazione delle leggi che hanno interessato la disciplina codicistica del giudizio abbreviato, contenuta nell'articolo 442 c.p.p., il quale, al comma secondo, stabilisce:

“In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita di un terzo. Alla pena dell'ergastolo è sostituita la pena di anni trenta. Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato è sostituita la pena dell'ergastolo”.

Questa disposizione è il frutto di tre modifiche legislative.

Con la sentenza n. 176 del 1991 la Corte Costituzionale dichiarava l'illegittimità per eccesso di delega dell'articolo 442 c.p.p. nella parte in cui prevedeva la sostituzione della pena dell'ergastolo con la pena di trent'anni di reclusione nel caso di giudizio abbreviato⁷¹. Si precludeva così l'accesso al rito abbreviato nell'ipotesi di delitti punibili con la pena dell'ergastolo.

⁶⁷ Corte EDU caso *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia*, 8 luglio 1999, par. 48 ss.

⁶⁸ Corte EDU, caso *Scoppola c. Italia*, Grande Camera, sent. 17 settembre 2009.

⁶⁹ Corte EDU, caso *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia*, cit. In dottrina cfr. SOJER J., *L'article 7 de la Convention existe-t-il?*, in HEYMANN VERLAG C., *Protection des droits de l'homme: Melanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Berlin, 2000, pag. 1344, secondo il quale la Convenzione impone la retroattività della legge penale più favorevole anche rispetto agli ordinamenti che tale regola non conoscono.

⁷⁰ Vedi ARMONE G. *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole come diritto fondamentale nella giurisprudenza multilivello*, in www.europeanrights.eu, pag. 2. Sul fenomeno di internazionalizzazione del diritto penale, si veda, BORSARI R., *Principi di diritto internazionale penale*, Verona, 2000, pag. 130 ss.; ID., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, pag. 1 ss.; MEZZETTI E., *L'internazionalizzazione della legge penale*, in RONCO M. (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Ed.2, Bologna, 2010, pag. 134 ss.

⁷¹ Corte Cost., sent. n. 176 del 1991, in *Foro it.* 1991, 2318; in dottrina cfr. TRANCHINA G., *Giudizio abbreviato e reati punibili con l'ergastolo*, in *Foro it.*, 1991, pag. 2318; LORUSSO P., *Limiti oggettivi al giudizio abbreviato, giudice naturale e pubblicità dei giudizi: considerazioni in margine alla sentenza costituzionale n. 176 del 1991*, in *Cass. pen.*, 1992, pag. 530; sul tema anche DUBOLINO P.,

Successivamente la legge n. 479 del 1999, entrata in vigore il 2 gennaio 2000, modificava il comma 2 dell'art. 442 c.p.p., reintroducendo la possibilità di optare per il giudizio abbreviato anche nel caso di delitti punibili con la pena dell'ergastolo: in conseguenza della scelta, l'imputato, se riconosciuto colpevole, sarebbe stato condannato a trent'anni di reclusione.

Il decreto legge n. 341 entrato in vigore il 24 novembre 2000, modificava nuovamente l'art. 442 c.p.p., stabilendo, in via d'interpretazione autentica della precedente modifica normativa di cui alla l. 479 del 1999, che «nell'art. 442, comma 2, c.p.p., "pena dell'ergastolo" è riferita all'ergastolo senza isolamento diurno»; aggiungeva poi, in chiusura del comma 2, la proposizione «alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo» (art. 7)⁷². In via transitoria, peraltro, l'art. 8 del medesimo d.l. consentiva a chi avesse formulato istanza di giudizio abbreviato nel vigore della l. 479 del 1999 di revocare l'istanza entro trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto legge, disponendosi in tale ipotesi la prosecuzione del processo con il rito ordinario. Dal 24 novembre 2000, il giudizio abbreviato, che si confermava applicabile alla generalità dei delitti punibili con l'ergastolo, consentiva dunque al condannato di beneficiare della sostituzione della pena dell'ergastolo senza isolamento diurno con quella di trent'anni di reclusione e della sostituzione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno con quella dell'ergastolo "semplice".

3.1.2 I fatti della vicenda Scoppola.

La vicenda giudiziaria del sig. Scoppola si è svolta in un arco temporale tale da venire interessata da tutta la successione normativa descritta⁷³.

Il 2 settembre 1999, dopo una lite con i suoi due figli, il ricorrente sig. Franco Scoppola uccideva la moglie e feriva uno dei figli. La procura di Roma ne chiedeva il rinvio a giudizio per omicidio, tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia e detenzione abusiva di arma da fuoco. All'epoca dei fatti l'omicidio aggravato, punito con la pena dell'ergastolo e con l'isolamento diurno, non poteva essere giudicato con il rito abbreviato.

Durante la fase delle indagini preliminari, con la legge n. 479 del 1999 entrata in vigore il 2 gennaio del 2000, il legislatore reintroduceva la possibilità di chiedere il rito abbreviato anche nel caso di reati puniti con l'ergastolo.

All'udienza preliminare il ricorrente chiedeva ed otteneva di essere giudicato secondo il rito abbreviato. All'udienza del 24 novembre 2000, il GUP dichiarava il sig. Scoppola colpevole dei reati ascrittigli e lo condannava a trent'anni di reclusione come conseguenza dell'applicazione della novellata versione dell'art. 442, comma 2, c.p.p. in base al quale se il reato commesso era punibile con la pena dell'ergastolo, la pena da applicare per effetto della riduzione di pena derivante dalla scelta del suddetto rito speciale sarebbe stata pari a trent'anni di reclusione⁷⁴.

Il giorno stesso della sentenza di condanna entrava in vigore il decreto legge n. 341, il cui art. 7, intervenendo sulla disciplina del giudizio abbreviato, modificava l'art. 442 del c.p.p., prevedendo che la pena dell'ergastolo con isolamento diurno fosse sostituita dall'ergastolo semplice nelle ipotesi di concorso di reati o di reato continuato e dalla pena di trent'anni di reclusione nel caso di ergastolo semplice. La volontà del legislatore di attribuire effetti retroattivi alla nuova disciplina, già evidente nella pretesa natura "meramente interpretativa" della legge, trovava conferma nell'introduzione di una norma transitoria, contenuta nell'art. 8 del d.l. 341 del 2000, con la quale si consentiva all'imputato, che avesse già fatto richiesta di giudizio abbreviato, di revocare la domanda nel caso in cui la pena applicata o applicabile nel procedimento pendente fosse l'ergastolo con isolamento diurno. In questo caso, infatti, era venuta meno l'originaria

Considerazioni in tema di incompatibilità tra rito abbreviato e reati punibili con la pena dell'ergastolo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 176 del 1991, in Arch. nuova proc. pen., 1991, pag. 178.

⁷² In materia di diritto intertemporale, si veda GIANNONE A., *Giudizio abbreviato ed ergastolo: dopo la declaratoria di incostituzionalità importanti chiarimenti (di diritto intertemporale e non) delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1992, pag. 2709.

⁷³ Corte EDU, caso *Scoppola c. Italia*, Grande camera, sent. 17 settembre 2009. Sulla vicenda processuale, si veda, GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, cit., pag. 2020 ss.; GARUTI G., *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, in *Dir. proc. pen.*, 2009, pag. 1427 ss.; PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., pag. 397.

⁷⁴ Sulle vicende normative che hanno caratterizzato il giudizio abbreviato in relazione alla pena dell'ergastolo, si veda anche PISANI M., *Il giudizio abbreviato e la pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2008, pag. 429 ss.

aspettativa della sostituzione della pena con quella di reclusione di trent'anni, dovendo il giudice comunque condannare alla pena dell'ergastolo; si dava quindi la possibilità di riottenere tutte le garanzie processuali connesse al rito ordinario.

La procura generale presso la Corte d'appello di Roma proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza del GUP di Roma, sostenendo che il GUP avrebbe dovuto applicare l'articolo 7 del d. l. n. 341 del 2000, entrato in vigore il giorno stesso in cui era stata pronunciata la sentenza di condanna. In particolare, la procura eccepeva che la mancata applicazione di questa disposizione da parte del GUP costituiva un evidente errore di diritto.

Il sig. Scoppola proponeva a sua volta appello chiedendo la riduzione della pena senza però svolgere alcuna considerazione sul mutato quadro normativo e sulla sua eventuale intenzione di ritirare la richiesta di giudizio abbreviato ai sensi della norma transitoria.

Con sentenza del 10 gennaio 2002, la Corte d'assise d'appello condannava il ricorrente all'ergastolo semplice, ritenendo che la nuova disciplina relativa al rito abbreviato dovesse applicarsi anche ai procedimenti pendenti, in ossequio al principio "*tempus regit actum*"⁷⁵, in quanto normativa di natura processuale.

I giudici di secondo grado osservavano in particolare che il GUP, applicando la normativa previgente, aveva determinato la pena in base al reato più grave, senza esaminare se era necessario disporre l'isolamento diurno in ragione della constatazione di colpevolezza pronunciata per gli altri capi d'accusa a carico del ricorrente. Tuttavia, essendo nel frattempo entrato in vigore il d. l. n. 341 del 2000, il GUP avrebbe dovuto applicare le nuove regole di determinazione della pena per il rito abbreviato.

La Corte d'appello ricordava, peraltro, che il ricorrente avrebbe potuto ritirare la sua richiesta di giudizio abbreviato e farsi giudicare secondo la procedura ordinaria. Poiché il ricorrente non aveva fatto tale scelta, la decisione di primo grado avrebbe dovuto tener conto della nuova disciplina delle pene nel frattempo intervenuta⁷⁶.

Il ricorrente proponeva ricorso per cassazione, sostenendo l'eccessivo rigore della pena applicata. La Corte di cassazione respingeva il ricorso del ricorrente.

Il ricorrente proponeva allora ricorso straordinario per errore di fatto adducendo che la sua condanna all'ergastolo, scaturita dall'applicazione retroattiva delle nuove disposizioni introdotte dal d. l. n. 341 del 2000, costituiva violazione dell'articolo 7 CEDU.

Lamentava poi la violazione dell'articolo 6 CEDU in quanto la rinuncia alle garanzie procedurali, conseguenza della scelta del procedimento con rito abbreviato, non era stata compensata dalla riduzione di pena promessa dallo Stato al momento della medesima scelta.

Anche tale ricorso veniva dichiarato inammissibile⁷⁷. La Corte di cassazione osservava che l'interessato, attraverso il ricorso straordinario, non denunciava errori di fatto commessi dalle autorità giudiziarie interne ma mirava, essenzialmente, a rimettere in discussione la valutazione dei punti di diritto effettuata dalla stessa Corte.

⁷⁵ PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo* in *Cass. pen.*, n. 2, 2010 pag. 397 nota che "Una corretta applicazione di quel principio non consente in realtà di attribuire efficacia retroattiva ad una nuova norma processuale, ma solo di farne immediata applicazione, nel rispetto degli atti già compiuti sotto il vigore della precedente disciplina (sia nel caso che abbiano già esaurito i loro effetti, sia nel caso che siano ancora suscettibili di produrre effetti futuri). Se il legislatore non avesse attribuito efficacia retroattiva alle modifiche in materia di giudizio abbreviato, i giudici non avrebbero potuto applicarle nel caso Scoppola, perché la modifica degli effetti conseguenti alla richiesta del rito avrebbe comportato necessariamente una "rivalutazione" di quell'atto, non consentita dal principio "*tempus regit actum*". Cfr. in proposito anche MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, pag. 125 ss.

⁷⁶ Cass., Sez. Un., 31 maggio 1991, in *Foro it.*, 1991, II, pag. 646 con nota di FERRARO A., *Ancora qualche considerazione sulla natura della riduzione di pena nel giudizio abbreviato*; Corte Cost., sent. n. 277, 31 maggio 1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1673. Anche in dottrina diverse voci si erano espresse in favore della natura processuale della disposizione: CORDERO F., *sub art. 442*, in *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 1990, pag. 499; LUPO E., *Il giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1989, pag. 1862; MERCONE M., *Le diminuenti dei nuovi riti speciali e i limiti di pena applicabile*, ivi, 1990, pag. 1825; PAGLIARO A., *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, pag. 36; VENAFRO E., *Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento*, ivi, 1993, pag. 1114.

⁷⁷ Cass., sentenza del 14 maggio 2004.

3.1.3 Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nel marzo del 2003 il sig. Scoppola adiva la Corte EDU⁷⁸ lamentando la violazione dell'articolo 6 CEDU, in quanto, pur avendo optato per un *iter* semplificato, era stato privato del vantaggio della sostituzione dell'ergastolo con trent'anni di detenzione, e dell'articolo 7 CEDU come conseguenza dell'applicazione del decreto legge che modificava *in peius* la pena applicabile.

Per quanto riguarda l'articolo 7 CEDU egli sosteneva che l'articolo 442 c.p.p., è da considerare una norma di diritto penale sostanziale e non di natura processuale, dunque soggetta al principio di retroattività favorevole e non all'opposto principio "*tempus regit actum*".

A parere del ricorrente il principio di retroattività favorevole non solo è espressamente riconosciuto dall'articolo 15 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, dall'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 9 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, ma rientrerebbe nell'ambito garantistico dell'articolo 7 CEDU⁷⁹.

Secondo questa logica, i giudici italiani avrebbero dovuto applicare, tra le varie norme succedutesi nel tempo dopo la commissione del fatto, quella più favorevole al reo.

In questo caso la norma più favorevole era quella che prevedeva la pena di trent'anni di reclusione in seguito a rito abbreviato.

Essi avevano invece applicato il decreto legge successivo che modificava *in peius* la pena applicabile e questo avrebbe costituito violazione dell'articolo 7 CEDU.

L'applicazione retroattiva sfavorevole, inoltre, non poteva essere giustificata in base alla qualificazione legislativa del decreto quale "legge d'interpretazione autentica". Le disposizioni del codice di procedura penale non necessitavano infatti di alcuna interpretazione, essendo chiaro che per "condanna all'ergastolo" dovesse intendersi qualsiasi pena detentiva a vita, con o senza isolamento diurno.

Il ricorrente riteneva poi che le circostanze che avevano portato alla violazione dell'articolo 7 della Convenzione comportassero anche una violazione dei principi dell'equo processo.

Nel febbraio 2000, aveva optato per il giudizio abbreviato, rinunciando in tal modo a un certo numero di garanzie processuali poiché, sulla base dell'art. 442 c.p.p. in vigore all'epoca, egli sapeva che in caso di condanna sarebbe stato punito con la pena di trent'anni di reclusione e non con quella dell'ergastolo. L'art. 442 c.p.p. era stato tuttavia modificato in maniera sfavorevole e alla sua rinuncia non ha più corrisposto come controparte una riduzione della pena, l'unico vantaggio essendo stato quello di evitare l'isolamento diurno.

Sempre secondo il ricorrente l'adozione del giudizio abbreviato si tradurrebbe nella conclusione di un «contratto di diritto pubblico» tra l'imputato e lo Stato; una volta concluso, tale «contratto» non può essere sciolto o modificato in maniera unilaterale.

3.1.4 La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e i principi in essa enunciati.

Con sentenza resa il 17 settembre del 2009 la Corte EDU ha accolto il ricorso del sig. Scoppola con riguardo a entrambi i profili di violazione. Ha infatti riconosciuto nell'applicazione della disposizione contenuta nel decreto legge n. 341 del 2000 una violazione dei diritti garantiti dagli articoli 6 e 7 CEDU⁸⁰.

Tralasciando per un momento i profili inerenti all'articolo 6 CEDU⁸¹, ci si soffermerà sull'analisi delle argomentazioni addotte dalla Corte di Strasburgo per giungere a dichiarare la violazione dell'articolo 7 CEDU.

⁷⁸ Ricorso n. 10249/03, presentato in data 24 marzo 2003.

⁷⁹ Su questo punto il ricorrente fa riferimento all'opinione dissenziente del giudice Popović nella sentenza *Achour c. Francia*, 29 marzo 2006, in <http://www.echr.coe.int>, nonché in *Foro it.*, 2007, IV, pag. 237, con nota di GANDINI F.

⁸⁰ Corte EDU, caso *Scoppola c. Italia*, Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, con nota di ICHINO G., *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2010, pag. 841 ss.; sulla vicenda processuale, si veda, GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, cit., pag. 2020 ss.; GARUTI G., *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, cit., pag. 1427 ss.; PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., pag. 397.

⁸¹ Per i quali si rinvia a GARUTI G., *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, cit., pag. 1428 ss.;

In merito, il Giudice europeo ha innanzitutto chiarito che l'articolo 442 c.p.p., non è una disposizione di diritto penale processuale, bensì, come sosteneva il ricorrente, una norma di diritto penale sostanziale, in quanto la scelta del rito andava ad incidere direttamente sulla commisurazione della pena.

Infatti, secondo il linguaggio proprio della Convenzione elaborato dalla Corte EDU, la nozione di "materia penale" assume una connotazione più ampia e arriva a ricomprendere "*provisions defining offences and penalties for them*".

Nel caso *Scoppola*, la Corte EDU ha ritenuto che l'articolo 7 CEDU sia applicabile alla norma che disciplina la riduzione di pena in caso di opzione per il rito abbreviato, in quanto incidente sul *quantum* di pena irrogabile, dunque costitutiva della "pena inflitta" e non confinabile alla fase di esecuzione o della mera applicazione della stessa⁸².

Un altro elemento sintomatico del carattere "penale" della sanzione è costituito dalla sua riconducibilità ad una condanna per un "illecito penale" e, nel caso di specie, non sorgeva alcun dubbio che le sanzioni fossero state emesse a seguito di una condanna per un "reato".

La Corte EDU ha espresso poi dubbi sulla configurabilità del decreto n. 341 del 2000 in termini di "interpretazione autentica", dal momento che, a suo avviso, le disposizioni di cui agli articoli 7 e 8 della l. 349 del 1999 non presentavano alcuna ambiguità: esso indicava chiaramente che la pena dell'ergastolo era sostituita con quella di trent'anni di reclusione, senza alcuna distinzione tra ergastolo con isolamento diurno o semplice.

Ma ciò che maggiormente interessa ai fini di questa trattazione sono le conclusioni cui la Corte di Strasburgo è giunta rispetto al principio di retroattività del trattamento sanzionatorio più favorevole.

In occasione del caso *Scoppola*, pur richiamando il suo precedente orientamento giurisprudenziale, la Corte EDU ha utilizzato il canone ermeneutico dell'interpretazione evolutiva per tenere conto del mutato quadro internazionale ed europeo. È orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo che la Convenzione debba essere interpretata nel senso di rendere effettive e concrete le garanzie in essa contenute, tenendo conto dell'eventuale mutamento di consenso emerso in relazione al livello di protezione da raggiungere⁸³. Il Giudice europeo riconosce che il principio di retroattività favorevole è ormai inserito e codificato in numerose Carte europee e internazionali ed è riconosciuto dalla giurisprudenza a livello internazionale ed europeo. La Corte EDU rileva che il panorama normativo e giurisprudenziale è mutato dai tempi del caso *X. C. Germania*, risalente al 1978, e compie un autentico *overruling*, che risulta giustificato, appunto, dalle numerose fonti presenti sul panorama internazionale e da diverse significative pronunce giurisprudenziali, che negli anni più recenti hanno rafforzato il contenuto del principio di retroattività della legge penale più favorevole.

A sostegno delle proprie conclusioni la Corte europea dei diritti ha richiamato in particolare l'articolo 49.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'articolo 15 del Patto internazionale, l'articolo 9 della Convenzione Americana sui diritti dell'uomo⁸⁴ e l'articolo 24 comma 2 dello Statuto della Corte penale internazionale.

Ha inoltre richiamato la giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per i fatti della ex-Jugoslavia il quale, nella sentenza *Dragan Nikolić*, riconoscendo che il principio della *lex mitior* fa parte del suo Statuto, lo ha ritenuto applicabile nel caso in cui i poteri ad esso conferiti in materia di pena fossero successivamente modificati.

Da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 3 maggio del 2005 (sentenza *Berlusconi e altri c. Italia*), che si era espressa in senso favorevole al riconoscimento del principio di retroattività della *lex mitior*, affermando che esso fa ormai parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed è da considerare parte integrante dei principi generali di diritto comunitario.

Pertanto, in considerazione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale appena descritta, la Corte di Strasburgo conclude rilevando che "*un consenso si è progressivamente formato a livello europeo e internazionale perché si possa considerare che l'applicazione della legge penale che preveda una pena più*

⁸² La Corte EDU opera il *distinguishing* con il precedente caso *Kafkaris c. Cipro*, specificamente affrontato ai par. 97 e 111 della decisione *Scoppola*, ravvisando quale criterio discrezionale delle due ipotesi la capacità della disposizione sul rito abbreviato in esame quello di incidere direttamente sulla severità della pena al momento della condanna, diversamente da ogni istituto operante successivamente alla fase di commisurazione concreta.

⁸³ Così, tra le altre, Corte EDU, caso *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, par. 35.

⁸⁴ La Convenzione Americana sui diritti dell'uomo è entrata in vigore il 18 luglio del 1978; alla Convenzione è stato aggiunto nel 1988 il protocollo di San Salvador sui diritti economici, sociali e culturali.

mite, anche posteriore alla commissione del reato, è divenuto un principio fondamentale del diritto penale⁸⁵ e che "l'articolo 7 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa".

Quindi, sebbene la lettera dell'articolo 7 CEDU non contenga espressamente l'obbligo degli Stati contraenti di far beneficiare l'imputato del trattamento legislativo più favorevole entrato in vigore dopo la perpetrazione del reato, nondimeno vietando di infliggere una pena più severa di quella che era applicabile al momento in cui è stato commesso il reato, non solo non esclude che l'imputato possa beneficiarne ma addirittura implicitamente lo impone.

In ossequio al principio della preminenza del diritto di cui l'art. 7 CEDU costituisce elemento essenziale, nel caso di mutamento legislativo favorevole all'imputato, il giudice deve applicare la pena che il legislatore a quel tempo ritiene "proporzionata" e non quella antecedente più afflittiva che il legislatore e la collettività non reputano più adeguata al fatto realizzato.

Secondo la Corte EDU l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni siano più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa un altro elemento fondamentale dell'articolo 7 CEDU, ossia quello della "prevedibilità delle sanzioni".

Nel caso di specie i giudici italiani hanno inflitto una pena più severa di quella prevista dalla legge che, tra le leggi entrate in vigore nel periodo compreso tra la perpetrazione del reato e la pronuncia della sentenza definitiva, gli era più favorevole.

Lo Stato convenuto ha dunque violato l'articolo 7 CEDU, non adempiendo al proprio obbligo di far beneficiare l'imputato della legge penale meno severa.

Con questa pronuncia la Corte EDU ha attribuito al principio di retroattività della legge penale più favorevole il carattere di principio inviolabile: pertanto, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia della decisione definitiva sono differenti, il giudice è tenuto ad applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato.

Alcuni autori hanno espresso qualche perplessità in merito al modo in cui la Corte europea dei diritti è pervenuta alle sue conclusioni.

Nessuna violazione del principio *nulla poena sine lege* poteva dirsi realizzato, nel caso in esame, in conseguenza dell'applicazione retroattiva del nuovo secondo comma dell'art. 442 c.p.p. che conteneva una disciplina più favorevole di quella vigente nel momento in cui erano stati commessi i reati dei quali il sig. Scoppola era imputato.

Secondo i giudici europei, l'applicazione anche al passato di quella disposizione avrebbe in realtà violato il principio di retroattività in senso favorevole delle norme penali sostanziali, che garantirebbe al reo l'applicazione della legge penale più favorevole, tra tutte quelle succedutesi dal momento del fatto alla conclusione del giudizio.

Un principio non espresso nell'articolo 7, primo comma, CEDU, ma ritenuto in esso implicitamente sancito.

La Corte europea dei diritti, per poter affermare che nel caso concreto sottoposto al suo esame si era verificata una violazione del principio della retroattività della legge penale favorevole, riferisce però quest'ultimo anche alla *lex intermedia*, ossia ad una legge sopravvenuta al fatto e non più in vigore al momento del giudizio perché sostituita da una legge meno favorevole⁸⁶.

Durante la pendenza del processo Scoppola la disciplina del rito abbreviato aveva subito due modifiche legislative di segno opposto ed entrambe le leggi prevedevano un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto a quello in vigore al momento della commissione del fatto, avendo reso possibile l'accesso al rito abbreviato anche a coloro che erano imputati di un reato punibile con l'ergastolo.

La più favorevole al sig. Scoppola era la legge intermedia che prevedeva la possibilità di optare per il rito abbreviato e, al contempo, di ottenere un trattamento sanzionatorio più favorevole, ovvero dall'ergastolo a trent'anni di reclusione.

Nel nostro ordinamento l'applicazione del trattamento sanzionatorio più mite sarebbe stata pacificamente ammessa se si fosse trattato di una norma di diritto penale sostanziale. La retroattività della

⁸⁵ Corte EDU, caso *Scoppola c. Italia*, cit., par. 106.

⁸⁶ Cfr., GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, cit., pag. 2023; PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., pag. 397.

legge penale, di natura sostanziale, più favorevole è un principio codificato nell'articolo 2 del nostro codice penale, ivi compresa la legge intermedia⁸⁷.

Le ragioni della prevalenza della legge intermedia più favorevole sono state giustificate in diversi modi. Secondo una parte della dottrina, nel caso in cui le leggi anteriori ritornino alla severità primitiva, o l'accrescano, le nuove sanzioni non saranno applicabili al reo perché egli ha acquistato il diritto di essere trattato alla stregua della legge meno severa⁸⁸. Secondo altri la prevalenza della legge intermedia garantirebbe che l'eventuale lunghezza dei processi non vada a discapito dell'imputato, il quale si vedrebbe infliggere una condanna più severa di quella che avrebbe avuto se il processo fosse terminato prima⁸⁹.

I giudici italiani hanno però attribuito natura processuale alle norme che disciplinano il giudizio abbreviato, giustificata anche dal loro inserimento nel codice di procedura penale. Alle norme di natura processuale viene applicato il diverso principio "*tempus regit actum*", con conseguente applicazione delle norme sopravvenute durante la pendenza del processo.

La Corte di Strasburgo ha qualificato la norma come di natura sostanziale e soggetta al regime di retroattività favorevole. La Corte europea dei diritti tende ad escludere le regole processuali dall'ambito del diritto penale sostanziale, ma sottolinea che la conclusione deve essere diversa con riferimento a quelle regole processuali capaci di avere una concreta incidenza sulla commisurazione della pena⁹⁰.

Tuttavia, secondo alcuni, non avrebbe senso considerare isolatamente la disposizione che prevede la cosiddetta diminuzione "processuale" per il rito abbreviato per assoggettarla ad una disciplina di diritto intertemporale diversa da quella propria di tutte le restanti disposizioni che concorrono a delineare l'istituto, di natura chiaramente processuale: gli effetti sostanziali, in termini di riduzione di pena, sono infatti strettamente correlati alla scelta del rito, in quanto costituiscono una sorta di ricompensa o contropartita per la rinuncia da parte dell'imputato alle garanzie proprie del dibattimento.

Ma le perplessità sollevate da questa decisione risiedono soprattutto nell'acritica inclusione della *lex intermedia* all'interno del principio della retroattività della legge penale favorevole, entrata in vigore dopo la commissione del fatto⁹¹.

In base al principio di "prevedibilità della sanzione" un soggetto non può essere assoggettato a conseguenze penali più gravi di quelle previste al momento della commissione del fatto. Risulta indifferente che successivamente al fatto, la legge muti *in peius*, introducendo o aggravando le pene. Ciò che conta è il diritto del singolo a non subire pene non previste al momento della commissione del fatto, sulla quale si fonda il suo "affidamento".

Gli stessi ragionamenti non possono essere fatti a proposito del principio di retroattività della legge più favorevole. La *ratio* su cui si fonda l'istituto è diversa: essa consiste nella valutazione di incongruità dell'applicazione di una sanzione penale a un fatto, commesso quando era in vigore la legge che la prevedeva, ma che successivamente, al momento della applicazione della sanzione, il legislatore punisce con una sanzione più mite conforme ad una nuova valutazione circa la sua gravità⁹².

Nell'iter argomentativo seguito dal Giudice europeo nella sentenza *Scoppola*, il principio della "preminenza del diritto", del quale l'articolo 7 CEDU è espressione, imporrebbe di applicare la legge sopravvenuta meno severa, in qualità di legge che rispecchia la nuova valutazione del legislatore circa la proporzione tra fatto e sanzione e impedirebbe di continuare a infliggere pene che lo Stato, e quindi la collettività che esso rappresenta, considerano ormai eccessive⁹³; in altre parole, nel caso di mutamento legislativo favorevole all'imputato prima della fine del processo, il giudice deve applicare la pena che il legislatore a quel tempo ritiene "proporzionata" e non quella antecedente più afflittiva che il legislatore e la collettività non reputano più adeguata al fatto realizzato⁹⁴.

⁸⁷ Sulla rilevanza attribuita nel nostro ordinamento alla *lex intermedia* vedi PECORELLA C., *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in DOLCINI E. - PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, pag. 611 ss.

⁸⁸ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Utet, 1981, pag. 400 ss.

⁸⁹ CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 2003, pag. 760.

⁹⁰ Cfr. MANES V., *Commento all'articolo 7*, cit., pag. 271.

⁹¹ Sempre PECORELLA C., *Il caso Scoppola*, cit., pag. 440 ss.

⁹² Così ONIDA V., *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge sopravvenuta più favorevole*, in BIN R. - BRUNELLI G. - PUGIOTTO A. - VERONESI P. (a cura di), *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005, pag. 285.

⁹³ Corte EDU, caso *Scoppola c. Italia*, cit., par. 108.

⁹⁴ Così GAMBARDELLA M., *Il Caso Scoppola*, cit., pag. 2020.

Il discorso non risulta più tanto lineare quando si parla di legge intermedia in quanto le valutazioni espresse dal legislatore attraverso tale norma non risultano più attuali, ma riviste attraverso una legge successiva; se la legge sopravvenuta è successivamente venuta meno per abrogazione, entrando o rientrando in vigore una disciplina corrispondente a quella più severa in vigore al tempo in cui il fatto fu commesso, tale *ratio* viene meno⁹⁵.

Il valore che si assume come inviolabile, sarebbe quello di non tradire le speranze dell'imputato che durante lo svolgimento del processo, ha assistito all'entrata in vigore di un trattamento più mite di quello precedente.

La Corte EDU non ha invece svolto alcuna riflessione sulla ragionevolezza o meno della deroga al principio della retroattività in senso favorevole che la legge di interpretazione autentica in materia di giudizio abbreviato avrebbe potuto rappresentare.

Il Giudice europeo sembra piuttosto aver voluto attribuire alla retroattività delle leggi penali favorevoli il carattere di principio inviolabile, anche con riguardo alle leggi intermedie.

Sulla base di queste considerazioni, alcuni suggeriscono che sarebbe stato più prudente limitare l'esame del ricorso sotto l'angolo dell'articolo 6 CEDU e del più duttile giudizio sulla violazione dell'equità processuale, rimandando ad un caso meno complesso l'adozione di un nuovo approccio in materia⁹⁶.

3.1.5 La *dissenting opinion* della minoranza.

Non tutti i giudici di Strasburgo si sono trovati d'accordo sull'elaborazione, in questi termini, del principio di retroattività della legge penale più favorevole⁹⁷.

Infatti la decisione della maggioranza è accompagnata, oltre che da una *concurring opinion*, anche da una *dissenting opinion* piuttosto severa.

Di particolare interesse risulta la *dissenting opinion* espressa dal giudice Nicolau e condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger, Sajò.

Essi contestano la possibilità di ricavare dall'articolo 7 CEDU l'interpretazione approvata dalla maggioranza dei giudici.

La minoranza del collegio accusa la maggioranza di aver arbitrariamente attribuito il carattere di diritto inviolabile ad un principio che, a differenza del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, non inerisce alla libertà del cittadino ma si propone solo di tutelarne l'affidamento.

A parere di questi giudici non si può mettere sullo stesso piano il principio di legalità espresso dall'articolo 7, par. 1, CEDU e il principio di retroattività della legge più favorevole, poiché il primo si pone su un livello più elevato rispetto al secondo ed esprime l'esigenza, imprescindibile in uno Stato di diritto, di assicurare la libertà del cittadino non condannandolo o punendolo per un fatto che, al tempo in cui fu commesso, non costituiva reato o comunque era punito con una pena più severa. I giudici dissenzienti affermano:

“Non vi è nulla di più fondamentale di questo principio, al tempo stesso assoluto e inevitabile, che costituisce una condizione indispensabile per la libertà. Ecco perché l'articolo 15 non autorizza alcuna eccezione all'articolo 7 comma 1”.

Il principio dell'applicazione della legge penale più favorevole non risponde a questa esigenza, ma soprattutto non ne costituisce un logico corollario. Esso limita la portata del diritto penale proteggendo i vantaggi di cui beneficiano le persone sottoposte a giudizio in caso di adozione di leggi penali più favorevoli dopo la commissione del reato.

La decisione di non punire o di punire meno severamente un fatto che al tempo in cui fu commesso costituiva reato spetta allo Stato nell'ambito della sua competenza discrezionale.

I giudici dissenzienti fanno leva sul fatto che il principio di retroattività favorevole, al tempo in cui l'articolo 7 CEDU fu formulato, non ne faceva parte e che nulla, nella lettera dell'articolo, lascia intendere

⁹⁵ Così ONIDA V., *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, cit. pag. 287; SCOLETTA M., *Retroattività in mitius e pronunce di costituzionalità in malam partem*, cit., pag. 347; vedi anche PECORELLA C., *Il caso Scoppola*, cit. pag. 406 ss.

⁹⁶ Così MAZZACUVA F., *L'interpretazione del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, cit., pag. 430.

⁹⁷ La decisione, in riferimento alla violazione dell'articolo 7 CEDU, è stata adottata con il voto di 11 giudici a 6.

una sua incorporazione nel principio di legalità. Dall'analisi dei lavori preparatori emerge che la possibilità di aggiungere il principio di retroattività favorevole era stata esaminata ma poi abbandonata.

Inoltre fanno notare come, durante la preparazione della disposizione equivalente del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 15), il progetto di testo conteneva inizialmente soltanto il principio "*nullum crimen nulla poena sine lege*".

La proposta di incorporarvi il principio della legge più favorevole è intervenuta solo in seguito. Anche in quell'occasione l'opportunità di procedere all'inserimento di una siffatta garanzia aveva suscitato delle divergenze.

I giudici richiamano l'opera dell'autore Marc Bossuyt intitolata "*A Guide to the "Travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*" che ripercorre e riassume la molteplicità delle opinioni emerse in sede di elaborazione dell'articolo 15 del Patto internazionale. Tra coloro che sostenevano la tesi contraria all'inserimento si segnala in particolare quella secondo la quale il beneficio implicherebbe che le persone condannate potrebbero chiedere l'applicazione di ogni modifica a loro favorevole apportata alla legge dopo la loro condanna. Ma soprattutto che "*gli esecutivi degli Stati parte al Patto dovevano conservare una totale libertà di applicare a tali persone i vantaggi delle leggi posteriori*".

I giudici dissenzienti fanno proprie le preoccupazioni espresse in quella sede e, richiamando la propria giurisprudenza precedente, ricordano alla maggioranza come, nel già citato caso *X c. Germania*, la stessa Corte EDU aveva categoricamente affermato:

"l'articolo 7 della Convenzione non contiene alcuna disposizione simile all'articolo 15, paragrafo 1 in fine del Patto delle Nazioni Unite, che riguarda peraltro una ipotesi diversa garantendo al delinquente il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato".

Pur ammettendo un approccio dinamico ed evolutivo al fine di rendere effettivi e concreti i diritti consacrati dalla CEDU, richiamano il rispetto dei limiti fissati dalla stessa Convenzione.

Essi, in proposito, ricordano una pronuncia della Corte EDU in cui la stessa ha affermato:

*"La Convenzione e i suoi Protocolli devono essere interpretati alla luce delle condizioni attuali, ma la Corte non può estrarne, attraverso una interpretazione evolutiva, un diritto che non vi è inserito in partenza. Questo vale particolarmente nel caso di specie, ove l'omissione è stata deliberata"*⁹⁸

I sei giudici accusano la maggioranza di aver oltrepassato questi limiti e di aver riscritto l'articolo 7 CEDU al fine di includervi il principio di retroattività della legge più favorevole.

La Corte EDU ha confermato le proprie posizioni in tema in un'altra decisione resa, tra l'altro, proprio nei confronti dell'Italia⁹⁹; con questa pronuncia ha ribadito che "*le disposizioni che definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività, che includono anche il principio di retroattività della legge più favorevole all'imputato*".

4 Le prime ricadute del nuovo orientamento della Corte europea dei diritti nella giurisprudenza costituzionale.

Come già accennato, dall'analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale precedente al caso *Scoppola*, emerge come il giudice delle leggi abbia sempre negato la copertura costituzionale dell'articolo 25 Cost. e come tenda a evitare di consacrare la regola di cui all'art. 2, comma 2, c.p. quale autonomo principio di valore costituzionale, ritenendo piuttosto che tale disciplina costituisca nulla più che un corollario del canone di uguaglianza e del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.)¹⁰⁰.

Il Giudice costituzionale torna ad affrontare la problematica della legittimità delle norme interne derogative rispetto al principio di retroattività della legge penale più favorevole tenendo conto delle ricadute interne connesse alla sua giurisprudenza sull'articolo 117, comma 1, Cost..

⁹⁸ Corte EDU caso *Johnston e altri c. Irlanda*, sent. 18 dicembre 1986.

⁹⁹ Corte EDU, caso *Morabito c. Italia*, dec., 27 aprile 2010.

¹⁰⁰ Così DELLI PRISCOLI L.- FIORENTIN F., *La Corte Costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, cit. che esprime perplessità riguardo alla determinatezza del principio così come emerge dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La domanda che sorge spontanea è se l'interpretazione evolutiva data dalla Corte europea dei diritti all'articolo 7 CEDU ha fatto acquistare al principio di retroattività favorevole una forza superiore a quella che gli era riconosciuta fino a quel momento nell'ordinamento interno.

4.1 La sentenza n. 28 del 2010.

Con la sentenza n. 28 del 2010¹⁰¹ la Corte Costituzionale ha specificatamente affrontato il ruolo del principio di retroattività della legge penale più favorevole nella cornice dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale.

Nel caso di specie, era stata sollevata una questione di legittimità costituzionale nei confronti degli articoli 11 e 117 Cost., dell'art. 183, comma 1, lett. n), quarto periodo, del d. lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, nel testo antecedente alle modifiche introdotte con l'art. 2, comma 20, d.lgs. n. 4 del 16 gennaio 2008, "nella parte in cui prevede che le ceneri di pirite rientrano tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni contenute nella parte quarta del medesimo d.lgs. n. 152 del 2006". Ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. n), quarto periodo, del d. lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, infatti "rientrano altresì tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto le ceneri di pirite, polveri di ossido di ferro, provenienti dal processo di arrostitimento del minerale noto come pirite o solfuro di ferro per la produzione di acido solforico e ossido di ferro, depositate presso stabilimenti di produzione dismessi, aree industriali e non, anche se sottoposte a procedimento di bonifica o di ripristino ambientale".

I giudizi penali a *quibus* erano stati instaurati nei confronti di soggetti che avevano movimentato dei depositi di ceneri di pirite, a decenni dalla loro formazione, senza l'osservanza delle procedure previste per il riciclaggio dei rifiuti. Alla luce delle disposizioni vigenti all'epoca dei fatti non v'era dubbio che le ceneri di pirite costituissero un rifiuto e non un sottoprodotto. Nel 2006, nelle more del procedimento, il legislatore ha depenalizzato tutte le condotte prima rilevanti in base alla considerazione delle ceneri di pirite come rifiuto, intervenendo sulla norma extrapenale integratrice del precetto, ossia introducendo l'esenzione di cui all'art. 183, comma 1, lett. n), quarto periodo, d.lgs. n. 152 del 2006; salvo poi, ritornare sui propri passi con il d.lgs. n. 4 del 2008, eliminando il riferimento alle ceneri di pirite ed introducendo una definizione più restrittiva di sottoprodotto.

A parere dei giudici remittenti la legge intermedia più favorevole, che avrebbe dovuto trovare applicazione ai sensi dell'articolo 2 comma 4 c.p., si poneva in contrasto con la normativa comunitaria in tema di rifiuti.

La Corte approfitta dell'occasione per affrontare la questione relativa agli effetti della declaratoria di illegittimità di una norma extrapenale, quale quella censurata che, sottraendo temporaneamente le ceneri di pirite dalla categoria dei rifiuti, ha escluso durante il periodo della sua vigenza, precedente all'abrogazione ad opera del d.lgs. n. 4 del 2008, l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la gestione illegale di rifiuti alle fattispecie oggetto del giudizio principale.

Proprio in questa sede il Giudice costituzionale ha espresso le proprie considerazioni in ordine alla portata del principio di retroattività della *lex mitior*.

Ciò che costituisce una novità rispetto alle sentenze precedenti è il fatto che la Corte Costituzionale non si è fermata a considerare soltanto la normativa interna, ossia l'articolo 2, comma 4, c.p., ma ha affermato, per la prima volta, che il principio del "*favor rei*" oggi trova conferma e copertura europea nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale deve essere riconosciuto carattere vincolante a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁰². Si tratta di un'affermazione dotata di forte carica innovativa. Riconoscendo espressamente che il principio di retroattività della legge penale favorevole trova copertura europea, il Giudice delle leggi ha attribuito al principio una nuova forza nell'ordinamento interno: ha riconosciuto il suo carattere vincolante nei confronti di tutte le autorità statali, sia

¹⁰¹ Corte Cost. sent. 28 gennaio 2010, n. 28, in *Foro it.*, n. 4, 2010, pag. 1109, con nota di ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel prisma dei diritti fondamentali*; si vedano anche i contributi di BELTRAME S., *Sindacato di costituzionalità in malam partem e "antinomie penali": "le ceneri di pirite" escluse dai "rifiuti" e l'integrazione del "parametro interposto" per effetto delle direttive*, in www.ambientediritto.it.

¹⁰² Cfr., DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eu.*, 2008, pag. 660 ss.; PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eu.*, n. 3, 2009, pag. 13; vedi POLLICINO O. – SCIARABBA D., *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pub. comp. eu.*, n. 1, 2008, pag. 103.

pur limitatamente agli ambiti di attuazione del diritto dell'Unione europea¹⁰³. Il legislatore, dunque, ne dovrà tener conto in sede di emanazione delle leggi e, laddove la norma interna si porrà in contrasto con l'art. 49 della Carta, dovrà essere disapplicata dal giudice nazionale.

A livello europeo il principio non incontra deroghe come quelle previste nell'ordinamento italiano. A differenza di ciò che è avvenuto per il Patto internazionale sui diritti civili e politici, per la Carta non vi è alcuna legge italiana che ne abbia limitato l'applicazione. Ne consegue che anche nell'ordinamento italiano, nelle materie riguardanti il diritto dell'Unione europea, dovrebbe assumere carattere assoluto e inderogabile, al pari del principio di irretroattività della legge penale.

Il rischio però è quello di irragionevoli eccessi nel dispiegamento della retroattività. Per questo, nella sentenza in esame, il giudice costituzionale ha chiarito che quest'ultimo non può inibire la verifica della conformità delle norme legislative interne rispetto al diritto comunitario.

La Corte individua così il primo limite alla retroattività favorevole laddove ha ritenuto che nell'ordinamento, sebbene il principio goda di copertura europea, non possa comunque impedire il sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore, poiché non si possono istituire "zone franche" nell'ordinamento. Per quanta forza gli venga riconosciuta in ambito europeo, esso non può comunque legittimare il mantenimento di norme di favore illegittime introdotte dal legislatore magari proprio confidando nell'insindacabilità delle proprie scelte.

Un ulteriore limite è quindi costituito dalla legittimità costituzionale della norma penale di favore.

La "copertura europea" del principio non autorizza l'interprete a riconoscergli quel carattere di inderogabilità che esso tende invece ad assumere in ambito europeo.

Nel nostro ordinamento, infatti, esso incontra, un limite generale che può rinvenirsi nella supremazia della Costituzione e dei conseguenti contro-limiti particolari che sono dati dai principi supremi dell'ordinamento, tra cui il principio di uguaglianza e di ragionevolezza.

4.2 La sentenza n. 236 del 2011.

Con la sentenza n. 236 del 2010¹⁰⁴ la Corte Costituzionale, torna ad occuparsi dell'art. 10, comma 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui non prevede l'applicazione dei nuovi e più brevi termini di prescrizione ai "processi già pendenti in grado di appello o pendenti avanti alla Corte di cassazione".

Essa affronta nuovamente la problematica della legittimità delle disposizioni interne derogative rispetto al principio di applicazione retroattiva della legge penale più favorevole ma questa volta, come già più volte sottolineato, alla luce della rilevanza da attribuire alle fonti sovranazionali sulla base del nuovo testo dell'articolo 117 Cost., che vincola il legislatore agli obblighi e ai vincoli di derivazione sovranazionale.

Le cosiddette "sentenze gemelle" hanno infatti rivisitato e creato un nuovo assetto di rapporti tra l'ordinamento convenzionale e ordinamento nazionale.

A partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che le norme della Convenzione, nel significato loro attribuito dalla Corte EDU, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione¹⁰⁵, integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'articolo 117, comma primo, Cost. nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali¹⁰⁶.

Ne consegue che, nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione, il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica; nel caso in cui tale soluzione risulti non percorribile, non potendo disapplicare la

¹⁰³ Art. 51 della Carta dei diritti fondamentali.

¹⁰⁴ Corte Cost. sent. n. 236 del 2011. In dottrina MARI A., *Osservazioni a Corte Cost., 19 luglio 2011, n. 236*, in *Cass. pen.*, 2011, 12, pag. 4152; CACACE E., *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁰⁵ Art. 32, par. 1, CEDU.

¹⁰⁶ Corte Cost. sent. n. 317 e n. 311 del 2009, n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010, n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008; sulla perdurante validità di questa ricostruzione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, sentenza n. 80 del 2011.

norma interna contrastante, deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento al suddetto parametro¹⁰⁷.

Il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.¹⁰⁸.

Inoltre, il Giudice delle leggi ha reiteratamente affermato, e lo ricorda anche in questa occasione, di non poter sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo: le norme della CEDU, quindi, devono essere applicate nel significato loro attribuito dal suo "giudice naturale"¹⁰⁹.

Dal momento che la Corte Costituzionale non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, essa però ha il residuo compito di valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte EDU si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano:

*"A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi"*¹¹⁰.

Più specificatamente la Corte Costituzionale affronta la problematica della trasponibilità del principio di retroattività della legge penale più favorevole nell'ordinamento interno alla luce della nuova posizione assunte in merito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *Scoppola c. Italia*¹¹¹, a seguito del quale, come si è già ricordato, l'articolo 7 della Convenzione incorpora ora anche il corollario del diritto dell'accusato a beneficiare del trattamento più favorevole.

Questa volta il parametro costituzionale che viene in rilievo nel caso di specie, non è quello della ragionevolezza della scelta normativa nell'individuazione del momento processuale dal quale far scaturire l'irretroattività della norma penale favorevole, come era avvenuto in occasione della sentenza n. 393 del 2006, bensì quello del contrasto della legge che impedisce l'applicazione della legge penale più favorevole ai processi in corso, con la disposizione di cui all'articolo 7 CEDU, nel significato ad essa attribuito dalla Corte di Strasburgo.

Nel caso di specie, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale della disposizione transitoria contenuta nell'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui non consente l'applicabilità dei più brevi termini di prescrizione nei giudizi in corso alla data della sua entrata in vigore; pertanto, negando l'applicazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole all'accusato, contrasterebbe con l'art. 7 della CEDU e, quindi, violerebbe l'articolo 117 della Costituzione.

In particolare, gli interessi dell'efficienza del processo e della salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale, che sono stati individuati dalla Corte Costituzionale quale parametro del giudizio di ragionevolezza della scelta legislativa di derogare al principio sancito dall'art. 2, comma 4, c.p., non possono essere ritenuti in contrasto con il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole, inteso come diritto inalienabile ed universale dell'uomo e riconosciuto a livello di diritto internazionale pattizio, in quanto privi di copertura costituzionale.

I giudici rimettenti dimostrano di essere ben consapevoli della nuova forza che il principio di retroattività della legge penale più favorevole ha assunto in ambito sovranazionale e di come essa si riverberi necessariamente sull'ordinamento italiano¹¹².

A questo fine richiamano la giurisprudenza della Corte di giustizia in occasione del caso *Berlusconi e altri c. Italia*, l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali¹¹³, l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici in base al quale "*se posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne*"; non mancando di far notare come la norma di carattere internazionale, se parametrata non all'art. 3 Cost., ma all'art. 117, comma primo, Cost., avrebbe reso non

¹⁰⁷ Corte Cost. sent. n. 239 del 2009.

¹⁰⁸ Corte Cost. sent. n. 311 del 2009.

¹⁰⁹ Corte Cost. sent. n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 349 e n. 348 del 2007.

¹¹⁰ Corte Cost. sent. n. 236 del 2011, n. 9 del considerato in diritto.

¹¹¹ Corte EDU, caso *Scoppola c. Italia*, cit.

¹¹² In questo senso, BRONZINI G., *Questione di legittimità costituzionale della legge Cirielli per contrasto con la CEDU*, in www.diritticomparati.it.

¹¹³ All'epoca la Carta dei diritti fondamentali era priva di carattere vincolante.

manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria, dal momento che quest'ultima privava l'imputato, il cui processo fosse già pendente in appello o in cassazione, dell'ottemperanza alla regola cogente, imposta dalla norma pattizia, per la quale la legge penale più favorevole deve essere di immediata applicazione, senza che le deroghe disposte dalla legge ordinaria possano essere giustificate per effetto del bilanciamento con interessi di analogo rilievo.

Tale bilanciamento sarebbe stato operato dalla sentenza n. 393 del 2006 solo perché come parametro era stato assunto quello dell'art. 3 Cost..

Sulla base di queste premesse la Corte Costituzionale ha concluso per l'infondatezza della questione sulla base di due distinti percorsi argomentativi che hanno preso in considerazione, da un lato, la rilevanza generale delle disposizioni della Convenzione quale parametro di costituzionalità delle norme interne e, dall'altro, la valenza dell'istituto della prescrizione in riferimento al testo dell'articolo 7 CEDU.

La questione della rilevanza del principio di retroattività della legge penale più favorevole è stata affrontata dal Giudice costituzionale mediante categorie concettuali che appaiono del tutto omologhe a quelle utilizzate sin dalle prime pronunce e senza attribuire alcuna valenza realmente innovativa alle nuove posizioni della giurisprudenza europea¹¹⁴.

Il Giudice delle leggi richiama la propria giurisprudenza precedente in tema di retroattività favorevole e la conferma escludendo, ancora una volta, che il principio di retroattività della legge penale più favorevole possa trovare copertura costituzionale nell'articolo 25 Cost. che conferisce rilievo al solo divieto di retroattività in senso sfavorevole.

Si ribadisce che *“il principio di retroattività della lex mitior ha una valenza ben diversa, rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole”*¹¹⁵.

Così come affermato dai giudici dissenzienti in occasione del caso *Scoppola*, il Giudice costituzionale sottolinea come i due istituti siano ispirati a *ratio* totalmente differenti:

*“Quest'ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. (...) In questa prospettiva, è dunque incontrovertito che il principio de quo trovi diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost. in tutte le sue espressioni: e, cioè, non soltanto con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso. In questi termini, il principio in parola si connota, altresì, come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali. (...) Invece, il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, la lex mitior sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo. In quest'ottica, la Corte ha quindi costantemente escluso che il principio di retroattività in mitius trovi copertura nell'art. 25, secondo comma, Cost. (...) la regola della retroattività della lex mitior, pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice, di cui all'art. 25 comma 2 Cost., non è priva di un fondamento costituzionale”*¹¹⁶.

Questo fondamento è stato individuato nel *“principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice”*¹¹⁷.

Ciò in ragione del fatto che non sarebbe ragionevole punire, o continuare a punire più gravemente, una persona per un reato che, secondo una legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificatrice¹¹⁸.

¹¹⁴ MARI A., *Osservazioni a Corte Cost.*, 19 luglio 2011, n. 236, cit.

¹¹⁵ Corte Cost., sent. n. 236 del 2011, par. 10.

¹¹⁶ Corte Cost. sent. n. 215 del 2008.

¹¹⁷ Corte Cost. sent. n. 394 del 2006.

¹¹⁸ Corte Cost. sent. n. 215 del 2008, n. 394 e n. 393 del 2006, n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978 e n. 164 del 1974.

Il principio di uguaglianza costituisce infatti, come è stato chiarito dalla stessa Corte Costituzionale, non solo il fondamento, ma anche il limite dell'applicabilità retroattiva della legge penale più favorevole. Mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole costituisce un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività in senso favorevole è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo¹¹⁹.

L'interrogativo che la Corte Costituzionale si pone è quello di stabilire se il riconoscimento, da parte della giurisprudenza europea, del principio di retroattività della norma più favorevole e la sua iscrizione tra le garanzie sancite dalla citata norma convenzionale, oltre a fargli acquistare autonomia, ne abbia mutato natura e caratteristiche, se cioè esso sia divenuto assoluto e inderogabile come il principio di irretroattività delle norme penali di sfavore, ovvero se la sua diversità rispetto alla garanzia fondamentale che questo rappresenta renda possibile, in presenza di particolari ragioni giustificatrici, l'applicabilità della disposizione meno favorevole che era in vigore quando il reato è stato commesso, o comunque l'introduzione di limiti alla regola della retroattività favorevole.

In proposito il Giudice costituzionale richiama la sentenza *Scoppola c. Italia* (2) della Corte di Strasburgo in occasione del quale, mutando il proprio precedente e consolidato orientamento, ha affermato che l'articolo 7 par. 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale più favorevole.

Tuttavia, la Corte Costituzionale si premura di precisare che la sentenza pronunciata nel caso *Scoppola* resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata:

“la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio”.

Il Giudice delle leggi sostiene che nulla la Corte di Strasburgo ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività della legge penale più favorevole possa subire deroghe o limitazioni: questo è solo un aspetto che la Corte non ha considerato, e che non aveva ragione di considerare, date le caratteristiche del caso oggetto della sua decisione.

Ancora, ritiene significativo che il Giudice europeo abbia espressamente posto un limite all'operatività del principio di retroattività favorevole, escludendo che esso sia idoneo a travolgere il limite del giudicato¹²⁰.

Secondo la Corte Costituzionale, il tenore letterale della sentenza *Scoppola* indurrebbe a ritenere che il principio di retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato all'assenza di ragioni giustificative, di deroghe o limitazioni.

Nella sentenza *Scoppola c. Italia* la Corte europea dei diritti ha affermato che *“infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo”* e che *“ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive”.*

La Corte Costituzionale valorizza questo dato testuale per giustificare la sua posizione in merito; è proprio questo il profilo che più interessa: *“se la retroattività non può essere esclusa “solo” perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti”.*

Il principio di retroattività della legge penale favorevole presuppone un'omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo, posto che il principio di eguaglianza così come ne costituisce il fondamento può rappresentare anche il limite dell'applicabilità retroattiva della legge penale più favorevole. Tale omogeneità sarebbe alla base della deroga prevista dall'articolo 2, comma 5, c.p. in caso di norme eccezionali.

¹¹⁹ Corte Cost. sent. n. 215 del 2008, n. 394 del 2006, n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978.

¹²⁰ Nella sentenza *Scoppola c. Italia* si fa esclusivo riferimento alle “leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva”.

Così come formulato in quest'ultima sentenza della Corte Costituzionale, il principio di retroattività della legge penale più favorevole, a differenza del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, costituzionalizzato nell'articolo 25 Cost., non può essere esente da eccezioni.

Con specifico riferimento all'istituto della prescrizione, il Giudice delle leggi fa notare che dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU emerge come questo istituto, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'articolo 7 della Convenzione.

Ciò si desume dalla sentenza del 22 giugno 2000¹²¹ in occasione della quale la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che prolungava, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati.

Sulla base di queste considerazioni conclude che l'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, nei processi pendenti in appello o avanti alla Corte di cassazione, non si ponga in contrasto con l'art. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e quindi non violi l'art. 117, primo comma, Cost..

5 Conclusioni.

Nel sistema convenzionale della CEDU il diritto a beneficiare della norma penale più favorevole viene concepito come "assoluto" e quindi, almeno in linea teorica, chiuso a possibili bilanciamenti, nemmeno in presenza di contro-interessi di pari rilevanza come invece sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 393 del 2006, ovvero nel quadro di un vaglio positivo di ragionevolezza ai sensi dell'articolo 3 Cost..

Il Giudice costituzionale ricorda però che le spetta "valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano"¹²², e che le "compete di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi"¹²³.

La circostanza che il giudizio della Corte EDU abbia ad oggetto un caso concreto e soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia, secondo la Corte Costituzionale, devono essere adeguatamente valutate, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte europea dei diritti nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio¹²⁴.

L'intento di ritagliarsi uno spiraglio a difesa della sovranità dell'ordinamento italiano e di individuare un certo margine di adattamento rispetto alla lettura del testo della Convenzione così come formulata dalla Corte EDU¹²⁵ è rivelato dal passaggio in cui il Giudice costituzionale sottolinea che, pur trattandosi di una sentenza che "tende ad assumere un valore generale e di principio, resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata"¹²⁶.

Con la sentenza n. 236 del 2011, la Corte Costituzionale italiana esclude che il principio di retroattività della norma più favorevole sia stato affermato nella sentenza *Scoppola c. Italia* come principio non suscettibile di alcuna deroga e dunque che anche nell'interpretazione fornita dalla Corte EDU abbia una portata davvero "assoluta". Rimarcando la concretezza delle decisioni della Corte EDU e la loro stretta attinenza al caso concreto, si pronuncia in favore della legittimità di norme derogatorie rispetto al principio di retroattività favorevole, quando ne ricorra una sufficiente ragione giustificatrice.

La Corte Costituzionale ritiene significativo che la Corte EDU abbia posto almeno un limite, ossia quello del "giudicato". A ben vedere il riferimento al "giudicato" inerisce alla successione normativa, nel senso che la legge più favorevole applicabile sarà fra quelle succedutesi tra la commissione del fatto e la pronuncia

¹²¹ Corte EDU, caso *Coéme e altri c. Belgio*, 22 giugno 2000.

¹²² Corte Cost. sent. n. 317/2009, n. 7 del considerato in diritto.

¹²³ Corte Cost. sent. n. 236 del 2011, n. 9 del considerato in diritto.

¹²⁴ Così VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹²⁵ Così, CACACE E., *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, cit., pag. 3.

¹²⁶ Corte Cost. sent. n. 236 del 2011, n. 12 del considerato in diritto.

della sentenza definitiva, individuando il termine entro il quale dovrà intervenire la modifica migliorativa, non invece un limite all'operatività del principio di retroattività della legge penale più favorevole.

Nell'interpretazione del Giudice delle leggi la sentenza della Corte EDU non ha cambiato la natura e caratteristiche del principio di retroattività favorevole che rimane passibile di eccezioni e deroghe. La derogabilità del principio, afferma la Corte Costituzionale, "è solo un aspetto che la Corte EDU non ha considerato, e che non aveva ragione di considerare, date le caratteristiche del caso oggetto della sua decisione"¹²⁷.

Ciò che il Giudice costituzionale sembra non considerare è la discussione tra la maggioranza e i giudici dissenzienti, che ha avuto ad oggetto la formulazione del "nuovo" diritto fondamentale all'applicazione di una legge penale più favorevole prevista da una legge successiva e non la valutazione delle circostanze del caso concreto che ha portato a una siffatta decisione.

I giudici dissenzienti e il Giudice costituzionale partono infatti dalle stesse premesse: entrambi affermano che non è possibile porre sullo stesso livello il principio di irretroattività della legge penale, espressione del più alto principio di libertà del cittadino a non essere condannato per un fatto che al momento in cui fu commesso non costituiva reato, e il "preteso" corollario della garanzia della retroattività della legge penale più favorevole che, al contrario, non costituisce una condizione indispensabile della libertà del cittadino.

Tale disomogeneità di *ratio* giuridica ha portato il Giudice delle leggi a negare categoricamente la copertura costituzionale dell'articolo 25 Cost. – che si pone al di fuori di un giudizio di bilanciamento con altri valori costituzionali – e ad assoggettarlo ad un giudizio di ragionevolezza ai sensi dell'articolo 3 Cost.; i giudici dissenzienti ad un aperto contrasto con la decisione della maggioranza.

In definitiva, la Corte Costituzionale sembra aver confermato il proprio orientamento precedente la sentenza *Scoppola c. Italia (2)*, credendo tuttavia di essere in linea con la giurisprudenza di Strasburgo.

La Corte Costituzionale nell'accostarsi al principio di retroattività della legge più favorevole deve ormai tener conto che eventuali deroghe al suddetto principio dovranno in futuro potersi giustificare sul metro del diritto convenzionale, e non meramente del diritto costituzionale interno.

Tuttavia, il Giudice costituzionale non ha ancora avuto l'occasione di confrontarsi direttamente con il nuovo orientamento della Corte europea dei diritti.

È stata data notizia che la Corte di Cassazione, nel corso dell'udienza del 19 aprile del 2012, ha deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento alle norme censurate della Corte di Strasburgo nel caso esaminato¹²⁸.

In particolare, il sig. Ercolano, condannato all'ergastolo in esito ai procedimenti interni, lamenta di essersi trovato nelle stesse condizioni del sig. Scoppola, e chiede pertanto di beneficiare degli effetti della sentenza *Scoppola c. Italia*, al fine di ottenere la riduzione della pena inflittagli con quella trent'anni di reclusione.

Il Giudice delle leggi dovrà così confrontarsi espressamente con la sentenza *Scoppola c. Italia* e con i principi in essa enunciati.

¹²⁷ Corte Cost. sent. n. 236 del 2011, n. 13 del considerato in diritto.

¹²⁸ I termini della questione non sono ancora noti poiché non è stata ancora depositata l'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione.