

Alla mia famiglia

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE FAVOREVOLE NEL DIRITTO PENALE SOVRANAZIONALE

1. La retroattività favorevole nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 15)	7
2. Processo evolutivo del <i>favor</i> nel Diritto dell'Unione europea	13
2.1. La considerazione del <i>favor</i> nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee	16
2.1.1. L'irrelevanza del <i>favor</i> nei casi <i>Tombesi</i> (CGCE, 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95) e <i>Niselli</i> (CGCE, 11 novembre 2004, causa C-457/02)	19
2.1.2. L'affermazione del principio nel caso <i>Berlusconi</i> (CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02): il riferimento alle tradizioni costituzionali	23
3. (segue) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: riconoscimento del <i>favor</i> come diritto fondamentale (art. 49)	29
3.1. Sull'equiparazione della Carta ai trattati	32
4. Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 7.1)	39
4.1. La mancata previsione del principio secondo l'interpretazione tradizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo	41
4.2. Il riconoscimento del principio nel caso <i>Scoppola</i> (CorteEDU, 17 settembre 2009, <i>Scoppola c. Italia</i>)	47
4.2.1. La <i>dissenting opinion</i>	55

4.3. Operatività del principio nei rapporti tra il sistema di protezione CEDU dei diritti e l'ordinamento italiano	57
4.3.1. Ruolo della Convenzione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale	58
4.3.2. Esiti del Trattato di Lisbona: “comunitarizzazione” dei vincoli convenzionali e diretta applicazione delle norme Cedu (Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1220 e Tar Lazio 18 maggio 2010, n. 11984)	63
4.3.3. Criticità	65

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE FAVOREVOLE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO FINO AL 2009

1. Il riconoscimento del <i>favor</i> nell'ordinamento italiano	69
2. L'elaborazione della dottrina italiana	73
2.1. La tesi fautrice della costituzionalizzazione del <i>favor</i> in base al principio di legalità (art. 25, comma 2, Cost.)	74
2.2. La tesi fautrice della costituzionalizzazione del <i>favor</i> in base al principio di eguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.)	76
3. Lo statuto costituzionale della retroattività della <i>lex mitior</i> nella giurisprudenza della Corte costituzionale	80
3.1. Il riconoscimento costituzionale del <i>favor</i> alla luce del diritto penale sovranazionale. Ruolo del criterio della ragionevolezza in senso stretto (Corte cost., sent. n. 393 del 2006, sent. n. 72 del 2008, sent. n. 215 del 2008)	83
3.2. Il principio di uguaglianza quale fondamento costituzionale del <i>favor</i> (Corte cost., sent. n. 394 del 2006)	95
3.3. Diversità della tecnica di controllo di costituzionalità nel caso della <i>abolitio criminis</i> e in quello della mera successione modificativa	100
3.4. Sindacato sulla norma penale di favore e irretroattività della norma favorevole incostituzionale	102

CAPITOLO III

NUOVI SCENARI PER IL CONSOLIDAMENTO DEL PRINCIPIO ITALIANO DI RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE FAVOREVOLE

1. Il riconoscimento della “copertura europea” del <i>favor</i> (Corte cost., sent. n. 28 del 2010).	107
1.1. Limiti di un principio europeo di retroattività della legge penale favorevole	111
2. La questione costituzionale del contrasto tra la deroga legislativa alla retroattività favorevole e l’art. 7 CEDU (Cass. pen., ord. n. 22375 del 2010)	115
3. Nuove concezioni delle fonti del diritto penale (Cass.pen., SS.UU., 21 gennaio-13 maggio 2010, n. 18288) e retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole...121	
CONCLUSIONI	129
<i>Abstract</i>	135
Bibliografia	137

INTRODUZIONE

La disciplina della successione delle leggi penali nel tempo è tradizionalmente ancorata nell'ordinamento italiano anzitutto al fondamentale principio costituzionale dell'irretroattività della legge penale (art. 25, comma 2, Cost.): s'intende ivi concepito il disvalore della retroattività in senso sfavorevole, "maligna". Vi è poi l'art. 2 del codice penale, che scandisce il canone c.d. del *favor*, secondo cui di regola si dà applicazione retroattiva alla legge più favorevole intervenuta dopo il fatto commesso, se si tratti di *abolitio criminis* o di mero più favorevole trattamento penalistico.

E' questo *favor*, la retroattività benigna (*in mitius*), l'obiettivo della ricerca. Occorre accertare quale ne sia il fondamento e l'estensione, e quindi quali siano i fondamenti e l'estensione dei suoi eventuali limiti.

L'attenzione degli studiosi si è tradizionalmente concentrata soprattutto sui poco definiti criteri di distinzione tra le due diverse, cennate, fattispecie sottese al *favor* dell'art. 2 c.p., da un lato la radicale *abolitio criminis*, che travolge perfino il giudicato e ogni effetto penale della condanna, e dall'altro il mero trattamento più favorevole che incontra il limite dell'intervenuto giudicato.

Rilievo molto secondario ha assunto, fino a sviluppi recentissimi, la questione se pure al principio del *favor* possa ascriversi rango costituzionale, come avviene per l'inderogabile principio di irretroattività.

Una rinnovata, estesa attenzione è stata suscitata dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. *ex-Cirielli*), che ha tra l'altro riformato radicalmente la disciplina generale della prescrizione, anche con varie abbreviazioni dei termini. Sono stati però posti limiti alla retroattività benigna rispetto a nuovi più favorevoli termini di prescrizione (art. 10, commi 2 e 3¹).

Su tali limiti si è quindi innescata un'ampia riflessione, la cui complessità e conseguente pluralità di ipotesi interpretative è derivata soprattutto da tre fattori: l'inesistenza di un progresso, ampio approfondimento teorico e pratico dei temi

¹ Ai sensi dell'art. 10, commi 2 e 3, l. n. 251 del 2005, "Ferre restando le disposizioni dell'art. 2 c.p. quanto alle altre norme della presente legge, le disposizioni dell'art. 6 non si applicano ai procedimenti e ai processi in corso se i nuovi termini di prescrizione risultano più lunghi di quelli previgenti. Se, per effetto delle nuove disposizioni, i termini di prescrizione risultano più brevi, le stesse si applicano ai procedimenti e ai processi 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".

concernenti le limitazioni del *favor*; la singolare combinazione nella norma derogatoria di due componenti legate entrambe alla disciplina del tempo, da un lato la successione di leggi penali e dall'altro lato la prescrizione; il peculiare ancoramento della norma stessa, in funzione di discriminare tra il *favor* e la negazione di esso, all'intervenuta maturazione o no di certe fasi processuali riguardo all'accertamento del reato.

L'indagine della dottrina e della giurisprudenza costituzionale si è rivolta ad assumere quale costante riferimento il problema dell'esistenza di parametri costituzionali suscettibili di offrire vincolanti indicazioni in materia di *favor*. Avremo modo di approfondire quali soluzioni siano state elaborate in merito, specialmente dalla Corte costituzionale, sia con riferimento al menzionato limite posto dalla legge *ex-Cirielli* alla retroattività dei nuovi e più benigni termini di prescrizione (sent. n. 393 del 2006² e sent. n. 72 del 2008³), e ad altre ipotesi di deroghe alla retroattività *in mitius* in materia di gioco d'azzardo (sent. n. 215 del 2008)⁴, sia con riferimento all'illegittimità costituzionale delle norme penali c.d. di favore (sent. n. 394 del 2006)⁵. Sulla scorta di tali soluzioni, tra il 2006 e il 2008 il principio di retroattività della legge penale favorevole pareva aver trovato una sistemazione costituzionale definitiva, proprio grazie all'opera della Corte costituzionale che ne aveva delineato la fisionomia tanto in positivo quanto in negativo. In sintesi, la Corte ha ribadito l'inesistenza di un principio costituzionale inderogabile di retroattività del trattamento più favorevole, sancendo invece in materia il generale criterio di ragionevolezza a presidio contro l'arbitrio, sul presupposto che il fondamento della retroattività *in mitius* vada individuato nel principio di eguaglianza. Perciò, secondo la Corte, a differenza del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – il principio della retroattività benigna deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli.

Una siffatta interpretazione richiede oggi una rimediazione critica che tenga conto del precipitato del diritto internazionale e del diritto dell'Unione Europea (già, anche, diritto comunitario). Nel corso del lavoro emergerà, infatti, che in questi ambiti, sussiste un principio di retroattività benigna dotato di rango e forza molto superiore a

² Corte cost., sent. n. 393 del 23 ottobre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1 ss.

³ Corte cost., sent. n. 72 del 28 marzo 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 944 ss.

⁴ Corte cost., sent. n. 215 del 9 giugno 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 2400 ss.

⁵ Corte cost., sent. n. 394 dell' 8 novembre 2003, in *Giur. cost.*, 2006, 4127 ss.

quella che il *favor* si è visto finora riconoscere nel nostro ordinamento. E', dunque, questo il primo punto che intendiamo affrontare nel presente lavoro: l'individuazione di una "copertura internazionale" e di una "copertura europea" rispetto al principio in esame.

Si tratta innanzitutto di apprezzare il rilievo attribuito alla retroattività benigna nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966). La portata del principio internazionalistico sancito all'art. 15 dovrà essere apprezzata dapprima nel suo ambito e poi specificamente in relazione all'ordinamento italiano.

Sul fronte poi del diritto dell'Unione europea, occorrerà esaminare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. La Corte, tradizionalmente insensibile sull'argomento, ha mutato decisamente il proprio orientamento con la sentenza del 3 maggio 2005 (cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi et al.*).

Nel quadro union-europeistico, l'art. 49, comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 (d'ora in poi Carta), ha in seguito consacrato, come vedremo, il riconoscimento del principio di retroattività della legge penale favorevole anche nell'ambito del diritto di produzione legislativa. Si tratta di una previsione che assume oggi particolare importanza se si considera che l'art. 6, comma 1 del Trattato di Lisbona attribuisce alla Carta "lo stesso valore giuridico dei trattati". Fondamentale sarà allora risolvere un'ulteriore questione, ossia quella degli effetti derivanti per il nostro ordinamento dall'attribuzione di forza giuridica a questo catalogo europeo dei diritti e dei principi fondamentali. In particolare, si tratta di capire se sia oggi possibile per il giudice nazionale comune disapplicare una norma interna contraria alla Carta stessa.

Per completare il quadro sovranazionale delle fonti, l'analisi dovrà indirizzarsi al principio di legalità sancito nell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo del 1950 (d'ora in poi CEDU), e alla sua interpretazione da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Quest'ultima, da sempre restia a riconoscervi la consacrazione anche del corollario della retroattività favorevole, ne ha fornito di recente una interpretazione radicalmente evolutiva anche alla luce della cennata giurisprudenza comunitaria e dell'art 49, comma 1 della Carta, constatando come l'applicazione della

legge penale meno severa sia oramai diventata in ambito internazionale ed europeo un principio fondamentale di diritto penale⁶.

La portata innovativa di un simile pronunciamento deve essere oggi apprezzata anche alla luce dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, in forza dell'art. 6 del Trattato di Lisbona. Una ulteriore questione da affrontare sarà allora quella relativa alla "comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU. A tal proposito ci soffermeremo sulle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza italiana, in particolare dal Consiglio di Stato⁷ e dal Tar Lazio⁸ e sulle critiche ad esse mosse dalla dottrina prevalente.

Una volta individuata la portata sovranazionale del principio di retroattività della *lex mitior*, intendiamo ripercorrere criticamente le tappe fondamentali del pensiero della dottrina e della giurisprudenza italiana in merito alla possibilità di riconoscere al principio stesso un fondamento anche nella nostra Costituzione. Necessita rivedere le soluzioni adottate alla luce del riconoscimento ottenuto dal *favor* a livello sovranazionale. In questa direzione pare orientata la sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2010⁹, in cui traspare l'intento del giudice delle leggi di affrontare senza remore il ruolo del principio della legge più favorevole nella cornice dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale.

Una rinnovata sensibilità sul tema pare poi potersi rinvenire anche nell'ordinanza con cui la seconda sezione penale della Cassazione¹⁰ ha sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della legge n. 251 del 2005. L'art. 10, comma 3 di questa legge che, come anzidetto, già in passato era stato terreno fecondo per uno sviluppo approfondito del tema del *favor*, torna ad occupare il giudice delle leggi alla luce del mutato quadro sovranazionale. La Corte di Cassazione, nel richiamare l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 49 della Carta e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in ordine all'art. 7 CEDU, sembra rivolgere alla Corte costituzionale un invito abbastanza chiaro a superare il semplice ancoraggio del principio della *lex mitior* all'art. 3 Cost. Riteniamo

⁶ CorteEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2010, 832 ss.

⁷ Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in *Guida al dir.*, 14, 2010, 88 ss.

⁸ Tar Lazio, sez. II, 18 maggio 2010, n. 11984, in *Riv. giur. edilizia*, n. 4, 2010, 1259 ss.

⁹ Corte cost., sentenza 28 gennaio 2010, n. 28, in *Foro it.*, n. 4, 2010, 1109 ss.

¹⁰ Cass. pen., sez. II, 27 maggio 2010, n. 22357, *De Giovanni et al.*, in *Diritto & Giustizia*, 2010, 298 ss.

perciò interessante valutare quali possibili esiti possa avere il giudizio di costituzionalità.

Infine, merita particolare attenzione la recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione in relazione all'art. 666 c.p.p. (SS.UU., n. 18288/2010). Le Sezioni Unite operano in questa sede una interpretazione sistematica dell'art. 666 c.p.p., co. 2 alla luce delle disposizioni della CEDU, con particolare riferimento al principio di legalità penale di cui all'art. 7, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. L'intento è quello di soddisfare l'esigenza di una interazione dialogica tra attività ermeneutica del giudice nazionale e di quello europeo, nella prospettiva della più completa tutela dei diritti fondamentali della persona. La necessità di interpretare la norma in questione conformemente alla CEDU porta il giudice di legittimità ad includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite – come nel caso *de quo* - carattere di stabilità e integra il "diritto vivente". Una siffatta interpretazione, che in buona sostanza ridetermina la teoria delle fonti ancorabili al nostro ordinamento, apre la strada, per quanto ci interessa, ad una applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale favorevole. Si tratterà allora di apprezzare la portata, i limiti e i possibili sviluppi di tale innovativo pronunciamento.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE FAVOREVOLE NEL DIRITTO PENALE SOVRANAZIONALE

1. La retroattività favorevole nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 15).

Diritto internazionale, diritto sovranazionale e diritto interno non sono mai stati così vicini come oggi¹¹. Essi, infatti, non soltanto si toccano in più punti, ma si integrano e completano a vicenda. Un'indagine sul possibile fondamento costituzionale del principio di retroattività della legge penale favorevole non può prescindere allora da un'analisi del precipitato di diritto internazionale¹².

Poco dopo la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU)¹³, il Consiglio Economico e sociale provvide alla creazione di una Commissione dei diritti umani con il compito di redigere la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo¹⁴. Tale documento, contenente i principi che regolano il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, venne adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948¹⁵. Esso fu approvato come una semplice promessa reciproca e solenne, che avrebbe impegnato gli Stati sul piano etico e politico, senza tuttavia comportare degli obblighi giuridici. Sebbene non costituisse un'autonoma fonte di norme internazionali generali, è indubbio il suo contributo allo sviluppo del diritto internazionale e al suo adeguamento alle esigenze di solidarietà e di interdipendenza¹⁶.

¹¹ RUGGERI A., *Carte internazionali, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti del sistema*, relazione tenuta all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal C.s.m., Roma, 28 febbraio – 2 marzo 2007, in www.forumcostituzionale.it.

¹² Sul fenomeno di internazionalizzazione del diritto penale, si veda, BORSARI R., *Principi di diritto internazionale penale*, Verona, 2000, 130 ss.; ID., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, 1 ss.; MEZZETTI E., *L'internazionalizzazione della legge penale*, in RONCO M. (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Bologna, 2010, 134 ss.

¹³ L'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) nasce ufficialmente il 24 ottobre 1945, per opera di 50 nazioni che avevano come fine il conseguimento della cooperazione internazionale in materia di sviluppo economico, progresso socioculturale, diritti umani e sicurezza internazionale. Ad oggi vi fanno parte 192 Stati.

¹⁴ Sulla genesi della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, cfr., CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Bari-Roma, 2007, 32 ss.

¹⁵ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, risoluzione 217 A (III). Il testo fu approvato con 48 voti favorevoli, 8 astenuti e nessun voto contrario.

¹⁶ Sul ruolo rivestito nell'ambito del diritto internazionale dalle Dichiarazioni di principi emanate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite cfr., CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, 60.

L'art. 11, comma 2 della Dichiarazione Universale prevede che *“Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis”*. Nel sancire il principio di legalità, la Dichiarazione si limita ad esplicitare solamente il corollario “astorico”¹⁷ del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole. A prima lettura, pertanto, non sembra potersi affermare che le Nazioni Unite riconoscano il ruolo di principio generale anche alla retroattività favorevole.

Tuttavia, al fine di individuare il contenuto che l'ONU ha inteso attribuire al principio di legalità, non possiamo limitarci a considerare la sola Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, peraltro priva di carattere vincolante per gli Stati. È necessario altresì volgere l'attenzione ad un altro documento, che è poi specificazione del primo, rispetto al quale si pone in una linea di continuità¹⁸. Intendiamo qui riferirci al Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre del 1966 dall'Assemblea Generale dell'ONU¹⁹ e destinato ad acquistare successivamente carattere vincolante alla ratifica da parte di almeno 35 Stati²⁰. Esso stabilisce all'art. 15, comma 1 che *“Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier”*. Nel tradurre in disposizioni pattizie i principi proclamati con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, le Nazioni Unite hanno meglio

¹⁷ Sulla connotazione illuminista e giusnaturalista di taluni corollari della legalità, atti ad esprimere le “eterne idee” di razionalità e giustizia, cfr., BERNARDI A., *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara-Scienze giuridiche*, vol. VI, 1992, 73 ss.

Per una distinzione tra corollari astorici-universali e corollari storici del principio di legalità, si veda, BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, n. 1, febbraio 2009, 43 ss.

¹⁸ In questo senso, CASSESE A., *I diritti umani oggi*, 44.

¹⁹ Sulla genesi del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché del Protocollo facoltativo con esso adottato, si veda, CASSESE A., *I diritti umani oggi*, cit., 41 ss.

²⁰ Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché il Protocollo facoltativo ad esso connesso (già ratificato da 10 paesi, ossia il numero minimo di ratifiche richieste per la sua entrata in vigore) sono entrati in vigore il 23 marzo 1976. In Italia l'entrata in vigore è successiva, il 15 dicembre 1978.

specificato il contenuto del principio di legalità, inserendo nell'art. 15 un espresso riferimento alla retroattività benigna²¹.

Secondo alcuni, essa avrebbe trovato riconoscimento solo limitatamente all'ipotesi dell'applicazione retroattiva della *pena* più mite (successione meramente modificativa)²², sì che non avrebbe alcuna rilevanza il fenomeno della c.d. *abolitio criminis*. Non si vede, tuttavia, perché il reo dovrebbe beneficiare dell'applicazione di una pena più mite introdotta successivamente al fatto e non dovrebbe invece beneficiare di una pena ancora più mite, quale la non-pena. Inoltre, una interpretazione restrittiva dell'art. 15 sembra non tener conto del fatto che la distinzione tra legge abolitrice e legge modificatrice è, in realtà, una peculiarità del codice penale italiano e di poche altre legislazioni²³, dettata anche dalla volontà di introdurre il limite del giudicato per i fenomeni successivi meramente modificativi. Dal momento che ci troviamo di fronte ad una norma internazionale, anche la sua interpretazione deve essere tale, cioè non legata alle esigenze nazionali. Il giudicato è un limite che vale solo per alcuni ordinamenti nazionali e non è contemplato dall'art. 15; deve quindi ritenersi che il principio di retroattività della legge penale favorevole non incontri alcuna deroga a livello internazionale.

Una conferma in questo senso è offerta dalla riserva interpretativa apportata dall'Italia in sede di autorizzazione alla ratifica del Patto e contenuta nell'art. 4 della legge 25 ottobre 1977, n. 881²⁴. In base a tale disposizione, infatti, "L'ultima frase del paragrafo 1 dell'art. 15 del patto relativo ai diritti civili e politici '*Si postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le delinquant doit en bénéficier*' deve essere interpretata come riferita esclusivamente alle procedure ancora in corso. Conseguentemente, un individuo già condannato con sentenza passata in

²¹ Si veda, sul punto, CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di INSOLERA G. – MAZZACUVA N. – PAVARINI M. – ZANOTTI M., vol. I, Torino, 1997, 169; CAMAIONI S., *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, 9; DEL CORSO S., *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 84; GAMBARDELLA M., *Sub art. 2*, in CALVANESE E. *et. al.* (a cura di), *La legge penale e le pene*, Milano, 2010, 139; PADOVANI T., *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008, 38; PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 295.

²² In questo senso, GATTA G.L., *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 122; MUSCO M., *La riformulazione dei reati*, Milano, 2000, 13.

²³ Si pensi al codice greco e portoghese.

²⁴ La legge di autorizzazione alla ratifica conteneva agli artt. 3 e 4 due riserve di carattere interpretativo, ma a queste il Governo ne aggiunse di sua iniziativa, all'atto del deposito della ratifica presso il Segretario generale dell'ONU, altre quattro (cfr., il comunicato del Ministero degli Affari esteri, in G.U. 13.11.1978 n. 323). Per un approfondimento in tema di rilevanza delle riserve nei trattati, si veda, CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., 96 ss.

giudicato non potrà beneficiare di una legge che, posteriormente alla sentenza stessa, prevede l'applicazione di una pena più lieve"²⁵. L'Italia ha così voluto limitare la portata dell'art. 15, escludendo che il principio di retroattività della legge (modificatrice) favorevole possa applicarsi all'ipotesi di sentenza passata in giudicato. E' evidente l'intento di non rinunciare alla diversa disciplina prevista nel vigente codice penale (art. 2, comma 3, c.p., ora art. 2, comma 4)²⁶.

Una volta accertato che a livello internazionale è sancito il principio di retroattività della legge penale favorevole si tratta di capire in che modo esso possa avere un' influenza sul diritto interno italiano. Il principio è infatti contenuto in una norma internazionale di carattere pattizio, come tale non rientrante nella nozione di "diritto internazionale generalmente riconosciuto" cui fa riferimento l'art. 10 Cost. A differenza delle norme di diritto internazionale consuetudinario, recepite all'interno del nostro ordinamento proprio in virtù della disposizione costituzionale, le norme convenzionali entrano a far parte del diritto interno attraverso una semplice legge ordinaria (ordine di esecuzione)²⁷. Esse, pertanto non acquistano valore di norme costituzionali alla stregua delle norme internazionali consuetudinarie (sia pur con il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento²⁸). Il giudice nazionale, laddove sia impossibilitato ad interpretare una norma interna conformemente al dettato pattizio, non potrà disapplicarla, dovendo invece adire la Corte costituzionale. A proposito del Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che "Per quanto all'origine vi sia una deliberazione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, consegnata a un testo che esprime un accordo internazionale che ha da tempo ricevuto numerose adesioni e che è perciò efficace come trattato multilaterale, e sebbene i principi ivi proclamati abbiano portata universale per la loro stessa intrinseca natura, l'adesione a quel patto e la sua vigenza in Italia derivano pur sempre da un atto di volontà sovrana individuale dello Stato espresso in forma legislativa. E ciò - se non impedisce di attribuire a quelle norme grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti,

²⁵ Cfr., G.U., 7 dicembre 1977, n. 333.

²⁶ In questo senso, CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 169; GATTA G.L., *Abolito criminis*, cit., 122; MUSCO M., *La riformulazione dei reati*, cit., 13

²⁷ Per un approfondimento in materia di adattamento del diritto interno al diritto internazionale, si veda, CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., 301 ss.

²⁸ Cfr., Corte Cost., sent. n. 48 del 1979, in *Giur. cost.*, I, 1979, 373.

norme contenute nella Costituzione - impedisce però di assumerle in quanto tali come parametri nel giudizio di costituzionalità delle leggi. Cosicché, una loro eventuale contraddizione da parte di norme legislative interne non determinerebbe di per sé - cioè indipendentemente dalla mediazione di una norma della Costituzione - un vizio d'incostituzionalità²⁹. La questione di legittimità costituzionale dovrà allora essere sollevata non con riferimento al Patto, bensì con riferimento ad un parametro costituzionale. Nelle successive sentenze 348³⁰ e 349³¹ del 2007 la Corte ha avuto modo di chiarire, sia pur con riferimento alle norme CEDU³² - ma con affermazioni che sembrano poter essere estese a tutto il diritto internazionale pattizio³³ - che il parametro costituzionale deve rinvenirsi nell'art. 117 Cost. Esso statuisce che la potestà legislativa debba essere esercitata nel rispetto, oltre che della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, anche degli obblighi internazionali³⁴.

Le pronunce della Corte costituzionale fin qui richiamate ci aiutano a capire quale ruolo possa assumere nel nostro ordinamento il principio di retroattività favorevole, così come sancito dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e tenuto conto della riserva apportata dal nostro Paese in sede di ratifica.

Innanzitutto, esso rileva in sede di interpretazione conforme delle norme interne. Il giudice nazionale comune, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale di una norma interna che introduca una deroga a quel principio, ha l'obbligo di verificare se non sia possibile evitare il ricorso al giudice delle leggi attraverso una interpretazione della stessa ossequiosa della norma internazionale. Solo laddove ciò gli sia impedito, deve sollevare una questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117 Cost. Tale parametro, nel caso di specie, deve essere integrato proprio dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici il quale consente di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato.

²⁹ Corte Cost., sent. n. 15 del 1996, in *Riv. dir. internaz.*, 1996, 504.

³⁰ Corte Cost., sent. n. 348 del 2007, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 1, 197.

³¹ Corte Cost., sent. n. 349 del 2007, in *Giust. civ.*, 2007, 11, 2331.

³² Si rinvia al cap. II, § 4.4.1., per una trattazione approfondita delle sentenze citate.

³³ In questo senso si veda, GIUPPONI T.F., *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.forumcostituzionale.it; ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.giurcost.org.

³⁴ In merito alla questione di legittimità costituzionale di una norma interna per contrarietà all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, si veda, RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M. (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Bologna, 2010, 35.

Proprio per un supposto contrasto con l'art. 117 Cost., integrato, tra l'altro anche dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Corte di Cassazione³⁵ ha di recente sollevato una questione di legittimità costituzionale della disciplina intertemporale della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (art. 10, comma 3)³⁶. Trattasi di una previsione che introduce una deroga al principio della legge penale più favorevole, laddove stabilisce che il regime più favorevole della prescrizione non possa applicarsi ai processi già pendenti in appello e in cassazione. Avremo modo di occuparci di questa pronuncia e dei suoi possibili sviluppi nel prosieguo della trattazione³⁷. Basti ora qui constatare il rilievo assunto dal principio di retroattività della pena più mite di cui all'art. 15 del Patto all'interno del nostro ordinamento.

Per quanto poi concerne una eventuale violazione da parte dello Stato della norma internazionale, il Patto internazionale sui diritti civili e politici ha previsto l'istituzione del Comitato per i diritti dell'uomo (artt. 28 ss.) con funzioni di controllo sull'osservanza del Patto stesso³⁸. Si tratta di un organo quasi giurisdizionale³⁹, nel senso che provvede ad un accertamento delle norme pattizie in tutto e per tutto simile a quello svolto da un tribunale, ma non ha il potere di emanare sentenze o decisioni vincolanti. Il Comitato può ricevere i reclami presentati contro uno Stato contraente da altri Stati (reclami statali) o da privati (reclami individuali), limitandosi ad espletare gli opportuni accertamenti e trasmettendo poi allo Stato interessato e ai privati le proprie considerazioni, nel tentativo di una amichevole composizione dei contrasti⁴⁰.

A parte i reclami statali e individuali, il Comitato è altresì competente a ricevere rapporti degli Stati circa l'applicazione del Patto nei rispettivi territori, a studiarli, ed a trasmettere agli Stati contraenti e al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite "le osservazioni generali che ritenga opportune" (art. 40, comma 4).

³⁵ Cass. pen., sez. II, ord. n. 22357 del 27 maggio 2010, in *Diritto & Giustizia*, 2010, 296, con nota di NATALINI A., *Legge ex Cirielli, atti alla Consulta: a rischio la norma che esclude i nuovi termini di prescrizione, se più brevi, per i processi già pendenti in appello o alla Cassazione*, 298.

³⁶ Legge 5 dicembre 2005, n. 251 (in G.U., 7 dicembre, n. 285) "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", altrimenti detta legge *ex-Cirielli*.

³⁷ V., cap. III, § 2.

³⁸ L'istituzione del Comitato per i diritti dell'uomo è avvenuta nel 1976, all'epoca dell'entrata in vigore del Patto per intervenuta ratifica da parte del numero minimo di Stati. Il Comitato si compone di 18 membri eletti, a titolo individuale, dagli Stati contraenti per un periodo di quattro anni.

³⁹ In questo senso, CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., 427.

⁴⁰ Per un approfondimento sul punto, si veda, MEZZETTI E., *L'internazionalizzazione della legge penale*, cit., 151.

Vi è chi ha osservato come l'attività del Comitato non abbia prodotto sull'efficienza del sistema penale gli stessi benefici ascrivibili invece alla Corte EDU, sì che esso dovrebbe rientrare nell'opera di modernizzazione e svecchiamento delle Nazioni Unite⁴¹.

2. Processo evolutivo del favor nel diritto dell'Unione Europea.

Un esame del principio di retroattività della legge penale favorevole in prospettiva europea, sebbene si riveli quanto mai attuale, costituisce senza dubbio un impegno non facile, almeno per due ragioni.

La prima consiste nel fatto che tale principio assume profili differenti dall'uno all'altro dei Paesi UE.

La seconda ragione risiede nella tradizionale assenza nei Trattati comunitari di un principio esplicito di legalità, sì che anche per l'individuazione dei suoi corollari non può farsi riferimento ad un principio scritto di fonte legislativa. Ciò, riteniamo, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Prima di allora il principio di legalità e i contorni da esso assunti in ambito europeo sono stati dunque affidati alla elaborazione giurisprudenziale⁴².

Per quanto riguarda, innanzitutto, i differenti profili assunti dal principio di retroattività della *lex mitior*, vediamo che in alcuni Paesi europei esso è pienamente costituzionalizzato, mentre in altri è sottoposto a limiti ed eccezioni di varia entità⁴³.

I sistemi europei di *common law* non prevedono, in relazione allo *statute law*, una regola generale che sancisca l'applicabilità della legge penale più favorevole a fatti che siano stati commessi prima della sua entrata in vigore. Di regola il reo viene

⁴¹ Cfr., MEZZETTI E., *L'internazionalizzazione della legge penale*, cit., 151.

⁴² Sul principio europeo di legalità penale e sugli sviluppi giurisprudenziali e normativi in merito, si veda, BERNARDI A., "Riserva di legge" e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006, 23 ss.; ID., "Nullum crimen nulla poena sine lege" between European Law and National Law", in CHERIF BASSIOUNI M., MILITELLO V., SATZGER H. (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, 87 ss.; ID., *All'indomani di Lisbona*, cit., 37 ss.; DE AMICIS G., *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in *Quad. eur.*, n. 14 ottobre 2009, in www.lex.unict.it/cde.

⁴³ In argomento cfr., BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona*, cit., 44; CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 168 ss.; DODARO G., *Principio di retroattività e "termini più brevi" di prescrizione dei reati*", in *Giur. Cost.*, 2006, 4116; FORNASARI G. – MENEGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, 22.

giudicato in base alla legge in vigore al momento del fatto⁴⁴. Il legislatore, tuttavia, ha il potere discrezionale di autorizzare di volta in volta la retroattività *in mitior* delle nuove norme⁴⁵.

I sistemi di *civil law*, al contrario, sono uniti dal comune accoglimento del principio della *lex mitior*, anche se si dividono poi intorno a differenti idee circa le deroghe che il legislatore può apportare al principio⁴⁶.

In Portogallo⁴⁷, Slovenia⁴⁸ ed Estonia⁴⁹, esso è proclamato espressamente in Costituzione. I codici penali di Francia⁵⁰, Lussemburgo e Belgio⁵¹ prevedono che la legge più favorevole, abolitrice o modificatrice, si applichi ai fatti pregressi, salvo che siano stati giudicati con sentenza definitiva. In Italia, Grecia e Portogallo si distingue tra *abolitio criminis*, che opera senza limiti, e mere modifiche *in melius* che incontrano, invece, il limite del giudicato⁵². Vi sono Stati, poi, in cui l'efficacia della *lex mitior* si

⁴⁴ Sul punto, 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*, I, Milano, 2006, 622.

⁴⁵ Si vedano, per l'Inghilterra, VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato – Principi*, Padova, 2002, 175; per la Scozia, CADOPPI A. – MCCALL SMITH A., *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, 1995, 130. Una disciplina analoga è prevista anche negli Stati Uniti d'America, cfr., PECORELLA C., *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, cit., 622.

⁴⁶ Cfr., DODARO G., *Principio di retroattività*, cit., 4119.

⁴⁷ Art. 29, co. 4 Cost. “*Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido*”. La Costituzione portoghese è reperibile in www.federalismi.it.

⁴⁸ Art. 28, co. 2 Cost. “*Act that are criminal shall be established and the resulting penalties pronounced according to the law that was in force at the time the act was performed, save where a more recent law adopted is more lenient towards the offender*”. La Costituzione slovena, nella traduzione inglese ufficiale richiesta dalle Nazioni Unite, è reperibile in www.federalismi.it.

⁴⁹ Art. 23, par. 2 Cost. “*No one may be given a more severe sentence than the one which was applicable at the time the offence was committed. If, subsequent to the offence being committed, a lighter sentence is determined by law, this lighter sentence shall be applied*”. La Costituzione estone, nella traduzione inglese, è reperibile in www.federalismi.it.

⁵⁰ Art. 112-1 c.p. “*Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes*”. Sulla previsione della retroattività della legge più favorevole già nel codice francese napoleonico, si veda, CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 164.

⁵¹ Art. 2 c.p. del Lussemburgo “*Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée*” reperibile in www.legilux.public.lu; art. 2, co. 2 c.p. belga “*Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée*” reperibile in www.juridat.be.

⁵² Art. 2, co. 2 “*Il fatto punibile secondo la legge in vigore al momento della sua commissione cessa di esserlo se una legge nuova lo elimina dal novero dei reati; in questo caso, se v'è stata condanna, anche se passata in giudicato, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali*” e co. 4 c.p. portoghese “*Quando le disposizioni penali in vigore al momento della commissione del fatto punibile siano differenti da quelle stabilite in leggi successive, è sempre applicabile la disciplina che si presenta in concreto più favorevole all'agente, salvo che quest'ultimo sia già stato condannato con sentenza passata in giudicato*” nella traduzione di TORRE G., *Il codice penale portoghese*, Padova, a cura di VINCIGUERRA S., 1997.

estende anche in presenza di sentenza passata in giudicato⁵³. Sostanziale concordanza si rinviene, infine, nell'escludere la retroattività in presenza di fatti commessi sotto la vigenza di leggi temporanee o eccezionali⁵⁴.

Avremo modo di verificare nel prosieguo della trattazione in che modo il panorama normativo europeo abbia influito sulla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in sede di riconoscimento del principio di retroattività della legge penale favorevole quale principio generale di diritto comunitario⁵⁵.

Quanto alla seconda ragione che rende più complessa l'indagine che intendiamo svolgere, essa è costituita, come già ricordato, dalla tradizionale assenza nei Trattati comunitari di un principio esplicito di legalità⁵⁶. Al fine di verificare l'esistenza di un principio europeo di retroattività della legge penale favorevole è necessario allora guardare all'attività di arricchimento del diritto comunitario primario operata dalla Corte di Giustizia attraverso i principi generali di diritto non scritto. Si tratta di una attività "creatrice" che trova fondamento sugli artt. 220⁵⁷, 230, 238⁵⁸ Tr. CE, i quali autorizzano il ricorso ai principi generali di diritto per colmare le lacune dell'ordinamento comunitario⁵⁹. In materia di diritti fondamentali la Corte di Giustizia

⁵³ Art. 2, co. 2 c.p. spagnolo "Ciononostante retroagiscono le leggi penali che favoriscono il reo, anche se al momento della loro entrata in vigore è già stata pronunciata sentenza irrevocabile ed il soggetto sta scontando la condanna. In caso di dubbio sulla determinazione della legge più favorevole, viene ascoltato il reo. (...)", nella traduzione di NARONTE G., *Il codice penale spagnolo*, a cura di VINCIGUERRA S., Padova, 1997. Notiamo come il reo, in caso di dubbio sulla determinazione della legge più favorevole, possa contribuire alla decisione indicando al giudice la legge "soggettivamente" più favorevole. Sul punto, cfr., FORNASARI G. – MENEGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, cit., 26. In Germania il § 2 *StGB* "Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden" (reperibile anche nella traduzione italiana di BONADIO G., in *Il codice penale tedesco*, a cura di VINCIGUERRA S., Padova, 2003) non prevede l'applicabilità della legge più favorevole in presenza di giudicato, tuttavia il § 354a *StPO* "Das Revisionsgericht hat auch dann nach § 354 zu verfahren, wenn es das Urteil aufhebt, weil zur Zeit der Entscheidung des Revisionsgerichts ein anderes Gesetz gilt als zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Entscheidung" consente di tener conto della mitigazione legislativa in sede di esecuzione. Per quanto riguarda Svezia, Finlandia, Olanda si veda DODARO G., *Principio di retroattività*, cit., nota 19, 4120.

⁵⁴ V., DODARO G., *Principio di retroattività*, cit., 4120.

⁵⁵ V., cap. I, § 2.1.2.

⁵⁶ BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona*, cit., 46, osserva come del resto, l'originaria natura meramente economica dei testi in questione non rendeva certo obbligatoria la presenza, al loro interno, di un catalogo di principi generali e diritti fondamentali ulteriore a quello necessario a regolamentare un'area di libero scambio (divieto di discriminazione in base alla nazionalità, libera circolazione dei lavoratori, divieto di restrizioni ai movimenti capitali, ecc.)

⁵⁷ Ora abrogato, ma sostanzialmente sostituito dall'art. 19 NTUE (v. Tabella di corrispondenza di cui all'art. 5 del Trattato di Lisbona).

⁵⁸ Ora, rispettivamente, artt. 263 e 340 TFUE.

⁵⁹ Sul punto, si veda, TOSATO G.L., *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle comunità europee*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, 1984, 732 ss. "nel definire quale sia la funzione affidata alla Corte, l'art. 164 del Trattato CEE (220 Tr. CE) precisa che essa 'assicura il

ha ricavato tali principi tanto dalle Carte internazionali ratificate dai Paesi membri (in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo), quanto dalle Costituzioni nazionali. Tale scelta ha successivamente trovato l'espresso avallo di tutti gli organi dell'Unione⁶⁰ e dello stesso diritto primario europeo. L'art. 6 Tr. UE (nella versione precedente al Trattato di Lisbona), afferma infatti testualmente che "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"⁶¹.

2.1. La considerazione del favor nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee.

Per quanto riguarda più specificatamente il principio di legalità penale, esso è stato ricavato dalla Corte di giustizia a partire dalle tradizioni costituzionali comuni⁶² e dall'art. 7.1 CEDU⁶³. Per la verità, per quanto attiene ai corollari storico universali (conoscibilità della norma penale, determinatezza, interpretazione ragionevole,

rispetto nel diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato'. La Corte non è chiamata dunque a garantire solo il puntuale rispetto del Trattato e delle norme comunitarie derivate. Il compito ad essa attribuito è più ampio; richiede alla Corte di assicurare il rispetto del diritto, e quindi certamente dei principi generali di diritto che abbiano rilievo ai fini della interpretazione e dell'applicazione delle norme scritte del diritto comunitario. E ciò è confermato dall'art. 173 del Trattato CEE (230 Tr. CE), che in tema di controllo di legittimità sugli atti comunitari riconosce la Corte competente a pronunciarsi sui ricorsi basati non solo sulla violazione del Trattato ma anche di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione". Infine, anche l'art. 288 del Tr. CE fa riferimento ai "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri", contribuendo così ad avallare l'attività "creatrice" della Corte.

⁶⁰ Cfr., in particolare, la dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione delle Comunità europee, adottata a Lussemburgo il 5 aprile 1977, in base alla quale la normativa comunitaria abbraccia "oltre alle norme dei Trattati e del diritto comunitario derivato, anche i principi generali del diritto e, in particolare, i diritti fondamentali, principi e diritti su cui si fonda il diritto costituzionale degli Stati membri" (G.U.C.E., n. C 103, 27 aprile 1977, 1). Per una rassegna degli ulteriori documenti comunitari volti a dare rilievo ai diritti fondamentali in ambito CE, cfr., BERNARDI A., "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, 175, nota 334.

⁶¹ Già prima il preambolo dell'Atto unico europeo del 1986 stabiliva che, nell'ambito della loro attività di promozione della democrazia, le Comunità europee si basano "sui diritti fondamentali sanciti dalle Costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza, e la giustizia sociale" (G.U.C.E., n. L 169, 29 giugno 1987, 1).

⁶² Tra le ultime, CGUE, 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, §38, in *Racc.*, I-3633; 3 giugno 2008, *Intertanco e a. c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, § 70.

⁶³ Tra le ultime, CGUE, 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, cit., § 4.

irretroattività), il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni è risultato il più delle volte pleonastico e privo di conseguenze significative sul piano pratico, non avendo portato a sviluppare i suddetti corollari al di là di quanto non fosse già consentito e/o imposto dal riferimento all'art. 7.1 CEDU⁶⁴. Questo perché la Corte, nel recepire il principio di legalità e i suoi corollari dai sistemi costituzionali e dagli ordinamenti nazionali, si è sostanzialmente servita del criterio del c.d. minimo comune denominatore⁶⁵.

A titolo di esempio, si richiama una pronuncia della Corte⁶⁶ in cui, dopo aver rilevato che “il principio di legalità delle pene è un corollario del principio di certezza del diritto (...) ed esige che la normativa comunitaria (...), in particolare quando impone o consente di imporre sanzioni, sia chiara e precisa”, ricorda che tale principio, oltre ad essere previsto dall'art. 7 CEDU, fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁶⁷. Aggiunge anche, tuttavia, che la considerazione delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri non porta a dare una diversa interpretazione del principio generale di diritto comunitario costituito dal principio di legalità delle pene⁶⁸, tenuto anche conto del fatto che la normativa di alcuni Stati membri consentirebbe un non elevato livello di predeterminazione delle sanzioni irrogabili nello stesso ambito considerato dalla sentenza in oggetto⁶⁹.

⁶⁴ Per un esame di tale giurisprudenza si veda, BERNARDI A., “*Riserva di legge*”, cit., 82 ss.

⁶⁵ In linea teorica, i criteri di recepimento potrebbero essere estremamente diversi: 1) criterio del *maximum standard*, per cui la tutela comunitaria deve essere orientata al livello più alto di protezione rinvenibile all'interno dei diversi sistemi costituzionali dei Paesi membri; 2) criterio dell' “orientamento prevalente”, per cui tale tutela deve rifarsi alla tendenza prevalente all'interno dei Paesi membri; 3) criterio della *better law*, teso a privilegiare le tendenze nazionali che risultino “migliori” alla luce delle particolari esigenze proprie del diritto comunitario; 4) criterio del minimo comune denominatore, secondo cui la tutela comunitaria deve circoscriversi, appunto, al minimo comune denominatore di protezione riscontrabile nei suddetti sistemi costituzionali. Sui pregi e difetti dei suddetti criteri, e sull'uso che di essi ha fatto la Corte con riferimento al principio di legalità, cfr., BERNARDI A., “*Riserva di legge e fonti europee in materia penale*”, cit., 62 ss.; ID., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*”, cit., 51 ss.

⁶⁶ CGUE, sent. 5 aprile 2006, *Degussa AG*, causa T-279/02, § 66.

⁶⁷ *Ivi*, § 67.

⁶⁸ *Ivi*, § 73.

⁶⁹ Più precisamente, nel punto 73 si precisa che, sebbene la giurisprudenza e la normativa tedesca dimostrino di conferire maggiore pregnanza al principio di legalità delle pene, discostandosi così dalle scelte sanzionatorie ammesse dall'art. 15, n. 2 regolamento CE n. 17, “la normativa di altri Stati membri in materia contempla, per l'irrogazione di sanzioni amministrative quali quelle inflitte per la violazione delle regole nazionali della concorrenza, un grado di delimitazione analogo a quello di cui all'art. 15, n. 2 regolamento CE n. 17, o addirittura criteri simili o identici a quelli previsti da tale disposizione comunitaria; il Consiglio cita, in proposito, l'esempio del Regno di Svezia”.

Vi è, tuttavia, un' unica eccezione a questo *modus operandi* della Corte di giustizia, rinvenibile proprio in relazione al corollario della retroattività favorevole⁷⁰. Avremo modo di vedere nel prosieguo della trattazione come il criterio del *maximum standard* consentirà alla Corte di Lussemburgo di elevare il principio della *lex mitior* a principio generale del diritto comunitario⁷¹.

Prima, però, riteniamo opportuno ripercorrere per sommi capi l'orientamento della giurisprudenza comunitaria precedente a tale pronuncia. Si rileva, infatti, in materia un atteggiamento tendenzialmente agnostico della Corte di giustizia, non rientrando il principio della *lex mitior* nel normale orizzonte di riferimento⁷².

In alcuni casi la Corte tende a considerare il problema dell'applicabilità retroattiva della legge penale più favorevole come una questione esclusivamente di diritto nazionale che deve essere decisa dai rispettivi giudici del rinvio⁷³. Così, ad esempio, nella causa *Allain*⁷⁴ essa stabilisce che un comportamento originariamente contrastante con il diritto comunitario, e quindi punibile secondo il diritto nazionale, può essere riqualificato a fini penali dal giudice nazionale, in applicazione di principi procedurali nazionali (in particolare, il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole), qualora vi siano cambiamenti successivi delle circostanze di

⁷⁰ In questo senso, BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona*, cit., 54; GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, in corso di pubblicazione, 88.

⁷¹ CGCE, sent. 3 maggio 2005, *Berlusconi et al.*, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, in *Racc.*, I-3565. V., cap. I, § 2.1.2.

⁷² Così, ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole come diritto fondamentale nella giurisprudenza multilivello*, in www.europeanrights.eu.

⁷³ CGCE, ord. 15 gennaio 2004, *Saetti e Frediani*, causa C-235/02, consultabile in <http://curia.europa.eu/jurisp>; sent. 26 settembre 1996, *Allain*, causa C-341/94; sent. 23 febbraio 1995, in *Racc.*, I-4361; *Bordessa et al.*, cause riunite C-358/93 e C-416/93, in *Racc.*, I-361.

⁷⁴ Il sig. Allain aveva falsamente dichiarato che nel periodo 1985-1986 aveva importato merci in Francia dalla Jugoslavia, mentre le aveva importate dalla Repubblica democratica tedesca (DDR). Ciò al fine di usufruire del regime comunitario di libera circolazione delle merci entro l'area CEE. L'autorità francese l'aveva così condannato per l'infrazione doganale di "importazione non dichiarata di merci vietate" prevista dal codice doganale francese. Alla data di avvio dei procedimenti doganali (novembre 1990), tuttavia, le disposizioni comunitarie relative, in particolare, alla libera circolazione delle merci sul territorio doganale della CEE e quelle relative al divieto di tutte le misure restrittive o di effetto equivalente erano divenute applicabili sul territorio delle province della *ex-DDR*, nel frattempo annessa alla Repubblica federale tedesca. Si trattava allora di stabilire se, per effetto di tali disposizioni comunitarie favorevoli, non fosse possibile una riqualificazione ai fini penali del fatto attribuibile al sig. Allain. La Corte in quella occasione afferma che "le disposizioni doganali comunitarie applicabili a seguito dell'unificazione della Repubblica federale di Germania e della Repubblica democratica tedesca non ostano a che il fatto di aver importato in uno Stato membro prodotti originari della Repubblica democratica tedesca, ma dichiarati originari di un altro paese, sia eventualmente oggetto, dopo tale unificazione, di una riqualificazione in diritto nazionale per sanzionare violazioni della normativa comunitaria in vigore nel momento in cui esso è avvenuto", rimandando così al giudice nazionale la questione della applicabilità della legge successiva più favorevole.

fatto o di diritto. Ancora, nella causa *Saetti e Frediani*, la Corte si dichiara incompetente a interpretare o applicare il diritto nazionale al fine di determinare le conseguenze dell'intervento posteriore di norme nazionali in forza delle quali determinati fatti non costituiscono più reati⁷⁵.

In altri casi, trovandosi a dover valutare quali effetti possa avere sui procedimenti penali di rinvio una sua pronuncia che rilevi un contrasto tra la normativa nazionale successiva più favorevole e le direttive comunitarie, assume una posizione decisamente defilata sulla questione, limitandosi ad interpretare le direttive rilevanti nel caso di specie⁷⁶. Ci riferiamo, in particolare, alle sentenze *Tombesi*⁷⁷ e *Niselli*⁷⁸, sulle quali ora ci soffermeremo.

2.1 L'irrilevanza del favor nei casi Tombesi (CGCE, 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95) e Niselli (CGCE, 11 novembre 2004, causa C-457/02).

Le pronunce della Corte di giustizia nei casi *Tombesi* e *Niselli* hanno entrambe ad oggetto l'interpretazione della nozione di rifiuto rilevante ai sensi della direttiva comunitaria 75/442⁷⁹.

⁷⁵ I sigg. Saetti e Frediani, rispettivamente direttore ed ex direttore della raffineria di petrolio di Gela si trovavano imputati dinanzi al Tribunale di Gela per aver utilizzato il coke da petrolio, risultante dalla raffinazione del petrolio grezzo, come combustibile per la centrale di cogenerazione di vapore ed elettricità. Ciò in violazione della legislazione italiana in materia di rifiuti. In particolare, secondo l'accusa, il coke da petrolio doveva farsi rientrare nella nozione di rifiuto di cui al d.lgs. n. 22 del 1997, attuativo della direttiva comunitaria 75/442. Sennonché dopo l'avvio del procedimento penale, era intervenuto il d. l. n. 22 del 2002, che aveva escluso il coke da petrolio utilizzato come combustibile per uso industriale dal campo di applicazione del d. lgs. n. 22 del 1997. Il giudice per le indagini preliminari, ritenendo che la nuova norma contrastasse con il diritto comunitario, si rivolgeva alla Corte per sapere se il coke da petrolio rientrasse o meno nella nozione di rifiuto di cui alla direttiva 75/442. La ricevibilità della questione veniva contestata dalla difesa secondo cui, indipendentemente dall'interpretazione fornita dalla Corte, il procedimento andava comunque archiviato perché i fatti non costituivano più reato secondo il diritto nazionale. La Corte respingeva tale eccezione appunto perché la questione dell'applicabilità della legge più favorevole riguardava esclusivamente il giudice nazionale, mentre suo compito era quello di interpretare la direttiva comunitaria.

⁷⁶ In questo senso, VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1436.

⁷⁷ CGCE, 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, consultabile in <http://curia.europa.eu/jurisp>.

⁷⁸ CGCE, 11 novembre 2004, causa C-457/02, in *Foro it.*, 2004 IV, 588.

⁷⁹ Direttiva del Consiglio, 15 luglio 1975, 75/442/CEE (G.U., L 194, 47).

La prima questione pregiudiziale in ordine cronologico (causa *Tombesi*) viene sollevata dalle Preture circondariali di Terni e Pescara⁸⁰, dinanzi alle quali erano in corso dei procedimenti penali per trasporto, scarico ed eliminazione di rifiuti in violazione del d.p.r. n. 215 del 1982 (attuativo della direttiva 75/442). Gli imputati avevano eccepito che, successivamente ai fatti di cui all'imputazione, erano intervenuti una serie di decreti legge che avevano sottratto dalla nozione di rifiuto penalmente rilevante le sostanze da loro trattate, sicché applicando il principio di retroattività della legge penale più favorevole, quei fatti non costituivano più reato. Sennonché le Preture, dubitando della compatibilità di tale esclusione con il diritto comunitario, sospendevano i procedimenti e si rivolgevano alla Corte per un'interpretazione della direttiva comunitaria.

La seconda pronuncia è sollecitata, invece, da una ordinanza di rinvio pregiudiziale presentata dal Tribunale di Terni⁸¹. Dinanzi al giudice italiano era in atto un procedimento penale in cui all'imputato Niselli, veniva addebitato il reato di trasporto non autorizzato di rifiuti (nel caso di specie rottami ferrosi destinati al riutilizzo). A parere del giudice del rinvio, in base alle disposizioni nazionali in vigore al momento del fatto (art. 6, d.lgs. 22 del 1997) e attuative della direttiva 75/442, il materiale ferroso sarebbe stato qualificabile come rifiuto. Disposizioni emanate successivamente (art. 14, d.l. 138 del 2002) in funzione di interpretazione autentica⁸² della nozione di rifiuto, escludevano tuttavia da essa i materiali del tipo rottami ferrosi, riutilizzabili nello stesso ciclo di produzione o di consumo, così che l'imputato avrebbe dovuto essere assolto perché il fatto non costituiva più reato. Il giudice *a quo* riteneva tuttavia che la nuova normativa nazionale favorevole al reo fosse in contrasto con la direttiva comunitaria⁸³ e rimetteva quindi la questione interpretativa al giudice comunitario⁸⁴.

⁸⁰ Ordinanze 27 ottobre (procedimento C-304/94), 14 novembre (procedimento C-342/94), 23 novembre (procedimento C-330/94) e 15 dicembre 1994 (procedimento C-224/95).

⁸¹ Trib. Terni, ordinanza 20 novembre 2002.

⁸² Per una critica della natura interpretativa dell'art. 14 d.l. 138 del 2002, si veda BORZÌ A., *Alcuni aspetti rilevanti della vicenda Niselli. E' percorribile la strada di una quaestio dell'art. 2 c.p.?*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005, 117 ss.

⁸³ I dubbi del giudice nazionale si fondavano anche sulla circostanza che la Commissione aveva nel frattempo avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, proprio in relazione all'art. 14 d.l. 138 del 2002.

⁸⁴ Per un approfondimento, si veda, EPIDENDIO E.T., *Diritto comunitario e diritto penale interno. Guida alla prassi giurisprudenziale*, Milano, 2007, 296 ss.

Entrambe le questioni pregiudiziali comportavano altresì la risoluzione di un'ulteriore questione, relativa agli effetti che sarebbero conseguiti sui procedimenti penali pendenti davanti al giudice del rinvio, laddove fosse stata accertata la violazione della normativa comunitaria da parte della norma interna successiva favorevole. La Corte, infatti, aveva più volte ribadito che una direttiva, di per sé e indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, non può certamente determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni⁸⁵. Da un lato tale constatazione deriva dal principio di legalità della pena⁸⁶, il quale fa parte dei principi generali del diritto che stanno alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ed è anche sancito nell'art. 7 della CEDU e nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁸⁷. In applicazione di tale principio, che vieta anche l'interpretazione estensiva delle disposizioni penali a svantaggio dell'interessato, l'interpretazione conforme alle direttive nel procedimento penale è soggetta a restrizioni rigorose. Dall'altro lato, la regola secondo cui le direttive non possono essere utilizzate direttamente per determinare o aggravare la responsabilità penale deriva dal fatto che da una direttiva di per sé non possono derivare obblighi per i singoli soggetti⁸⁸.

Nei casi di specie, tuttavia, la Corte ha ritenuto che nessuna di queste motivazioni fossero pertinenti ai fini della limitazione dell'applicazione diretta di direttive nei procedimenti penali *a quibus*. I fatti che avevano dato luogo a quei procedimenti penali, infatti, potevano essere puniti in base al diritto nazionale vigente a quell'epoca, mentre le norme che li avevano sottratti all'applicazione delle sanzioni erano entrate in vigore solo successivamente. Pertanto, secondo la stessa non vi era motivo di esaminare le conseguenze che sarebbero potute discendere dal principio della legalità delle pene per l'applicazione del diritto comunitario⁸⁹. Il giudice comunitario ha

⁸⁵ V., segnatamente, CGCE, sent. 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, causa 80/86, in *Racc.*, 3969, § 13; sent. 11 giugno 1987, *Pretore di Salò*, causa 14/86, in *Racc.*, 2570, § 18-20; sent. 26 settembre 1996, *Arcaro*, causa C-168/95, in *Racc.*, I-4705, § 37. In argomento, cfr., all'interno di una assai vasta bibliografia, NUNZIANTE M., *Efficiacia diretta e opponibilità ai singoli delle direttive comunitarie: riflessi in materia penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1989, 207 ss.; RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, 128.

⁸⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs presentate il 24 ottobre 1996 nelle cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Tombesi et al.*, in *Racc.*, I-3564, § 37.

⁸⁷ Cfr., CGCE, sent. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, in *Racc.*, I-6609, § 25.

⁸⁸ A titolo di esempio, cfr., CGCE, sent. 14 settembre 2000, *Collino e Chiappero*, causa C-343/98, in *Racc.*, I-6659, § 20.

⁸⁹ CGCE, sent. 25 giugno 1997, *Tombesi*, cit., § 43; sent. 11 novembre 2004, *Niselli*, cit., § 30.

mostrato così di aderire, in entrambe le pronunce, a quell'orientamento ben espresso dall'Avvocato generale (A.G.) Kokott nella causa *Niselli*⁹⁰, secondo cui in questi casi il principio di legalità sarebbe irrilevante. L'applicazione diretta della direttiva nella causa principale non avrebbe l'effetto di determinare la responsabilità penale già di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione. Una volta disapplicata la norma nazionale emanata successivamente al reato, la responsabilità penale si fonderebbe sul diritto nazionale vigente al momento del fatto, vale a dire sulla disposizione generale nuovamente applicabile, che attua la direttiva. La direttiva, pertanto porterebbe unicamente alla disapplicazione di una disposizione emanata successivamente al reato, che esclude la responsabilità penale.

Per la verità l'A.G. aveva precisato anche che il caso si sarebbe potuto valutare diversamente se i fatti si fossero verificati successivamente all'adozione della norma nazionale contrastante con la direttiva⁹¹, ma non ha chiarito gli effetti di questa diversa valutazione. Un chiarimento non si è avuto nemmeno da parte della Corte, che anzi ha liquidato frettolosamente l'intera questione degli effetti sul procedimento *a quo* di una eventuale pronuncia di non conformità alla direttiva della norma nazionale successiva più favorevole. Così essa non ha affrontato neppure un'altra questione, a questa strettamente collegata, sollevata sempre in sede di conclusioni dall'A.G. Kokott e relativa alla possibilità che l'applicazione diretta della direttiva trovi in questi casi un limite nel principio di retroattività della legge penale favorevole⁹². Le argomentazioni svolte sul punto dall'A.G. sono le stesse che presenterà successivamente nella causa *Berlusconi et al*⁹³. Per ragioni di economia espositiva riteniamo che quella sia la sede più opportuna per una analisi e insieme per una critica di quanto sostenuto⁹⁴. Peraltro, in quel caso, la Corte assumerà una posizione ben precisa in ordine al principio della *lex mitior*, a differenza che nel caso *Niselli* ove lo ritiene assolutamente irrilevante⁹⁵.

⁹⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott presentate il 10 giugno 2004 nella causa C-457/02, *Niselli*, cit., e consultabili in <http://curia.europa.eu/jurisp>, § 58. Cfr., anche, EPIDENDIO E.T., *Diritto comunitario e diritto penale interno. Guida alla prassi giurisprudenziale*, Milano, 2007, 299 ss.

⁹¹ Conclusioni, cit., § 62.

⁹² Conclusioni, cit., § 63 ss.

⁹³ CGCE, sent. 3 maggio 2005, cit.

⁹⁴ V., cap. I. § 2.1.2.

⁹⁵ Cfr., sul punto, PUGIOTTO A., *Vite parallele? "Rifiuti" e "falso in bilancio" davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005, 325 ss.

2.1.2 *L'affermazione del principio nel caso Berlusconi (CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02): il riferimento alle tradizioni costituzionali.*

La pronuncia trae origine dalle ordinanze dei giudici della Corte d'Appello di Lecce⁹⁶ e del Tribunale di Milano⁹⁷ in merito alla questione della c.d. "illegittimità comunitaria" delle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 c.c.) introdotte con il d.lgs. n. 61 del 2002.

Le doglianze dei giudici italiani attenevano alla compatibilità delle nuove norme con le direttive sul diritto societario che impongono agli Stati membri di prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive per gli illeciti di falso in bilancio (la I, la IV e la VII direttiva in materia di società)⁹⁸. In particolare, a seguito dell'entrata in vigore della riforma del diritto penale societario, intervenuta successivamente ai fatti di causa, questi ultimi, originariamente addebitati quali fattispecie delittuose ai sensi dell' art. 2621 c.c., non potevano più essere perseguiti penalmente⁹⁹.

La problematica di diritto, in realtà, ha finito con il trascendere di molto il tema giuridico sotteso al fatto per cui, nei diversi contesti, si procedeva¹⁰⁰. Il regime del nuovo falso in bilancio, contestato da una dottrina quasi unanime, ha costituito solo lo

⁹⁶ Corte d'Appello di Lecce, ordinanza 7 ottobre 2002, in *Cass.pen.*, 2003, 640, con nota di APRILE E., *Note a margine di una domanda di pronuncia pregiudiziale di interpretazione di norme comunitarie, rivolta dal giudice penale alla Corte di giustizia delle Comunità europee in relazione alla nuova disciplina delle false comunicazioni sociali di cui al d.lgs. n. 61 del 2002*; inoltre, in *Guida dir.*, n. 45, 2002, 85 ss., con nota di DI MARTINO A., *Disciplina degli illeciti societari in bilico tra legalità nazionale e legittimità comunitaria*.

⁹⁷ Trib. Milano, Sez. I penale, ordinanza 26 ottobre 2002, pres. Ponti, in *Guida dir.*, n. 45, 2002, 93 ss.; Trib. Milano, Sez. IV penale, ordinanza 29 ottobre 2002, pres. Magi, *ivi*, 97 ss., entrambe con nota di DI MARTINO A., *Disciplina degli illeciti societari in bilico tra legalità nazionale e legittimità comunitaria*, cit., 85 ss.

⁹⁸ Ci si riferisce alla direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/Cee (c.d. «prima direttiva sulle società», intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 58, comma 2 del Trattato, per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi); alla direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/Cee (c.d. «quarta direttiva sulle società», basata sull'art. 54 par. 3 lett. g), del trattato ed intesa ad armonizzare le disposizioni nazionali relative alla stesura, al contenuto, alla struttura e alla pubblicità dei conti annuali di taluni tipi di società); e alla direttiva del Consiglio 13 giugno 1983, 83/349/Cee (c.d. «settima direttiva sulle società», basata sull'art. 54, par. 3, lett. g), del Trattato, e relativa ai conti consolidati).

⁹⁹ Più specificatamente, a seguito del mutamento della qualificazione giuridica del reato previsto dall'art. 2621 c.c. (da delitto a contravvenzione), i reati di falso in bilancio dovevano ritenersi prescritti e comunque non perseguibili in mancanza di querela. Inoltre i reati connessi, quali l'associazione per delinquere, il riciclaggio o la ricettazione, non avrebbero più potuto dar luogo ad azioni penali.

¹⁰⁰ In questo senso, INSOLERA G. – MANES V., *La sentenza della Corte di giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, n. 9, 2005, 2768.

spunto per una questione molto più complessa, concernente lo stesso rapporto tra diritto comunitario e diritto penale, ed arricchita via via da opinioni e contributi approfonditi e diversificati¹⁰¹.

Sul piano della successione delle leggi penali del tempo, la questione è identica a quella presentatasi nei casi *Tombesi* e *Niselli*¹⁰²: i fatti di reato, nel momento della consumazione, erano puniti secondo il diritto nazionale; sopravviene una modifica della fattispecie in senso favorevole al reo, che si pone in linea di continuità normativa con la precedente; l'effetto sostanziale è quello di un'impunità per fatti in precedenza puniti (o puniti con pena più grave).

Lo stesso dicasi sul piano del rapporto con il diritto comunitario: anche in questo caso è denunciato il contrasto tra la norma interna sopravvenuta e una direttiva priva di effetti diretti.

Questa identità di questioni è probabilmente alla base della scelta dell'Avv. generale Kokott di presentare alla Corte di Giustizia delle conclusioni¹⁰³ aventi pressoché il medesimo contenuto, al più maggiormente dettagliato, di quelle presentate nella causa *Niselli*.

Non riprendiamo qui le argomentazioni sviluppate in merito ai limiti all'applicazione delle direttive ai procedimenti penali, e fortemente criticate da una parte della dottrina¹⁰⁴. Esse, infatti, sono in tutto uguali a quelle già in precedenza

¹⁰¹ Tra gli altri, cfr. BERNARDI A., *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 367 ss.; FARELLO E.G., *Le false comunicazioni sociali tra Corte europea e Corte costituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 4, 99 ss.; GIUNTA F., *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 601 ss.; MASTROIANNI R., *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del "falso in bilancio"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, 621 ss.; MAZZACUVA N., *A proposito di «interpretazione creativa» tra diritto penale, principi costituzionali e direttive comunitarie*, in www.giurcost.org/studi; MEZZETTI L., *Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell'ordinamento costituzionale...)*, in www.giurcost.org/studi; PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2005, 149 ss.; SALCUNI G., *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 843 ss.; SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Cass. pen.*, 2002, 171 ss..

¹⁰² Cfr., PUGIOTTO A., *Vite parallele? "Rifiuti" e "falso in bilancio" davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, cit., 327.

¹⁰³ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott presentate il 14 ottobre 2004 nelle cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, e consultabili in <http://curia.europa.eu/jurisp>.

¹⁰⁴ Cfr., tra gli altri, AMADEO S., *La Corte di giustizia e il fantomatico effetto delle direttive societarie in ambito penale*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005, 53 ss.; MAZZACUVA N., *A proposito di «interpretazione creativa» tra diritto penale, principi costituzionali e direttive comunitarie*, cit., il quale denuncia gli effetti devastanti cui darebbe vita il riconoscimento di una sorta di inammissibile e intollerante ultrattività di qualsivoglia norma incriminatrice. Secondo l'Autore "Ogni fondamentale principio di 'garanzia' del cittadino in materia

sostenute¹⁰⁵. Ciò che merita particolare attenzione è invece la diversa valutazione che di quelle argomentazioni viene ora effettuata dalla Corte di giustizia.

Se in quel caso essa aveva accolto la tesi dell'A.G. relativa alla irrilevanza del principio di legalità, ora ritiene invece di doversi occupare dell'ulteriore questione relativa al principio di retroattività della legge penale più favorevole.

Prima di analizzare più approfonditamente le motivazioni della pronuncia, riteniamo opportuno ripercorrere brevemente quanto sostenuto sul punto dall'Avv. Kokott. Dopo aver escluso che nel caso di specie il principio di legalità possa valere quale limite all'applicabilità diretta della direttiva ai procedimenti penali pendenti, ella si chiede se un limite possa invece essere individuato nel principio di retroattività della *lex mitior*. L'*incipit* parrebbe deporre a favore del riconoscimento di un ruolo di prevalenza di quest'ultimo sul principio del primato del diritto comunitario. Secondo l'A.G., tenuto conto che il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole non è consacrato solo negli ordinamenti giuridici nazionali di quasi tutti gli Stati membri, ma è anche internazionalmente riconosciuto, nonché richiamato nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, esso non va assolutamente considerato un principio giuridico puramente nazionale, ma anche un principio generale del diritto comunitario di cui il giudice nazionale deve tenere conto, in linea di principio, quando applica il diritto nazionale adottato in attuazione delle direttive sul diritto societario¹⁰⁶.

A questa dichiarazione di principio, tuttavia, l'A.G. non fa seguire gli effetti annunciati. La ragione dell'applicazione retroattiva della legge penale più mite è la considerazione che un imputato non deve essere condannato per un comportamento che, secondo il parere (mutato) del legislatore, non è più meritevole di pena al momento del procedimento. Le valutazioni giuridiche mutate devono quindi andare a suo beneficio. Tuttavia, a parere dell'A.G., se tali valutazioni giuridiche sono in contrasto con le valutazioni del legislatore comunitario, come appunto nel caso in cui la legge penale più

penale (...) potrebbe essere travolto e rinnegato da una 'direttiva comunitaria' o, meglio, dalle sue possibili interpretazioni (così) sempre pendenti sul capo di ogni potenziale autore... ormai 'globalizzato!'; MEZZETTI L., *Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell'ordinamento costituzionale...)*, cit., il quale si occupa del problema della reviviscenza delle norme abrogate (auspicata dall'avvocato generale) soprattutto dal punto di vista dell'erosione del principio di retroattività della legge penale favorevole.

¹⁰⁵ Sul punto, D'AMICO M., *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005, 7.

¹⁰⁶ Conclusioni, cit., § 157.

favorevole sia in contrasto con il diritto comunitario, la legge penale adottata successivamente “non costituisce una legge penale più favorevole applicabile”¹⁰⁷. In definitiva, in un caso avente un rapporto con il diritto comunitario l’applicazione retroattiva della legge penale più favorevole si giustifica solo se viene garantito il primato del diritto comunitario, quindi se vengono tenuti in conto anche gli obiettivi del legislatore comunitario e se la visione (mutata) del legislatore nazionale è conforme ai precetti del diritto comunitario. Se così non è, i giudici nazionali rimangono tenuti a garantire l’attuazione dei precetti del diritto comunitario, disapplicando le disposizioni nazionali anche quando si tratti di leggi penali più favorevoli.

Accogliere la tesi dell’Avvocato generale¹⁰⁸ avrebbe implicato l’abbandono del principio della applicazione retroattiva della disciplina sanzionatoria più mite, ove prevista da leggi comunitariamente illegittime, e la reviviscenza della precedente e più severa disciplina nel frattempo abrogata¹⁰⁹. Con effetti devastanti per i fondamentali principi di “garanzia” del cittadino in materia penale (tra cui il principio di retroattività della legge penale favorevole) che la dottrina non ha mancato di denunciare¹¹⁰.

Vediamo dunque quali posizioni ha assunto la Corte sul punto. Come già anticipato, a differenza delle sentenze Tombesi e Niselli, ove i giudici di Lussemburgo ritengono irrilevante il principio del *favor*, nella sentenza *Berlusconi* essi affrontano direttamente la questione della sua interpretazione. Secondo la Corte, il principio di retroattività favorevole “fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”¹¹¹, e dunque “deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l’ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario”¹¹².

¹⁰⁷ *Ivi*, cit., § 165.

¹⁰⁸ Limitatamente, beninteso, ai fatti commessi prima della riforma del diritto societario.

¹⁰⁹ Cfr., BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005, 44, il quale ricorda come la Corte costituzionale abbia accolto tale tesi solo in pochissimi casi, tra i quali spiccano quello relativo alla decadenza del decreto legge e quello relativo alla dichiarazione di incostituzionalità di leggi regionali di favore.

¹¹⁰ Tra gli altri, BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, cit., 45; MAZZACUVA N., *A proposito di «interpretazione creativa» tra diritto penale, principi costituzionali e direttive comunitarie*, cit., i quali osservano altresì come una simile soluzione comporterebbe gravissime discriminazioni e palesi violazioni del fondamentale canone dell’eguaglianza.

¹¹¹ CGCE, sent. 3 maggio 2005, cit., § 68.

¹¹² *Ivi*, § 69.

In proposito, va rilevato, innanzitutto come non venga spesa alcuna parola per dimostrare l'esistenza di tale principio, concludendosi in modo assolutamente apodittico nel senso che esisterebbe una tradizione costituzionale comune¹¹³. Il che non sembra potersi affermare alla luce di quanto dicevamo in precedenza¹¹⁴, e cioè del diverso rilievo che tale principio assume nei Paesi UE (ora costituzionalizzato, ora no) e delle numerose deroghe previste dagli ordinamenti nazionali. E' evidente che per poter sostenere una simile affermazione la Corte si è servita del criterio del *maximum standard* ovvero – a tutto concedere – di quello della c.d. *better law*, comunque criteri mai utilizzati in precedenza in sede di elaborazione del principio di legalità e dei suoi corollari¹¹⁵.

In realtà, sembra potersi condividere la tesi secondo cui il riconoscimento del principio a livello comunitario sia dovuto, più che alle tradizioni costituzionali, all'inserimento dello stesso nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹¹⁶.

In secondo luogo, non possiamo non constatare come la Corte non abbia chiarito fino in fondo la portata di questo nuovo principio, come invece si era premurato di fare l'A.G., sia pur con esiti aberranti. Essa, infatti, si è limitata ad affermare che nella scelta tra l'applicazione della norma vigente al momento del fatto e la norma successiva più favorevole, attuativa del diritto comunitario, debba prevalere quest'ultima. *Quid iuris*, tuttavia, se la norma successiva, pur favorevole, sia in contrasto con altre norme di diritto comunitario?

Ebbene, nonostante il giudice comunitario sia consapevole che un'analisi completa della portata del principio appena affermato richiederebbe di affrontare anche

¹¹³ Criticano il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, CABIDDU M. A., *L'orologio, la bilancia e la spada*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005, 132; DAVIGO P., *I reati concernenti le false comunicazioni sociali. Tra prospettive comunitarie e legittimità costituzionale*, in DRAETTA U. – PARISI N. – RINOLDI D. (a cura di), *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007, 188; FOFFANI L., *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005, 186; RIONDATO S., *Falso in bilancio e Corte di giustizia: non è un rigetto*, *ivi*, 338.

¹¹⁴ V., cap. I, § 2.

¹¹⁵ In questo senso, BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, *cit.*, 34.

¹¹⁶ In questo senso, BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, *cit.*, 35; FOFFANI L., *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario*, *cit.*, 186; ONIDA V., *Quando il giudice decide a metà*, in *Il Sole 24 ore (web)*, 4 maggio 2005.

questa ulteriore questione, ritiene tuttavia non necessario decidere tale questione ai fini delle controversie principali, poiché la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto dall'autorità giudiziaria nell'ambito dei procedimenti penali¹¹⁷. Nel caso di specie, infatti, ad impedire la possibilità che la direttiva determini o aggravi da sé la responsabilità penale dell'imputato non è il principio del *favor*¹¹⁸, bensì la natura stessa delle direttive¹¹⁹. In tal modo la Corte evita prudentemente¹²⁰ di correre il rischio di essere accusata di erodere il principio dell'applicazione retroattiva della legge più mite¹²¹ a favore del principio del primato del diritto comunitario, sottraendosi così alle critiche che non hanno invece risparmiato la presa di posizione dell'A.G.¹²². La parola passa così al giudice nazionale.

Quali siano le motivazioni ulteriori¹²³ che hanno spinto la Corte a non occuparsi della questione *de qua* poco interessa alla nostra indagine; quel che rileva è il dato che se ne può ricavare, ossia che il principio, così come affermato, non ha valore assoluto, ma può essere bilanciato con altri principi dello stesso rango, primo tra tutti il principio di preminenza del diritto comunitario¹²⁴.

¹¹⁷ *Ivi*, § 71.

¹¹⁸ Cfr., RIONDATO S., *Falso in bilancio e Corte di giustizia: non è un rigetto*, cit., 339.

¹¹⁹ Lo chiarisce la Corte stessa al § 77, laddove specifica che la disapplicazione della nuova norma e la conseguente reviviscenza della norma abrogata “contrasterebbe con i limiti derivanti dalla natura stessa di qualsiasi direttiva”.

¹²⁰ Sottolinea la prudenza della scelta, BRUNELLI G., *Sui limiti del favor rei l'ultima parola è della Corte Costituzionale*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005, 127.

¹²¹ Così, BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, cit. 46.

¹²² A proposito della pronuncia della Corte, c'è chi ha parlato di “decisione a mezza via”, cfr., CASAROLI G., *Amicus libertatis, etiam pro hosti*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005, 144.

¹²³ Si veda, in proposito, BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, cit. 36, secondo cui la Corte ha ben colto “lo spirito dei tempi” evitando una soluzione troppo rivoluzionaria per molti Stati ancora restii a riconoscere qualsiasi competenza penale alla Comunità europea; per AMADEO S., *La Corte di giustizia e il fantomatico effetto delle direttive societarie in ambito penale*, cit., 51; BRUNELLI G., *Sui limiti del favor rei l'ultima parola è della Corte Costituzionale*, cit., 127 e RIONDATO S., *Falso in bilancio e Corte di giustizia: non è un rigetto*, cit., 339, la prudenza della Corte è dettata dalla eco politica del caso.

¹²⁴ Così, BIN R., *Un ostacolo che la Corte non può aggirare*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005, 110; BRUNELLI G., *Sui limiti del favor rei l'ultima parola è della Corte Costituzionale*, cit., 128; INSOLERA G., *Una sentenza a più facce*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005, 228; VERONESI P., *La sostenibile irretroattività della norma penale favorevole*, *ivi*, *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005, 359.

Nonostante queste doverose precisazioni, comunque, la portata dell'affermazione della Corte, sia pur contenuta in un *obiter dictum*¹²⁵, è particolarmente significativa ai fini dell'individuazione del livello di riconoscimento accordato in ambito europeo al principio di retroattività della legge penale favorevole.

3. (segue) *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: riconoscimento del favor come diritto fondamentale (art. 49).*

Il principio di retroattività della legge penale favorevole non costituisce all'interno dell'Unione europea, una mera fonte di diritto non scritto demandata all'attività interpretativa della Corte di giustizia. Già da prima del suo riconoscimento quale principio generale di diritto comunitario, infatti, esso ha trovato consacrazione nell'art. 49.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Non può escludersi, come dicevamo, che la pronuncia della Corte di giustizia sia stata favorita proprio dal recepimento del principio all'interno della Carta¹²⁶. Tale documento, tuttavia, nonostante l'incontestabile valenza politica¹²⁷, fino a tempi recentissimi è rimasto privo di qualsiasi efficacia giuridica. Per questo motivo, a proposito della sentenza della Corte di giustizia si è parlato di un' "applicazione anticipata" dell'art. 49¹²⁸.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi semplicemente "Carta") viene proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Consiglio, dal Parlamento europeo e dalla Commissione¹²⁹. Il 12 dicembre 2007, a Strasburgo, il

¹²⁵ Come bene osservano BIN R., *Un ostacolo che la Corte non può aggirare*, cit., 110, e RIONDATO S., *Falso in bilancio e Corte di giustizia: non è un rigetto*, cit., 339, l'affermazione del principio del *favor rei* quale principio di diritto comunitario è irrilevante ai fini della decisione.

¹²⁶ V., cap. I, § 2.1.2.

¹²⁷ In merito all'influenza di un principio scritto di legalità sulle scelte politiche dell'Unione europea, cfr., BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv.ital.dir.pubbl.comunitario*, 2002, 706 ss.

¹²⁸ In questo senso, BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, cit., 35; FOFFANI L., *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario*, cit., 186; ONIDA V., *Quando il giudice decide a metà*, in *Il Sole 24 ore (web)*, 4 maggio 2005.

¹²⁹ L'elaborazione della Carta trae origine dalle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Colonia del giugno 1999 e della decisione allegata con cui esso affermava che "allo stato attuale dell'Unione europea, i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione debbano essere raccolti in una Carta e in tal modo resi più manifesti". Su tali basi fu istituito un organo *ad hoc*, "Convenzione",

giorno prima della firma del Trattato di Lisbona, la Carta, nella versione che recepisce le modifiche apportate dalla seconda Convenzione¹³⁰, è stata oggetto di una nuova proclamazione da parte dei presidenti delle tre istituzioni politiche¹³¹.

Si tratta di un documento composto da cinquantaquattro articoli nel quale, per la prima volta a livello europeo, vengono sanciti i diritti civili, politici e sociali dei cittadini dell'UE, nonché di tutte le persone che vivono nel territorio della Comunità. L'intento è quello di dotare l'Unione europea di un catalogo dei diritti fondamentali.

L'art. 49. 1, dopo aver stabilito, con una formulazione identica a quella dell'art. 7.1 CEDU¹³², che “Nessuno può essere condannato per una azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”, aggiunge altresì che “Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima”¹³³. Come chiariscono le spiegazioni della Carta, si tratta della “regola della retroattività della legge penale più mite, esistente in vari Stati membri e che figura nell'articolo 15 del Patto relativo ai diritti civili e politici”. Se in quest'ultimo, come abbiamo visto, la formula utilizzata poteva suscitare qualche dubbio interpretativo (ricordiamo il solo riferimento alla *pena* più mite), qui invece sono le spiegazioni ad impedire qualsiasi dibattito sul punto, essendo inequivocabile che il principio di retroattività debba operare in presenza sia di legge successiva modificatrice che di legge successiva abolitrice.

composto da quindici rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo (per l'Italia, dapprima Giovanni Flick e poi, in seguito alla nomina di questo a giudice costituzionale, Stefano Rodotà), con il compito di redigere un progetto. Nell'ottobre 2000 la Convenzione approvò il progetto con il metodo del “*consensus*” e lo trasmise al Consiglio europeo per l'approvazione. La Carta fu pubblicata in Gazzetta nella sezione dedicata agli atti non giuridicamente vincolanti (GUUE C 364 del 18 dicembre 2000). Per un approfondimento sulla genesi della Carta, si veda, FALLETTI E., *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Aggiornamento, Torino, 2009, 6; POLLICINO O. – SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pub. comp. eu.*, n. 1, 2008, 102 ss.

¹³⁰ Sul ruolo di questa seconda Convenzione, si veda ONIDA V., *Il difficile compito della Convenzione sull'avvenire dell'Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004.

¹³¹ Il testo “adattato” della Carta è pubblicato in G.U.U.E., C 303 del 14 dicembre 2007 insieme ad un Testo di spiegazioni aggiornato.

¹³² In tal senso, D'AMICO M., *Sub art. 49*, in BIFULCO R. – CARTABIA M. – CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 335.

¹³³ L'italiano è lingua ufficiale della Carta, insieme ad altre dieci lingue (inglese, francese, spagnolo, tedesco, greco, danese, olandese, portoghese, finlandese, svedese).

Nel caso della Carta non vi è stata tuttavia, come invece è avvenuto per il Patto sui diritti civili e politici, una legge di ratifica dell'Italia che abbia limitato l'applicazione del principio di retroattività della legge (modificatrice) più favorevole ai soli "procedimenti in corso". Si tratterà dunque di capire quali effetti possa produrre nell'ordinamento italiano l'assenza di una siffatta limitazione, ora che è stata riconosciuta forza giuridica alla Carta.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della Carta, l'art. 51¹³⁴ prevede che le sue disposizioni vincolino le istituzioni e gli organi dell'Unione, nonché gli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Ciò significa, in sostanziale corrispondenza con la dottrina c.d dell'*incorporation* accolta dalla Corte di giustizia, che i diritti fondamentali comunitari si applicano agli Stati nella misura in cui questi agiscono in qualità di braccio operativo dell'ordinamento europeo, restando fuori solo le attività e gli atti statali che toccano materie del tutto estranee al diritto dell'Unione, cioè di competenza esclusiva degli Stati membri¹³⁵. Oltre all'obbligo di non violare i diritti fondamentali, l'art. 51 prevede altresì un obbligo di tipo promozionale¹³⁶, secondo cui "i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze". Infine l'art. 51.2 afferma che la proclamazione dei diritti fondamentali non implica un ampliamento nelle competenze, negli obiettivi, nei compiti definiti dai trattati.

Come anticipato, all'indomani della sua approvazione la Carta doveva ritenersi priva di qualsiasi efficacia giuridica¹³⁷. Tuttavia, si è fin da subito sviluppato, sia a livello nazionale che a livello europeo un percorso che è stato definito di

¹³⁴ Per un commento approfondito dell'art. 51, si veda, CARTABIA M., *Sub art. 51*, in BIFULCO R. – CARTABIA M. – CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 345 ss.

¹³⁵ Per un approfondimento, si veda, BRONZINI G., *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Relazione alla Conferenza "I diritti umani e fondamentali", organizzato dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura, Roma 26 febbraio 2010, in www.scuolasuperioreavvocatura.it.

¹³⁶ Cfr., GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra "trattati" (di Lisbona) e Costituzione*, Relazione al Convegno "Diritti fondamentali, cittadinanza europea e tutele giuridiche sovranazionali" organizzato dall'Associazione Giuristi Europei e dal CNF, Roma 23 novembre 2009, in *federalismi.it.*, n. 1, 2010.

¹³⁷ Riprendendo quanto affermato da POLLICINO O. – SCJARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, cit., 103, "Essa, se pure poteva costituire già qualcosa nel mondo della politica (...), non era (o non sembrava, se proprio si preferisce), nel mondo del diritto, 'niente'".

“sdoganamento giurisprudenziale”¹³⁸ della Carta, tale da attribuirgli, sia pur non formalmente, un qualche rilievo giuridico¹³⁹. Sul fronte nazionale essa è stata citata e variamente utilizzata dalla Corte costituzionale, dai giudici di legittimità nonché in alcune decisioni di merito. A livello comunitario, alla Carta si è fatto riferimento innanzitutto in numerosissime conclusioni degli Avvocati generali¹⁴⁰, poi in svariate decisioni del Tribunale di Bruxelles e, infine, in alcune decisioni della Corte di giustizia¹⁴¹. In tutti questi casi, comunque, il richiamo della Carta è avvenuto per lo più a conferma del carattere fondamentale di un diritto già garantito.

Un vero e proprio “salto di qualità” nell’utilizzo giurisprudenziale della Carta può derivare dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, in particolare dell’art. 6 NTUE.

3.1. *Sull’equiparazione della Carta ai trattati.*

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre del 2009, prevede all’art. 6.1 NTUE che “L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”. A differenza della Costituzione per l’Europa, che prevedeva una vera e propria incorporazione della Carta (che ne costituiva la parte II), il Trattato di Lisbona ha scelto una soluzione meno netta, “limitandosi” a richiamarla in un suo articolo. Si tratta di una disposizione che, dal punto di vista giuridico, ha sollevato e continua a sollevare importanti interrogativi.

Una prima questione, che ci limitiamo qui a richiamare, attiene alla possibilità che una fonte esterna al sistema delle fonti dell’Unione, sottoposta ad un procedimento

¹³⁸ L’espressione è di POLLICINO O. – SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, cit., 106.

¹³⁹ Cfr., 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, 12.

¹⁴⁰ Si pensi allo stesso A. G. Kokott che nelle conclusioni della causa *Berlusconi et al.* ha richiamato l’art. 49 della Carta con riferimento al principio di retroattività favorevole.

¹⁴¹ Per una rassegna della giurisprudenza italiana e comunitaria relativa alla tutela dei principi e diritti garantiti dalla Carta, si veda ADOBATI E., STATELLA M.C., *Il valore della Carta di Nizza nella giurisprudenza interna e comunitaria e nella costituzione europea*, in DRAETTA U. – PARISI N. – RINOLDI D. (a cura di), *Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell’Unione europea*, Napoli, 2007, 44 ss.; CELOTTO A. – CARTABIA M., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2003, 4477 ss.; CELOTTO A. – PISTORIO G., *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Giur.it.*, 2005, 427 ss.

di formazione originale e, soprattutto, non accompagnato dalle garanzie di controllo democratico proprie dei procedimenti di ratifica, abbia assunto non semplicemente valore giuridico vincolante, ma addirittura lo stesso valore giuridico dei trattati.

Secondo alcuni, una minoranza, la Carta non sarebbe entrata in vigore insieme al Trattato di Lisbona dal momento che non è in esso contenuta né è ad esso allegata in forma di protocollo, sì che necessiterebbe di una ratifica da parte degli Stati membri¹⁴².

Tali osservazioni sono facilmente superabili se solo si considera che gli Stati, in sede di ratifica del Trattato di Lisbona, non solo hanno accettato la previsione di cui all'art. 6 NTUE, ma hanno altresì accettato una dichiarazione relativa alla Carta dei diritti che è allegata al Trattato stesso. Con ciò riconoscendo implicitamente efficacia vincolante anche alla Carta stessa¹⁴³.

Questo orientamento trova peraltro l'avallo della Corte di giustizia, che in una pronuncia del 19 gennaio 2010 (causa *Küçükdeveci*) ha riconosciuto l'efficacia vincolante della Carta nei confronti degli Stati in un caso rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea¹⁴⁴. E sul fronte nazionale è stato confermato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 28 gennaio del 2010¹⁴⁵, che proprio a proposito del principio di retroattività della legge penale favorevole ha affermato che esso oggi trova conferma e copertura europea nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta carta di Nizza) recepita dal Trattato di Lisbona, riconoscendo così l'efficacia giuridica della Carta.

La circostanza che il meccanismo previsto dall'art. 6.1 NTUE per conferire valore giuridico vincolante alla Carta sia privo di precedenti in termini, pone semmai il problema di comprendere quali siano gli effetti derivanti dall'elevazione al rango di fonte primaria dell'ordinamento dell'Unione di una fonte di *soft law* (perché contenuta

¹⁴² Si veda, BALLARINO T., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 144.

¹⁴³ Non hanno dubbi sull'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eu.*, 2008, 660 ss.; PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 13; POLLICINO O. – SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, cit., 103.

¹⁴⁴ CGUE, 19 gennaio 2010, causa *Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C 555/07, in <http://curia.europa.eu/jurisp>.

¹⁴⁵ Corte cost., sentenza 28 gennaio 2010, n. 28, in *Foro it.*, n. 4, 2010, 1114.

in un documento di portata non convenzionale) ovvero di una fonte di diritto derivato (per quanto riguarda i principi fatti propri dalla Corte di giustizia)¹⁴⁶.

Sembra, infatti, che si sia voluto mantenere per la Carta un regime almeno parzialmente speciale, differente rispetto a quello delle norme dei trattati vere e proprie¹⁴⁷. Intendiamo riferirci ai vincoli interpretativi che si sono voluti stabilire in merito alla Carta e che non trovano equivalenti per quanto riguarda i trattati. L'art. 6.2 prevede che "I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione ed applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni". L'interprete, dunque, dovrà farsi guidare non soltanto da quanto stabilito dalla stessa Carta, ma altresì dalle spiegazioni redatte dalla Convenzione¹⁴⁸, ossia da un documento che non risulta essere passato nemmeno attraverso la solennità della proclamazione da parte delle istituzioni politiche dell'Unione.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della Carta, già abbiamo detto in precedenza. Quanto ai suoi effetti sul piano giuridico, le disposizioni generali sembrano delineare uno schema concettuale a guida dell'interprete¹⁴⁹. Già in base all'art. 51 della Carta i "diritti" devono essere "rispettati", mentre i "principi" osservati e promossi nella loro applicazione secondo le rispettive competenze¹⁵⁰. Ai sensi poi dell'art. 52.5 "Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi (...). Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti". Questo perché, come chiariscono le spiegazioni i principi "non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri".

L'art. 52, 5, in definitiva, esclude che dalla enunciazione di un principio nella Carta possano ricavarsi direttamente posizioni soggettive concrete azionabili in

¹⁴⁶ Cfr., PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 13.

¹⁴⁷ In questo senso, DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona*, cit., 665.

¹⁴⁸ Come chiarisce l'incipit delle spiegazioni "Benché non abbiano di per sé status di legge, esse rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta".

¹⁴⁹ Così, PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 13.

¹⁵⁰ Per un approfondimento sulla distinzione tra diritti e principi nella Carta, si veda GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra "trattati" (di Lisbona) e Costituzione*, cit.

giudizio, se non passando attraverso la *interpositio legislatoris*. E' quanto, del resto, avviene anche per i principi costituzionali (e non per le norme costituzionali attributive di diritti): da essi il giudice non può ricavare conseguenze immediate e dirette circa posizioni soggettive azionabili. Le potrà ricavare, semmai, interpretando le leggi oppure potrà invocare il principio ai fini del controllo di costituzionalità sulla legge che con esso appaia in contrasto¹⁵¹.

Una volta individuata questa distinzione tra norme della Carta direttamente efficaci e norme prive di efficacia diretta, si tratta di capire in quali di questi due gruppi possa rientrare l'art. 49.1 che prevede la "regola" della retroattività della legge penale più mite. Questa operazione ermeneutica, che *prima facie* sembrerebbe inutile data l'inequivocabile *rubrica legis* dell'art. 49, "Principi di legalità e proporzionalità della pena", si rende invero necessaria dal momento che è lo stesso Trattato a imporre all'interprete di non fermarsi alla Carta, ma di servirsi altresì delle spiegazioni. Queste ultime, a proposito della "regola" della irretroattività, ripresa dall'art.7.1 CEDU, chiariscono che "questo *diritto* ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU". Se allora la regola della irretroattività è qualificabile come diritto, lo stesso dovrà dirsi per la regola della retroattività favorevole che ad essa "è stata aggiunta"¹⁵² dalla Carta.

Si tratta ora di capire in che modo questo principio europeo di retroattività della legge penale favorevole potrà affermarsi anche nel nostro ordinamento ora che la Carta ha piena efficacia giuridica.

Innanzitutto tale principio, in quanto diritto ai sensi della Carta, dovrà essere "rispettato" da tutte le autorità dello Stato italiano in ossequio all'art. 51.1. In caso di inadempimento, potrà essere avviata nei loro confronti una procedura di infrazione e, nei casi estremi, si potrà far ricorso alle misure di cui all'art. 7 NTUE¹⁵³.

Per quanto riguarda poi l'applicazione del principio da parte dei giudici italiani, dal momento che esso è sancito in una norma di diritto primario, dovrebbero valere le stesse regole che valgono per le norme contenute nei trattati istitutivi. Ora,

¹⁵¹ In questo senso anche ONIDA V., *Il problema della giurisdizione*, in PACIOTTI E. (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*. Roma, 2003, 133 ss., il qual, a proposito dei principi della Carta afferma "Non mi sembra su tratti di qualcosa di molto diverso da ciò che siamo abituati a pensare riguardo ai principi costituzionali".

¹⁵² Così, nelle spiegazioni dell'art. 49.

¹⁵³ Cfr., BRONZINI G., *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit.

come ha stabilito la Corte di giustizia nella nota sentenza *Van Gend en Loos*¹⁵⁴, le norme dei trattati che individuano obblighi chiari e incondizionati e che non richiedono per la loro attuazione un intervento legislativo degli Stati hanno efficacia diretta¹⁵⁵. Un eventuale contrasto della norma interna con una norma del trattato di questo tipo, laddove non sia superabile attraverso un'interpretazione conforme, deve dunque essere risolto attraverso la disapplicazione da parte del giudice nazionale della norma interna¹⁵⁶. Diversamente, se il contrasto si verificasse con una norma di diritto primario inidonea a far sorgere immediatamente situazioni giuridiche soggettive rilevanti, il giudice dovrebbe rivolgersi alla Corte costituzionale sollevando una questione di legittimità con riferimento agli artt. 11 e 117 Cost.

Se, come abbiamo detto sopra, l'art. 49 della Carta è norma ad efficacia diretta che fa sorgere immediatamente situazioni giuridiche soggettive rilevanti e se, come stabilito dall'art. 6 NTUE, tale norma ha lo stesso valore giuridico di una norma dei trattati, allora una norma interna che sia ad essa contrastante dovrà essere disapplicata dal giudice nazionale¹⁵⁷. Con ciò si apre la strada verso l'affermazione di un controllo diffuso della norma nazionale sotto il profilo della compatibilità al diritto fondamentale riconosciuto dall'Unione, affidato al giudice comune, con accertamento incidentale in relazione alla singola controversia. Un controllo che va ad affiancarsi a quello accentrato affidato alla Corte costituzionale con effetti *erga omnes*, nel corso del quale la norma sul diritto fondamentale sovranazionale diventa il parametro interposto. Tutto questo, ovviamente, sempre che si tratti di settori di competenza dell'ordinamento

¹⁵⁴ CGCE, sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62.

¹⁵⁵ Per un approfondimento, si veda, CALAMIA A. M. – VIGIAK V., *Diritto dell'Unione europea. Manuale breve*, Milano, 2010, 99.

¹⁵⁶ CGCE, 9 marzo 1978, *Simmenthal*, causa 106/77, in *Racc.*, 1978, 629, secondo cui “il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”. Per un approfondimento, si veda BARILE P., *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, 641 ss.; CONDORELLI L., *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario*, *ivi*, 1978, I, 669 ss.; RICCIOLI F., “Preoccupanti contrasti tra Corte comunitaria e Corte costituzionale”, in *Foro It.*, 1978, IV, 204 ss.

La Corte costituzionale, sia pur sulla base di premesse del tutto differenti, si è allineata alla soluzione offerta dalla Corte di giustizia nel noto caso *Granital*, Corte cost., sentenza 8 giugno 1984, n.170, in *Giur. cost.*, 1984, I, 1098.

¹⁵⁷ Nel senso della disapplicazione della normativa statale che viola un *fundamental right* di matrice europea, anche BRONZINI G., *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, *cit.*; GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra “trattati” (di Lisbona) e Costituzione*, *cit.*

dell'Unione, in ossequio all'art. 51 della Carta, e sempre che la disposizione che contempla il diritto sia *self-executing*.

Sempre in materia di diritti fondamentali, la possibilità della non applicazione della norma interna per contrasto ad un principio generale del diritto comunitario¹⁵⁸ era già stata ammessa dalla Corte di giustizia nel caso *Mangold*¹⁵⁹, ove con riferimento al principio di non discriminazione in ragione dell'età, essa aveva affermato che “è compito del giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito della sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale”¹⁶⁰. La portata di tale decisione è stata poi chiarita e specificata dalla Corte in una recente sentenza, sempre in materia di non discriminazione in ragione dell'età¹⁶¹. Si tratta di una decisione che assume particolare valore se si tiene conto del fatto che essa è intervenuta successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Essa, infatti, tra le varie questioni trattate¹⁶², affronta anche quella del ruolo del giudice nazionale dinanzi ad una controversia che abbia ad oggetto un diritto fondamentale, e compie un ulteriore passo verso l'affermarsi di un “sistema di giustizia costituzionale europeo”, in particolare nella direzione di un modello di sindacato sostanzialmente “diffuso”¹⁶³. Secondo la Corte, la necessità di

¹⁵⁸ La Corte di giustizia ha ricordato a più riprese che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali di diritto comunitario.

¹⁵⁹ CGCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/04, in *Foro it.*, 2006, IV, 133.

¹⁶⁰ Si veda PATERNITI F., *La Corte di giustizia apre al “sindacato diffuso di legittimità comunitaria”?*, in www.forumcostituzionale.it

Un rinnovato interesse per quanto affermato dalla Corte in questa pronuncia, a seguito del riconoscimento di valore giuridico alla Carta, viene manifestato da SCODITTI E., *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Foro it.*, n. 2, 2010, 42 ss.

¹⁶¹ CGUE, 19 gennaio 2010, causa *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C 555/07, in <http://curia.europa.eu/jurisp>.

¹⁶² Per le altre questioni, in particolare quella relativa agli effetti diretti delle direttive, si veda, DI LEO N., *Il Trattato di Lisbona, la disapplicazione e un ordine sistemico delle fonti nel sistema multilevel*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, n. 8, 2010, 759 ss.; LORENZON S., *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kücükdeveci*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2010, 430 ss.

¹⁶³ In questo senso, SCIARABBA V., *La sentenza Kücükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, in www.europeanrights.eu. Per “sistema di giustizia costituzionale europea” l'Autore intende “ogni forma di sindacato giurisdizionale, svolto a vari livelli, avente ad oggetto i diritti nazionali e il diritto comunitario derivato, ed a comune parametro il diritto comunitario primario, con particolare riguardo a tutti quei diritti e principi di contenuto e di ruolo ‘costituzionale’ sempre più presenti e vitali all'interno di quest'ultimo”.

garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale¹⁶⁴.

E' evidente che con la consacrazione di un catalogo scritto di diritti e principi fondamentali "vigenti a livello dell'Unione", la possibilità per il giudice nazionale di disapplicare la legge interna contraria ad una disposizione della Carta con efficacia diretta, senza alcuna necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale né quella pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 TUE, apre nuove prospettive di sviluppo dei sistemi di giustizia costituzionale in Europa. Come dicevamo, una sorta di sindacato diffuso in riferimento alla Carta, svolto dal giudice comune, andrebbe ad affiancare e, di fatto, in molti casi a sostituire il sindacato accentrato svolto, in riferimento alle Costituzioni, dalle Corti nazionali¹⁶⁵. Lo strumento del rinvio pregiudiziale verrebbe poi ad assomigliare sempre più ad una sorta di "incidente di costituzionalità" sotto diverso nome, diverso parametro e diverso giudice. Con forti rischi di "scavalco" del giudice costituzionale e delle stesse Costituzioni nazionali, se sol si tiene conto della tendenziale corrispondenza contenutistica dei parametri sullo sfondo. Ciò ancor più se si pensa che non si può neppure escludere con facilità che la Carta sia priva di significato su questioni pacificamente "interne", quelle nelle quali la competenza è saldamente in mano agli Stati¹⁶⁶. La dottrina ha da tempo messo in luce il pericolo di una "discriminazione alla rovescia" per cui il soggetto sarebbe sub-tutelato per questioni meramente formalistiche e in spregio al principio del trattamento di miglior favore. E' stato rilevato che "una Corte – qual è la Corte di giustizia che aspira ad interpretare il ruolo di Corte costituzionale – tradirebbe se stessa se invece che favorire la promozione dei diritti fondamentali si opponesse ad essa nel nome del riparto di competenze"¹⁶⁷. Ci si chiede, in definitiva, se uno Stato, libero di autodeterminare le proprie scelte in alcune

¹⁶⁴ CGUE, 19 gennaio 2010, cit., § 54.

¹⁶⁵ In questo senso, SCIARABBA V., *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, cit.

¹⁶⁶ Così, BRONZINI G., *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit.

¹⁶⁷ CARTABIA M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in BASSANINI F. – TIBERI G. (a cura di), *Le nuove Istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, 100.

materie rimaste di competenza esclusiva, può farlo però, violando nel “suo libero agire” diritti fondamentali di matrice sopranazionale?

Non è questa ovviamente la sede per approfondire queste questioni; basti qui solo accennarle per meglio comprendere la carica innovativa insita nel riconoscimento di valore giuridico alla Carta e nella possibilità da parte del giudice nazionale di disapplicare una norma interna contrastante con una sua disposizione *self-executing*.

In questo quadro, il principio di retroattività della legge penale favorevole riconosciuto dall’art. 49 della Carta sembra poter giocare un ruolo fondamentale in vista di un maggior riconoscimento dello stesso anche a livello nazionale. Avremo modo di vedere quanto è stato affermato a questo proposito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 28 del 2010¹⁶⁸.

4. *Convenzione europea dei diritti dell’uomo (art. 7.1).*

Accanto alla codificazione dei diritti dell’uomo operata a livello mondiale con la Dichiarazione universale di diritti dell’uomo prima e il Patto internazionale sui diritti civili e politici, poi, si è assistito ad un parallelo processo di codificazione internazionale dei diritti dell’uomo su base regionale. In ambito europeo, un ruolo particolarmente significativo è stato svolto dal Consiglio d’Europa, il quale nel 1950 ha consentito l’adozione della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo¹⁶⁹. Potrebbe sembrare strana al lettore, la scelta di collocare a questo punto della trattazione l’analisi di uno strumento normativo antecedente alle pronunce della Corte di giustizia e all’emanazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Riteniamo, tuttavia che per comprendere appieno la portata innovativa della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo (CorteEDU) in materia di retroattività

¹⁶⁸ V., cap. III, § 1.

¹⁶⁹ La Convenzione, firmata a Roma il 4 novembre 1950 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, è entrata in vigore il 3 settembre 1953. Risulta firmata e ratificata da tutti i 47 Stati membri del Consiglio d’Europa, tra cui l’Italia, che ha proceduto alla ratifica con legge 4 agosto 1955, n. 848. La Convenzione, a sua volta, ha ispirato l’adozione della Convenzione americana sui diritti umani (1969), della Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli (1981) e della Carta araba dei diritti umani (1994). Per un approfondimento sul fenomeno della c.d. regionalizzazione dei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani, si veda CASSESE A., *I diritti umani oggi*, cit., 50 ss.; ZANGHÌ C., *Protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 165 ss.

favorevole, non sia possibile prescindere da una previa conoscenza del consenso formatosi a livello europeo.

La Convenzione costituisce la massima espressione della nuova idea maturata nel secondo dopoguerra, secondo cui la protezione dei diritti dell'uomo non può essere efficacemente demandata alle stesse autorità statali – che sono nella maggior parte dei casi le principali artefici delle violazioni – ma deve essere affidata ad un'istanza internazionale. A tal fine, oltre a prevedere un catalogo dei diritti riconosciuti, la CEDU ha anche istituito un sistema europeo di protezione giurisdizionale degli stessi. Originariamente esso si fondava sull'attività della Commissione europea dei diritti dell'uomo e della CorteEDU¹⁷⁰, ma nel 1998 il Protocollo n. 11 ha determinato la fusione dei due organi nella “nuova” CorteEDU¹⁷¹.

La Corte di Strasburgo agisce come organo di garanzia a livello europeo del rispetto dei diritti umani. Attraverso la sua attività di interpretazione del catalogo dei diritti, promuove un' applicazione uniforme della CEDU nei vari Stati europei. E' a questa attività di interpretazione, dunque, che dobbiamo rivolgere l'attenzione per comprendere quale riconoscimento trovi nella CEDU il principio di retroattività della legge penale più favorevole.

L'art. 7 CEDU disciplina il fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo e prevede, al primo comma che *“Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise”*¹⁷². Esso

¹⁷⁰ La Commissione aveva il compito di valutare la ricevibilità dei ricorsi, condurre l'istruttoria, tentare un regolamento amichevole della controversia ed eventualmente emettere una prima decisione nel merito. La CorteEDU aveva il compito di decidere in via definitiva i ricorsi nel merito, accordando eventualmente un'equa soddisfazione alla parte lesa. Sul sistema di protezione dei diritti dell'uomo originariamente previsto dalla CEDU, si veda RUSSO C. – QUAINI P.M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, II ed., Milano, 2006, 21 ss.; ZANGHÌ C., *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., 150 ss.

¹⁷¹ Sul Protocollo n. 11 e la “nuova Corte europea, si veda BULTRINI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2000, 148 ss.; CONFORTI B. – RAIMONDI G., *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, 327 ss.; DE SALVIA M., *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma*, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1999, 704 ss.

¹⁷² In questa sede non sembra opportuno fare riferimento a quanto previsto dall'art. 7.2 CEDU, il quale introduce una deroga al principio di cui all'art. 7.1, in base alla quale possono venire processati e condannati gli autori di fatti considerati criminali secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, ancorché al momento della loro commissione detti fatti non costituissero reato in base al

consacra il principio di irretroattività della legge penale, elevando a diritto dell'uomo il diritto di ciascuno a non essere condannato per un fatto non previamente previsto come reato dal diritto vigente, ovvero ad una pena più grave di quella applicabile al momento della commissione del fatto¹⁷³. Tale disposizione, come vedremo, è stata riempita di contenuti da parte della CorteEDU.

4.1. La mancata previsione del principio secondo l'interpretazione tradizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La CorteEDU, nella sua attività di interpretazione della Convenzione ha rilevato come l'art. 7 “non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato. Consacra altresì, in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone di non applicare estensivamente o analogicamente la legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro”¹⁷⁴. L'art 7 CEDU, dunque, sancisce alcuni dei più importanti principi della civiltà giuridica europea¹⁷⁵. Proprio per l'essenziale ruolo garantista che tale disposizione riveste, l'art. 15. 2 CEDU ne prevede l'inderogabilità, vale a dire la sua appartenenza al c.d “nocciolo duro” della Convenzione¹⁷⁶.

Il concetto di legalità penale che emerge dalla Convenzione e dalla sua interpretazione giurisprudenziale non coincide del tutto con quello generalmente accolto negli ordinamenti penali di *civil law*. Resta fuori dall'ambito dell'art. 7 la garanzia della legalità intesa in senso propriamente formale, quale esigenza, cioè, di limitare solo ad alcuni atti normativi (ad es. legge ordinaria adottata da un Parlamento) la possibilità di

diritto nazionale o internazionale. La suddetta disposizione, infatti, esula dall'oggetto e dai fini del presente lavoro.

¹⁷³ In argomento, BERNARDI A., *Art. 7*, in BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 249 ss.; ROLLAND P., *Article 7*, in PETTITI L.E. – DECAUX E. – IMBERT P. H., *La Convention européenne de droits de l'homme – Commentaire article par article*, II ed., Paris, 1995, 293 ss.; VAN DIJK P. – VAN HOOF G.J.H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, III ed., The Hague, 1998, 479 ss.

¹⁷⁴ CorteEDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Serie A, n. 260-A, § 52.

¹⁷⁵ In questo senso, ROLLAND P., *Article 7*, cit., 293.

¹⁷⁶ Sul punto, BERNARDI A., *Art. 7*, cit., 251; ROLLAND P., *Article 7*, cit., 293.

introdurre norme penali¹⁷⁷. L'esclusione del principio di riserva di legge trova la sua ragione nella necessità di coniugare le istanze proprie degli ordinamenti di *civil law* con quelle degli ordinamenti di *common law*.

Il rispetto dell'art. 7 CEDU non richiede, dunque, che il fatto incriminato o la pena comminata siano previsti come tali da una legge intesa in senso formale, essendo sufficiente che il reato o la pena siano tali, appunto "secondo il diritto interno o il diritto internazionale". La Corte EDU ha elaborato una nozione "autonoma" di legge¹⁷⁸, affermando che la locuzione "diritto" utilizzata dall'art. 7 equivale all'espressione "legge" che figura negli altri articoli della Convenzione e ricomprende tanto il diritto scritto quanto il diritto non scritto, di creazione giurisprudenziale e non legislativa¹⁷⁹. L'abbandono di una visione strettamente "formale" della legalità e l'opzione espressa per una concezione di natura maggiormente "sostanziale" del principio sono stati sensibilmente controbilanciati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁸⁰, che nella sua opera interpretativa ha individuato dei criteri materiali in base ai quali al diritto non scritto può essere riconosciuto il carattere di "legge"¹⁸¹. Si tratta dei requisiti di accessibilità della norma violata e della prevedibilità della sanzione¹⁸², che risultano soddisfatte, secondo la Corte, quando l'interessato è in grado di conoscere, a cominciare dal testo normativo e, se del caso, avvalendosi della sua interpretazione ad opera dei giudici, quali azioni od omissioni possano comportare la sua responsabilità penale¹⁸³. Tali condizioni qualitative si riferiscono, dunque, non alla mera previsione legale

¹⁷⁷ In questo senso, CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 86 ss.; DE AMICIS G., *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee*, cit., 5 ss.; NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 58; ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *Ius@17unibo.it*, n. 1, 2009, 60 ss.

¹⁷⁸ Allo stesso modo la Corte ha elaborato anche una nozione "autonoma" di materia penale, estendendo l'ambito di applicazione del principio di legalità al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come "penali" dal diritto interno; nonché una nozione "autonoma" di pena. Per un approfondimento, si veda BERNARDI A., *Art. 7*, cit., 256 ss. e 271 ss.; DE VERO G. – PANEBIANCO G., *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, 11 ss.; ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., 60 ss.

¹⁷⁹ Cfr., Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, serie A n. 335-B, § 35; 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, in *Racc.*, 1996, § 29; 8 luglio 1999, *Baskaja e Okçuoglu c. Turchia*, in *Racc.*, 1999, § 36.

¹⁸⁰ Corte EDU, 26 aprile 1970, *Sunday Times c. Regno Unito*, Serie A., n.30, §§ 48-49.

¹⁸¹ In questo senso, ROLLAND P., *Article 7*, cit., 295.

¹⁸² Sul significato di "accessibilità" e "prevedibilità" della norma penale, si veda ampiamente BERNARDI A., *Art. 7*, cit., 60 ss.

¹⁸³ Cfr., Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., § 40; 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, cit., § 29; sul contenuto del principio v., da ultimo BERNARDI A., *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, cit., 43 ss.

esistente, ma alla norma “vivente”, quale risulta dall’applicazione e dall’interpretazione dei giudici¹⁸⁴. La Corte ha in proposito affermato che per quanto chiaro sia il testo di una disposizione legale, in qualunque sistema, compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziale, ribadendo che l’art. 7 della Convenzione non deve essere interpretato come atto a vietare la chiarificazione graduale delle regole della responsabilità penale attraverso l’interpretazione giudiziaria dei singoli casi, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza dell’illecito e ragionevolmente prevedibile¹⁸⁵. Se il contenuto della norma risulta dalla combinazione del dato legislativo e di quello giurisprudenziale, è evidente che anche la giurisprudenza deve concorrere ad assicurare la conoscibilità e prevedibilità dei limiti posti dallo Stato al godimento di un diritto o all’esercizio di una libertà dell’individuo¹⁸⁶. Il requisito fondamentale dell’attività interpretativa in ambito penale risiede, dunque, nella ragionevole prevedibilità dei suoi esiti. E’ compatibile con l’art. 7 CEDU anche una interpretazione di tipo estensivo che applichi la norma penale a fatti non previsti dal legislatore all’epoca del suo intervento, purché venga fatta salva l’essenza della previsione incriminatrice e la soluzione individuata sia ragionevolmente prevedibile¹⁸⁷. E una interpretazione estensiva è ragionevolmente prevedibile sia quando trae la sua “prevedibilità” dalla precedente prassi interpretativa, anch’essa estensiva, sia quando, pur contrastando con una precedente giurisprudenza a carattere restrittivo, trae la propria giustificazione dal mutamento delle condizioni socio-culturali¹⁸⁸.

Il tema della “qualità” della legge, sotto il profilo della prevedibilità, si lega allora strettamente a quello della irretroattività¹⁸⁹. Secondo la Corte, in tanto sarà

¹⁸⁴ Cfr., ESPOSITO A., *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 323 ss.

¹⁸⁵ CorteEDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, cit., §§ 34 e 36.

¹⁸⁶ In questo senso, ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., 63.

¹⁸⁷ Sul punto, BERNARDI A., *Art. 7*, cit., 264; DE AMICIS G., *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee*, cit., 7. Sul significato di “mutamento di interpretazione” e di “prevedibilità ragionevole” si interroga RIONDATO S., *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000*, in PICOTTI L. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, 130.

¹⁸⁸ Si veda, ampiamente, BERNARDI A., *Art. 7*, cit., 265 ss.

¹⁸⁹ Anche il principio di irretroattività sancito dall’art. 7.1 CEDU investe infatti non solo il diritto scritto, ma anche quello giurisprudenziale; cfr., DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Lonrai, 1994, 188, il quale sottolinea che l’art. 7 CEDU “reprend le principe de la rétroactivité du ‘droit’ et pas seulement de ‘la loi’, en matière de condamnation pour ‘infraction’, donc de droit penale”; RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea*, cit., 171ss.; ID. *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale*

possibile un' applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, in quanto si tratti di interpretazioni ragionevoli e prevedibili¹⁹⁰. Al di fuori di questi casi, un mutamento *in malam partem* della giurisprudenza relativa ad una data fattispecie incriminatrice potrebbe essere compatibile con l'art. 7 CEDU solo se applicato ai fatti commessi successivamente alla sua pronuncia (c.d. *prospective overruling* proprio dei sistemi di *common law*), oppure riconoscendo all'imputato una *ignorantia iuris* inevitabile, con conseguente proscioglimento dello stesso¹⁹¹. Non possiamo qui approfondire ulteriormente questo tema, peraltro ricco di profili problematici. Basti quanto fin qui ricordato per delineare sommariamente la nozione di "legge" secondo la CEDU.

Per quanto riguarda più specificatamente il principio di retroattività della legge penale più favorevole, esso non è espressamente previsto dall'art. 7 CEDU¹⁹². Gli organi di Strasburgo, dal canto loro, hanno sempre ritenuto, salvo sviluppi recentissimi, che tale disposizione non elevasse a diritto dell'uomo il diritto del reo all'applicazione della legge più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto¹⁹³. In particolare, la Commissione, nel caso *X c. Germania*, dopo aver ricordato che "l'art. 7 della Convenzione non contiene nessuna disposizione simile all'art. 15. 1 del Patto delle Nazioni Unite", ha affermato: "nel caso di specie, una parte dei fatti posti a carico del

sfavorevole tra legalità e ragionevolezza, in VINCENTI U. (a cura di), *Diritto e clinica*, Padova, 2000; ID., *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni*, cit., 128.

¹⁹⁰ Commissione, dec. 7 maggio 1982, *Ltd e Y. c. Regno Unito*, in *DR*, 28 85; Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, cit. § 37. Tratta approfonditamente tali pronunce, NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 66 ss. Una siffatta soluzione è stata peraltro fortemente criticata dalla dottrina, ampiamente citata da BERNARDI A., *Art. 7*, cit., 284.

¹⁹¹ Cfr., limitatamente all'Italia, Corte Cost., sent. n. 364 del 1988, ove si legge che "l'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un *gravemente caotico (...) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari*". Per un commento alla sent. 364 del 1988, v., FIANDACA G., *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, 1386; PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, 449; PALAZZO F.C., *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 920. V., anche, CADOPPI A., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di ignorantia legis*, in *Foro it.*, 1991, II, 415 ss.; ID., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999; ID., *Il principio di irretroattività*, cit., 186; ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., 74.

¹⁹² Sul punto, BERNARDI A., *Art. 7*, cit., 252; DE AMICIS G., *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee*, cit., 8; NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 75; ROLLAND P., *Article 7*, cit., 295.

¹⁹³ Sulla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, tra gli altri, FALCINELLI D., *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, in *diritti-cedu.unipg.it*.

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 infondato¹⁹⁴. Sin da questa decisione si è affermato un orientamento dei giudici di Strasburgo attento a valorizzare la mancata "espressione" del rilievo retroattivo dell'*abolitio criminis* e più latamente della norma di maggior favore: in effetti, ai sensi dell'art. 7, una persona può essere condannata solo per un'azione che costituiva reato al "momento in cui è stata commessa"¹⁹⁵.

La decisione adottata nella causa *X c. Germania* veniva ripresa dalla CorteEDU nelle cause *Le Petit c. Regno Unito*¹⁹⁶ e *Zaprianov c. Bulgaria*¹⁹⁷, in cui essa affermava categoricamente che "L'articolo 7 non sancisce il diritto di veder applicare ad un reato una modifica legislativa più favorevole adottata successivamente".

L'intendere la norma come assertiva del principio del *tempus regit actum*, che vuole applicata la legge in vigore al momento della commissione del fatto, e non la diversa – quand'anche più favorevole – legge sopravvenuta al momento del giudizio, non ne aveva tuttavia importato una lettura in guisa tale da impedire l'applicazione retroattiva della legge complessivamente più favorevole ove dettata dalla disciplina nazionale, per l'appunto non vietata né ostacolata dall'art. 7.1¹⁹⁸. Nel caso *G. c. Francia*¹⁹⁹, infatti, la CorteEDU 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 favorevole²⁰⁰.

¹⁹⁴ Commissione, dec. 6 marzo 1978, *X c. Germania*, in *DR*, 13, 70. Il ricorrente era stato condannato ad una multa per violazione del codice delle imposte. La multa fu confermata nonostante l'abrogazione della disposizione interessata del codice delle imposte. Il ricorrente sosteneva dinanzi alla Commissione che avrebbe dovuto beneficiare della legge successiva più favorevole.

¹⁹⁵ CorteEDU, 8 luglio 1999, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, cit.

¹⁹⁶ CorteEDU, 5 dicembre 2000, *Le Petit c. Regno Unito* (dec.), n. 35574/97.

¹⁹⁷ CorteEDU, 6 marzo 2003, *Zaprianov c. Bulgaria* (dec.), n. 41171/98.

¹⁹⁸ In questo senso, FALCINELLI D., *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, cit.

¹⁹⁹ CorteEDU, 27 settembre 1995, *G. c. Francia*, *Serie A*, n. 325-B, § 26. Anche in *Dir. pen. e proc.*, n. 1, 1996, 47.

²⁰⁰ 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 secondo grado alla pena di cinque anni di reclusione per il reato di corruzione passiva per aver sollecitato rapporti sessuali e per il reato di oltraggio al pudore commesso con violenza fisica o 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 per 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

In definitiva, secondo l'orientamento tradizionale della Corte, l'art. 7 se anche non impedirebbe di applicare retroattivamente le leggi penali di favore, consentirebbe comunque di punire l'autore di un reato che, secondo una legge posteriore, non costituisce più illecito penale o addirittura configura un fatto lecito; *a fortiori*, nel caso in cui la condanna sia già stata pronunciata, esso non imporrebbe la cessazione della sua esecuzione e dei relativi effetti penali²⁰¹.

La mancata consacrazione del principio nell'art. 7 CEDU era stata per lo più imputata al fatto che esso risultava assente o comunque incontrava significative eccezioni in molti Stati membri, sì che la sua affermazione in sede convenzionale avrebbe verosimilmente sollevato forti resistenze da parte di quegli Stati i cui apparati giudiziari non erano in grado di sostenere la revisione, alla luce della *lex mitior*, dei procedimenti già definiti²⁰². Le esigenze di quegli Stati che invece riconoscevano la retroattività benigna rimanevano comunque soddisfatte dall'art. 53 CEDU, secondo cui “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”²⁰³. Essi restavano dunque liberi di applicare retroattivamente una legge abolitrice o modificatrice emanata successivamente alla commissione del fatto.

legge n. 80-1041 del 23 dicembre 1980. Il ricorrente si rivolgeva allora ai giudici europei lamentando una violazione dell'art. 7 CEDU, per essere stato condannato per dei reati non previsti al momento della commissione del fatto. La Corte, considerando che le modifiche sopravvenute avevano trasformato il reato in illecito pretorile (*infraction correctionnel*) diminuendo la pena edittale, rilevava come non fosse rinvenibile alcuna violazione dell'art. 7 nell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole da parte dei giudici francesi. Con ciò riconoscendo che l'art. 7 non pone alcun ostacolo alla retroattività della *lex mitior*.

²⁰¹ Di diverso avviso è SUDRE F., *Droit International et européen des droits de l'homme*, III ed., Paris, 1997, 194, secondo cui nella sentenza *G. c. France*, la Corte avrebbe invece implicitamente consacrato il diritto all'applicazione retroattiva della norma penale di favore. Si tratta, tuttavia, di una opinione isolata. *Contra*, per tutti, ROLLAND P., *Article 7*, cit., 295.

²⁰² A tal proposito, si veda BERNARDI A., *Art. 7*, cit., 252.

²⁰³ 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, 741 ss.

In una recente pronuncia la Corte di Strasburgo²⁰⁴ si è, tuttavia, discostata da questo suo risalente indirizzo giurisprudenziale, fornendo una nuova interpretazione dell'art. 7.1 CEDU in punto di retroattività favorevole²⁰⁵.

4.2. Il riconoscimento del principio nel caso Scoppola (CorteEDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia).

Il 2 settembre 1999, in seguito ad una lite con i suoi figli, il signor Scoppola uccise sua moglie e ferì uno dei due bambini: arrestato, venne tratto a giudizio per omicidio aggravato ed altri reati²⁰⁶. All'epoca dei fatti l'omicidio aggravato, punito con la pena dell'ergastolo e l'isolamento diurno (art. 72 c.p.), non poteva essere giudicato mediante rito abbreviato²⁰⁷. Successivamente, durante la fase delle indagini preliminari, entrava in vigore la legge n. 479 del 1999²⁰⁸ che, modificando l'art. 442 c.p.p., reintroduceva la possibilità del giudizio abbreviato anche per i reati puniti con la pena dell'ergastolo, la quale andava diminuita, a seguito della scelta del rito, ad anni trenta di reclusione²⁰⁹. Il 18 febbraio 2000, in sede di udienza preliminare, il ricorrente si

²⁰⁴ CorteEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in <http://www.echr.coe.int>, nonché in *Cass. pen.*, n. 2, 2010, 832, 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*.

²⁰⁵ Si veda, ARMONE G., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio della "lex mitior": prove di tutela multilivello*, in *Foro it.*, n. 5, 2010, 229 ss.; DE AMICIS G., *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee*, cit., 8; FALCINELLI D., *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, cit.; GAMBARDELLA M., *Sub art. 2*, cit., 140; ID., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass.pen.*, n. 5, 2010, 2020 ss.; GARUTI G., *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 11, 1427 ss.; LETTIERI N., *Principio di legalità, qualità della legge ed obblighi positivi di protezione dei diritti umani*, Relazione all'incontro di studi sul tema "I diritti fondamentali e l'ordinamento integrato", organizzato dal C.S.M., Roma 1-3 febbraio 2010, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/18806.pdf>; PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1, 397 ss.

²⁰⁶ 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., 2020 ss.; GARUTI G., *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, cit., 1427 ss.; LETTIERI N., *Principio di legalità, qualità della legge ed obblighi positivi di protezione dei diritti umani*, cit., 1 ss.; PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., 397.

²⁰⁷ La Corte costituzionale, con sent. n. 176 del 1991, aveva annullato l'art. 442, co. 2 ultimo periodo c.p.p. ("Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta") perché frutto di una scelta arbitraria del Governo rispetto alla legge delega emanata dal Parlamento.

²⁰⁸ La legge n. 479 del 1999 è entrata in vigore il 2 gennaio 2000.

²⁰⁹ Sulle vicende normative che hanno caratterizzato il giudizio abbreviato in relazione alla pena dell'ergastolo, si veda PISANI M., *Il giudizio abbreviato e la pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2008, 429 ss.

avvaleva di questa possibilità esprimendo l'intenzione di essere giudicato con il rito abbreviato. Il 24 novembre 2000, il giudice per l'udienza preliminare ammetteva lo Scoppola al rito alternativo e lo condannava ad anni trenta di reclusione. Sennonché, lo stesso giorno, entrava in vigore il decreto legge n. 341 del 2000 che chiariva, con legge interpretativa, che la scelta del rito abbreviato determinava la conversione dell'ergastolo con l'isolamento diurno nell'ergastolo semplice e quella dell'ergastolo semplice con la pena di trent'anni di reclusione. La volontà del legislatore di attribuire effetti retroattivi alla nuova disciplina, già evidente nella pretesa natura meramente interpretativa della legge²¹⁰, trovava conferma nell'introduzione di una norma transitoria, contenuta nell'art. 8 del d.l. 341/2000, 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: ipotesi per la quale l'originaria aspettativa della sostituzione con la reclusione di anni trenta era venuta meno, dovendo il giudice comunque condannare alla pena dell'ergastolo (sia pure non aggravato). Analoga possibilità era attribuita all'imputato nell'ipotesi in cui la nuova e meno favorevole disciplina potesse essere applicata per effetto dell'impugnazione del pubblico ministero; in tutti questi casi il procedimento era destinato a riprendere secondo il rito ordinario, "dallo stato in cui si trovava allorché era stata fatta la richiesta"²¹¹.

Sebbene non fosse chiaro se al momento della decisione il decreto-legge potesse considerarsi già entrato in vigore (64), il pubblico ministero ricorreva in Cassazione, lamentando la mancata applicazione nel caso in esame della modifica legislativa. Il ricorso si convertiva in appello a seguito dell'impugnazione presentata dall'imputato che, peraltro, non svolgeva alcuna considerazione sul mutamento del

²¹⁰ La natura interpretativa della norma contenuta nell'art. 7 del d.l. 341/2000 è stata messa in dubbio dalla dottrina, dal momento che nella prassi non era emerso "alcun problema interpretativo da risolvere", ma semmai l'esigenza, "favorita da fattori politico-emozionali, di diversificare il trattamento sanzionatorio in relazione alla pluralità o unicità di imputazioni importanti l'ergastolo": così CONTI G., *Decreto "antiscarcerazioni": celerità processuale e controlli nell'esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 313; nello stesso senso, CAPRIOLI F., *Novità in tema di giudizio abbreviato*, in BARGIS M. (a cura di), *Il decreto "antiscarcerazioni"*, Torino, 2001, 108 ss.; BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Il giudizio abbreviato. Profili teorico-pratici*, Milano, 2005, 373 ss.

²¹¹ L'art. 8 del d.l. 341/2000, come modificato dalla legge di conversione n. 4/2001, prevedeva per la revoca della richiesta di giudizio abbreviato un termine di trenta giorni a decorrere, rispettivamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto stesso, o dalla avvenuta conoscenza dell'impugnazione del pubblico ministero: per un'analisi delle diverse ipotesi processuali prese in considerazione dalla norma transitoria, cfr. GIANNONE A., *Commento all'art. 8 del d.l. 24/11/2000 n. 341*, in *Leg. pen.*, 2001, 392 ss.

quadro normativo sopravvenuto e sulla sua eventuale intenzione di revocare la richiesta di giudizio abbreviato ai sensi della norma transitoria.

Il 10 gennaio 2002 la Corte d'assise d'appello di Roma, alla luce della nuova normativa, rideterminava la pena in quella dell'ergastolo. Secondo la Corte, dovendosi riconoscere natura procedurale alle norme di cui al decreto legge n. 341 del 2000, esse dovevano applicarsi a tutti i procedimenti pendenti alla sua entrata in vigore (quindi anche a quello in questione) in virtù del principio del *tempus regit actum*²¹². Inoltre, osservava la Corte, dal momento che il sig. Scoppola non si era avvalso della facoltà di ritirare la sua richiesta di giudizio abbreviato e farsi giudicare secondo la procedura ordinaria, la decisione di primo grado avrebbe dovuto tener conto della nuova disciplina delle pene nel frattempo intervenuta.

L'imputato, dopo che era stato rigettato il ricorso ordinario per cassazione in punto di diritto²¹³, depositava un ricorso straordinario per errore di fatto avverso la decisione di rigetto, lamentando per la prima volta che l'applicazione retroattiva della normativa meno favorevole sopravvenuta alla richiesta di giudizio abbreviato era in contrasto con l'art. 7 CEDU e con i principi del giusto processo; la Corte dichiarava inammissibile tale ricorso²¹⁴. Nel frattempo, tuttavia, il sig. Scoppola, aveva investito della medesima questione la Corte EDU²¹⁵. In particolare, per quanto riguarda la violazione dell'art. 7 CEDU, egli sosteneva innanzitutto che l'art. 442 c.p.p., indicando la pena da infliggere in caso di rito abbreviato, nonostante il suo inserimento nel codice di procedura, doveva considerarsi una disposizione di diritto penale materiale. In quanto tale, essa non poteva essere soggetta al principio del *tempus regit actum*, bensì al

²¹² Osserva PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., nota 65, 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, MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 125 ss., nonché ID., *Principi e questioni di diritto intertemporale e transitorio*, in *Cass. pen.*, 2000, 2531 ss.

²¹³ I motivi di ricorso attecchivano per lo più al trattamento sanzionatorio, mentre nessuna doglianza veniva mossa sotto il profilo della successione delle leggi penali nel tempo.

²¹⁴ Secondo la Corte di cassazione, pronunciata con sentenza il 14 maggio 2004, 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 Corte di cassazione.

²¹⁵ Ricorso n. 10249/03, presentato in data 24 marzo 2003.

principio di retroattività della legge penale più favorevole. Secondo il ricorrente, inoltre, tale principio, già previsto in modo esplicito dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 9 della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, sarebbe garantito dallo stesso art. 7 della Convenzione²¹⁶. I giudici italiani, pertanto, avrebbero dovuto applicare, tra le varie leggi succedutesi dopo la commissione del fatto, quella a lui più favorevole, cioè la legge n. 479 del 1999 che ammetteva la possibilità di rito abbreviato riducendo la pena ad anni trenta. Essi, invece, avevano applicato il successivo decreto legge n. 341 del 2000, modificando la pena in senso sfavorevole all'imputato (ergastolo senza isolamento), e così facendo avevano violato l'art. 7 CEDU. L'applicazione retroattiva sfavorevole, inoltre, non poteva essere giustificata in base alla qualificazione legislativa del decreto quale "legge di 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 legislatore sarebbe ricorso ad un *escamotage* per modificare le norme che disciplinano la determinazione della pena nell'ambito del rito abbreviato.

Il Governo si era opposto alle tesi del ricorrente rilevando, in particolare, che le disposizioni del codice di procedura penale non potevano essere ricomprese nel concetto di "pena" di cui all'art. 7 CEDU, e che, comunque, tale ultima disposizione non enunciava il diritto ad una applicazione retroattiva della legge penale più mite.

La Corte di Strasburgo, dal canto suo, con una decisione che si discosta dal suo risalente indirizzo giurisprudenziale, ha riconosciuto nell'applicazione retroattiva della disposizione contenuta nel decreto legge n. 341 del 2000, con l'inflizione della pena dell'ergastolo, la violazione dei diritti garantiti dagli artt. 6²¹⁷ e 7 CEDU.

Quanto alla violazione dell'art. 7, la Corte ha innanzitutto chiarito che l'art. 442, comma 2 c.p.p. è una disposizione di diritto penale materiale e non processuale, dal momento che riguarda la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo

²¹⁶ Su questo punto il ricorrente fa riferimento all'opinione dissenziente del giudice Popovič nella sentenza *Achour c. Francia*, 29 marzo 2006, in <http://www.echr.coe.int>, nonché in *Foro it.*, 2007, IV, 237, con nota di GANDINI F.

²¹⁷ Sulla violazione dell'art. 6 CEDU, cfr., GARUTI G., *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, in *Dir. pen. e proc.*, cit., 1428 ss.; ICHINO G., *L' "affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 832; LETTIERI N., *Principio di legalità, qualità della legge ed obblighi positivi di protezione dei diritti umani*, cit., 11.

il rito abbreviato²¹⁸. Essa ricade, dunque, nel campo di applicazione dell'art. 7.1, cioè tra quelle disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono²¹⁹. Una siffatta conclusione è frutto della nozione "autonoma" di pena elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo²²⁰. In particolare, elemento sintomatico fondamentale del carattere "penale" della sanzione, è la riconducibilità di quest'ultima ad una condanna per un "illecito penale". E, nel caso di specie, non vi è dubbio che le sanzioni menzionate dall'art. 442, comma 2 c.p.p. siano state imposte a seguito di una condanna per un "reato"²²¹.

La Corte europea afferma, inoltre, che il decreto legge n. 341 del 2000 non può essere considerato una legge di "interpretazione autentica" dal momento che l'art. 442, comma 2 c.p.p., come modificato dalla legge n. 479 del 1999 non presentava alcuna ambiguità; esso indicava chiaramente che la pena dell'ergastolo era sostituita da quella della reclusione di anni trenta, e non faceva distinzioni tra la condanna all'ergastolo con o senza isolamento diurno²²². Si è trattato, dunque, di una legge che ha introdotto una pena più severa rispetto a quella prevista dalla legge precedente.

La parte della sentenza che riveste maggior interesse ai fini della presente indagine, per la novità delle conclusioni cui sono pervenuti i giudici europei, è quella relativa al principio di retroattività della legge penale più favorevole. La Corte, infatti,

²¹⁸ Critica fortemente la pronuncia della Corte EDU su questo punto, PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., 397. Secondo l'autrice, "non avrebbe senso considerare isolatamente la disposizione che prevede la c.d. diminuzione 'processuale' per il rito abbreviato, per assoggettarla ad una disciplina di diritto intertemporale diversa da quella propria di tutte le restanti disposizioni - di natura chiaramente processuale - che concorrono a delineare l'istituto: 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. Questo spiega l'orientamento prevalente della giurisprudenza, nel senso dell'attribuzione di una natura 'processuale' a tutte le norme che disciplinano il giudizio abbreviato e la circostanza che, in passato, si sia esclusa l'applicazione nel giudizio di cassazione di quelle nuove norme, ritenendosi che 'l'effetto sostanziale costituito dalla riduzione di pena di cui all'art. 442 c.p.p. risulta pur sempre rigidamente ed ineludibilmente posto in rapporto di dipendenza rispetto a scelte processuali in tanto attuabili in quanto rispettose delle modalità e dei tempi fissati, con rigida scansione, dal codice di rito' " (Cass. pen., 5 giugno 2000, Hasani, CED 216255, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 524 ss.). Si veda, anche, CHIAVARIO M., *Norma: d) diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 440 ss.

²¹⁹ Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 113.

²²⁰ Si veda, in particolare, Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, Serie A, n. 307-A, § 27 e 8 giugno 1995, *Jamil c. Francia*, Serie A, n. 317-B, § 30, nelle quali i giudici di Strasburgo hanno dichiarato che "per rendere efficace la tutela offerta dall'art. 7, la Corte deve essere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una data misura costituisca una 'pena' ai sensi di tale norma". Sul concetto "autonomo" di pena si veda, in dottrina, BERNARDI A., *Art. 7*, cit., 271; ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile"*. *Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., 307 ss; NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 71 ss; ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., 66 ss.

²²¹ Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 112.

²²² *Ivi*, § 118.

dopo aver richiamato il suo precedente orientamento, favorevole all'interpretazione del Governo italiano (secondo cui l'art. 7 non sancisce il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge successiva al fatto)²²³, rivendica a sé un approccio dinamico ed evolutivo, che tenga conto del mutato quadro internazionale ed europeo²²⁴. Sebbene la Corte sia formalmente tenuta a seguire i propri precedenti, nell'interesse della sicurezza giuridica, della prevedibilità e dell'eguaglianza dinanzi alla legge²²⁵, è di fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata e applicata in modo tale da rendere le garanzie concrete ed effettive. A tal fine, è necessario che la Corte tenga conto dell'eventuale mutamento di consenso che potrebbe emergere in relazione al livello di protezione da raggiungere²²⁶. Secondo i giudici di Strasburgo, dalla decisione *X c. Germania* del 6 marzo 1978²²⁷, si sarebbero compiuti importanti sviluppi normativi proprio in relazione al principio di retroattività della legge penale più favorevole. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo (1969)²²⁸; all'art. 49.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²²⁹; alla sentenza 3 maggio 2005 della Corte di giustizia delle Comunità europee²³⁰; all'art. 24.2 dello Statuto della Corte penale internazionale²³¹; alla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per i fatti nella

²²³ A tal proposito, la Corte cita la decisione della Commissione europea del 6 marzo 1978, *X c. Germania*, cit.; le decisioni della CorteEDU del 5 dicembre 2000, *Le Petit c. Regno Unito* (dec), cit., e 6 marzo 2003, *Zaprianov c. Bulgaria* (dec.), cit.

²²⁴ CorteEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 104.

²²⁵ Cfr., CorteEDU, 18 gennaio 2001, *Chapman c. Regno Unito*, n. 27238/95, § 70.

²²⁶ Così, tra le altre, CorteEDU, 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, Serie A, n. 184, § 35.

²²⁷ Commissione, dec. 6 marzo 1978, *X c. Germania*, cit. V., cap. I, § 4.1.

²²⁸ La Convenzione americana sui diritti umani, stipulata sotto gli auspici dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA), è stata firmata a San Josè di Costarica il 22 novembre 1969 ed è entrata in vigore il 18 luglio 1978. Ne sono Stati contraenti la maggior parte degli Stati del continente americano, fra i quali però non figurano gli Stati Uniti e il Canada. Alla Convenzione è stato aggiunto nel 1988 il Protocollo di San Salvador sui diritti economici, sociali e culturali. Per un approfondimento, si veda, CASSESE A., *I diritti umani oggi*, cit., 50; CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., 432.

Ai sensi dell'art. 9 della Convenzione americana sui diritti umani "Nessuno può essere condannato per un'azione o omissione che al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo la legge applicabile. Non può essere applicata una pena più grave di quella applicabile al tempo in cui il reato è stato commesso. Se successivamente alla commissione del reato la legge dispone che venga imposta una pena più lieve, il colpevole dovrà beneficiarne".

²²⁹ V., cap. I, § 3.

²³⁰ V., cap. I, § 2.1.2.

²³¹ Lo Statuto della Corte penale internazionale permanente è stato adottato a Roma, il 17 luglio 1998, da un'apposita Conferenza delle Nazioni Unite. E' entrato in vigore il 1 luglio 2002. La ratifica da parte dell'Italia è avvenuta con legge n. 232 del 12 luglio 1999. Si veda, BASSIUNI M.C. (a cura di), *The Statute of International Criminal Court*, Ardsley, 1998; CASSESE A. – GAETA P. – JONES J., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2002; CATENACCI M., "Legalità" e "tipicità del reato" nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano, 2003, 183 ss.; TRIFFTERER

ex-Jugoslavia (TPIY)²³². Alla luce di questi sviluppi, “si è formato progressivamente un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l’applicazione della legge penale che contempla una pena più mite, anche posteriore alla commissione del reato, sia diventata un principio fondamentale del diritto penale”²³³.

Per la Corte europea è sicuramente vero che l’art. 7.1 CEDU non menziona espressamente l’obbligo per gli Stati contraenti di far beneficiare l’imputato di un mutamento legislativo entrato in vigore dopo la perpetrazione del reato. Tuttavia si deve considerare altresì che l’art. 7.1, vietando di infliggere una “pena più severa di quella che era applicabile al momento in cui è stato commesso il reato”, non esclude che l’imputato possa beneficiare di una pena più mite, prevista da una legge emanata dopo la realizzazione dell’illecito penale. Anzi, in ossequio al principio della preminenza del diritto, di cui l’art. 7 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, inoltre, l’obbligo di applicare, tra le molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all’imputato, chiarendo le regole in materia di successione delle leggi penali, soddisfa un altro elemento fondamentale dell’art. 7, ossia quello della “prevedibilità delle sanzioni”²³⁴. La Corte ritiene, dunque, che nel momento in cui viene stabilita *a priori* l’applicazione della *lex mitior* tra quelle che si succedono durante lo svolgimento del procedimento penale, la sanzione diventa prevedibile in modo anticipato dal cittadino. Nel senso che costui conosce prima

O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers’ Notes, Article by Article*, Baden Baden, 2008.

L’art. 24. 2 dello Statuto prevede che “Se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto di una inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna si applica il diritto più favorevole”. Per un approfondimento, MEZZETTI E., *L’internazionalizzazione della legge penale*, cit., 165.

²³² Il Tribunale è stato istituito il 25 maggio 1993 con la Risoluzione 827 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. La CorteEdu richiama, in particolare, la sentenza emessa dalla sezione d’appello del TPIY il 4 febbraio 2005 nel caso *Dragan Nikolić* (comandante de campo di detenzione di Susica in Bosnia, condannato alla pena di 20 anni di reclusione per i fatti di Srebrenica), n. IT-94-2-A, §§ 79-86. In questa pronuncia, il TPIY ha riconosciuto che il principio della *lex mitior* fa parte del suo statuto e che pertanto deve trovare applicazione nel caso in cui i poteri ad esso conferiti dallo statuto stesso in materia di pena fossero successivamente modificati. Nel caso di specie, tuttavia, poiché non era stata apportata alcuna modifica alle norme dello statuto che governano la determinazione della pena, ma soltanto alle norme nazionali della *ex-Jugoslavia*, il principio non poteva operare.

²³³ CorteEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 106.

²³⁴ *Ivi*, § 108.

l'astratta disciplina che regola il fenomeno della successione nel tempo di leggi penale, la quale impone l'applicazione della legge più mite; e non certo che costui possa conoscere prima la pena a lui in concreto applicabile, nel senso di una prevedibilità della sanzione ricavabile già al momento della commissione del fatto²³⁵.

Sulla scorta di queste considerazioni, la Corte decide di mutare la propria giurisprudenza, affermando che “l'art. 7.1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio di retroattività della legge penale più mite. Questo principio si traduce nella regola per cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato delle leggi penali successive adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverso, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevole all'imputato”²³⁶. Si noti come la Corte europea, 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 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 favorevole²³⁷.

Nel caso di specie, i giudici italiani hanno inflitto al sig. Scoppola 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, pertanto ha violato l'art. 7.1 CEDU, non

²³⁵ In questo senso, 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., 2023.

²³⁶ CorteEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 109.

²³⁷ 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., 2023 ; PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., 397, la quale critica l'inclusione della *lex intermedia* all'interno del principio di retroattività della legge penale più favorevole, trattandosi di una soluzione che non è comune a tutti gli Stati membri, neanche negli ordinamenti di *civil law*, ancorché sia accolta nel nostro ordinamento all'interno del secondo (in tema di *abolito criminis*) e quarto comma (per la successione di leggi meramente modificative) dell'art. 2 c.p. Rileva inoltre come questa scelta non possa giustificarsi con l'argomento della “coerenza con il principio della preminenza del diritto”, che imporrebbe di applicare la legge meno severa sopravvenuta, in quanto legge che rispecchia la nuova valutazione del legislatore circa la proporzione tra fatto e sanzione ed impedisce di continuare a infliggere pene che lo Stato, e quindi la collettività che esso rappresenta, considerano ormai eccessive. Niente di tutto ciò si verifica, infatti, allorché si applica una *lex intermedia*, perché è evidente che le valutazioni espresse dal legislatore attraverso di essa non sono più attuali, ma sono state superate, e magari “corrette”, con l'emanazione della legge successiva, in vigore al momento del giudizio.

adempiendo al proprio obbligo di far beneficiare il ricorrente della legge penale meno severa²³⁸.

Si tratta indubbiamente di una pronuncia che ha una portata fortemente innovativa dal momento che attribuisce alla retroattività delle leggi penali favorevoli il carattere di principio inviolabile, anche con riguardo alle leggi intermedie. Una conclusione, questa, che costringe inevitabilmente la giurisprudenza italiana ad affrontare senza remore il ruolo del principio della legge penale più favorevole nella cornice dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale²³⁹. Avremo modo di verificare nel prosieguo della trattazione in che modo la pronuncia della CorteEDU abbia influito nelle successive pronunce dei giudici italiani in materia di successione delle leggi penali nel tempo²⁴⁰.

Non possiamo tacere, tuttavia, dell'opinione dissenziente manifestata da alcuni dei giudici della CorteEDU, che induce inevitabilmente a prudenti valutazioni prognostiche in ordine al consolidamento di questo nuovo indirizzo giurisprudenziale²⁴¹.

4.2.1. La dissenting opinion.

Il passo compiuto dalla CorteEDU non deve essere stato indolore, se si considera che la decisione è stata sì presa dalla Grande Camera a maggioranza (undici a sei), ma è stata accompagnata, oltre che da una *concurring opinion*²⁴², anche da una *dissenting opinion* particolarmente severa²⁴³.

²³⁸ Sotto il profilo delle misure individuali la Grande Camera non solo ha liquidato un danno morale di euro 10.000, ma ha richiesto altresì che la pena dell'ergastolo fosse sostituita con quella di anni trenta di reclusione (punto 6 del dispositivo).

²³⁹ In questo senso, ARMONE G., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio della "lex mitior": prove di tutela multilivello*, cit. 229; PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., 397.

²⁴⁰ V., cap. III, § 2.

²⁴¹ Si veda, DE AMICIS G., *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee*, cit., 8.

²⁴² La *concurring opinion* è stata espressa dal giudice Malinverni. Egli condivide le argomentazioni che hanno portato la Grande Camera a dichiarare la violazione dell'art. 7. Tuttavia ritiene che essa avrebbe dovuto considerare anche un altro aspetto, ossia il fatto che nel momento in cui il ricorrente ha chiesto il giudizio abbreviato e fino alla fine del procedimento di primo grado, egli non poteva prevedere le conseguenze dell'applicazione del decreto 341 del 2000, entrato in vigore nel pomeriggio del 24 novembre 2000. La decisione del gup, infatti, era stata presa la mattina dello stesso giorno, prima cioè che il nuovo testo legislativo producesse effetti. La Corte d'appello, pertanto, applicando a danno

L'opinione divergente è stata espressa dal giudice Nicolaou²⁴⁴ e condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajó²⁴⁵. Essi contestano la possibilità di ricavare dall'art. 7.1 CEDU l'interpretazione approvata dalla maggioranza, dal momento che sussisterebbe una differenza fondamentale tra il principio di legalità, sancito in via assoluta ed inderogabile dall'art. 7, e il principio della legge più favorevole. Secondo questi giudici, il principio di legalità opera ad un livello più elevato del secondo ed esprime quell'esigenza, propria di uno stato di diritto, di garantire la libertà del cittadino non condannandolo o punendolo per un fatto che al tempo in cui fu commesso non costituiva reato. Il principio della legge più favorevole, invece, non fa parte di questa esigenza, e non ne rappresenta un corollario: si tratta di un diverso tipo di norma, che esprime una scelta dello Stato di non punire o punire meno severamente un fatto che al tempo in cui fu commesso costituiva reato o comunque era punito con una pena più severa. In assenza di disposizioni specifiche, questo principio dipende dalla politica o dalla scelta che può esercitare lo Stato in materia penale nell'ambito della sua competenza discrezionale.

I giudici dissenzienti fanno inoltre notare che quando l'art. 7.1 CEDU è stato adottato, il principio della *lex mitior* non ne faceva parte e nulla ha lasciato intendere che si potesse pensare all'epoca ad una sua incorporazione nel principio di legalità. Del resto nel corso dei lavori preparatori dell'art. 7.1, la possibilità di aggiungervi il principio della legge penale più favorevole era stata prevista e poi abbandonata.

Precisano, poi, che è vero che la Convenzione è uno strumento vivo che richiede un approccio dinamico ed evolutivo allo scopo di rendere i diritti pratici ed effettivi e che, pertanto, è giusto che la Corte riveda la propria giurisprudenza per adeguarsi ai cambiamenti e reagire all'emergere di un nuovo consenso. Tuttavia, nessuna interpretazione giudiziaria, per quanto creativa possa essere, può oltrepassare i limiti fissati dalla Convenzione. Come ha precisato la CorteEDU, "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

dell'imputato una legge che non poteva essere nota al momento della pronuncia della sentenza aveva emesso una sentenza priva di qualsiasi base giuridica e, come tale, contraria anche per questo motivo all'art. 7 CEDU.

²⁴³ Cfr., ARMONE G., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio della "lex mitior": prove di tutela multilivello*, cit. 229.

²⁴⁴ Giudice che rappresenta Cipro.

²⁴⁵ Essi rappresentano, rispettivamente, Regno Unito, Danimarca, Lituania, Liechtenstein, Ungheria.

inserito in partenza. Questo vale particolarmente nel caso di specie, ove l'omissione è stata deliberata²⁴⁶. L'accusa che i giudici muovono alla maggioranza della Corte è proprio quella di aver oltrepassato i limiti fissati dalle disposizioni della Convenzione, addirittura riscrivendo l'art. 7.1 CEDU allo scopo di renderlo conforme a ciò che essa stessa riteneva avrebbe dovuto dire.

La presenza di una *dissenting opinion* di siffatta portata, espressa peraltro da un numero non esiguo di giudici impone evidentemente una certa cautela nel ritenere consolidato l'orientamento della Corte espresso nel caso *Scoppola*. Staremo a vedere se nelle prossime pronunce essa confermerà il proprio precedente o ritornerà sui suoi passi. Resta il fatto che, fintanto che questa decisione non troverà una smentita, i giudici nazionali dovranno confrontarsi con un principio di retroattività della legge penale più favorevole che trova consacrazione nell'art. 7.1 CEDU e che, in ossequio all'art. 15 CEDU ha valore assoluto ed inderogabile.

4.3. Operatività del principio nei rapporti tra il sistema di protezione CEDU dei diritti e l'ordinamento italiano.

Una volta individuato quale sia il riconoscimento accordato al principio di retroattività della legge penale più favorevole da parte della CEDU, è necessario affrontare un'ulteriore questione, cioè quella relativa ai rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. In particolare, si tratta di capire in che modo la Convenzione possa influenzare lo statuto costituzionale del diritto all'applicazione retroattiva della legge più favorevole e la sua tutela giurisdizionale. A tal fine, si ritiene opportuno richiamare, sia pur sommariamente, le ormai note sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007, in cui vengono chiariti i rapporti tra il sistema di protezione CEDU dei diritti e l'ordinamento italiano. Successivamente si impone di verificare se con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, in particolare dell'art. 6 NTUE, secondo cui "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati", il quadro delineato dalla giurisprudenza costituzionale possa

²⁴⁶ CorteEDU, 18 dicembre 1986, *Johnston et al. c. Irlanda*, Serie A, n. 112, § 53.

ritenersi ancora valido o sia, invece, intervenuta una “comunitarizzazione” delle norme CEDU.

4.3.1. Ruolo della Convenzione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Prima di procedere alla trattazione delle sentenze n. 348 e 349 del 2007, con le quali la Corte costituzionale ha finalmente chiarito il rapporto tra CEDU e ordinamento italiano alla luce del nuovo art. 117, comma 1 Cost., riteniamo opportuno delineare per sommi capi il panorama giurisprudenziale nel quale tali pronunce si inseriscono.

La Corte costituzionale, fin dagli anni Sessanta, aveva affermato in linea generale che le norme internazionali pattizie sono escluse dall’ambito di operatività dell’art. 10, comma 1, Cost.²⁴⁷. Secondo la Corte, quando l’esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, i trattati internazionali acquistano la forza ed il rango della legge ordinaria, che può essere abrogata o modificata da una legge successiva²⁴⁸. L’affermazione, ripetuta con riferimento a diversi trattati internazionali, è stata anche espressamente riferita alla Convenzione²⁴⁹, nonostante questa sul piano dei contenuti abbia sicuramente natura costituzionale²⁵⁰. Questa impostazione portava evidentemente a minimizzare la portata della CEDU all’interno del nostro ordinamento²⁵¹.

Con il passare del tempo, tuttavia, è emersa una diffusa consapevolezza della particolarità della CEDU rispetto a un normale trattato internazionale. Essa, infatti, garantisce diritti che in buona parte già trovano riconoscimento e tutela nella Costituzione. In un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 10 del 1993²⁵², rimasto peraltro isolato anche se non contraddetto, la Corte ha dunque mutato orientamento. Le norme della CEDU sono state definite come norme derivanti da una fonte riconducibile

²⁴⁷ Tra le altre, cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 1960, in *Foro it.*, 1960, I, 1446; sent. n. 104 del 1969, *ivi*, 1969, I, 2084; sent. n. 48 del 1979, *ivi*, 1979, I, 1644. Si veda, a tal proposito, TEGA D., *La Cedu e l’ordinamento italiano*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 74 ss.

²⁴⁸ Corte cost., sent. n. 323 del 1989, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Trasporto marittimo*, n. 40.

²⁴⁹ Corte cost., sent. n. 15 del 1982, in *Foro it.*, 1982, I, 2132; sent. n. 153 del 1987, *ivi*, 1987, I, 1965.

²⁵⁰ Cfr., ZAGREBELSKY V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell’uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, 358.

²⁵¹ Sul punto, cfr., DONATI F., *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it.

²⁵² In *Foro it.*, 1993, I, 1374.

ad una competenza atipica, e come tale non abrogabile o modificabile da disposizioni di legge ordinaria.

In via generale, comunque, la Corte costituzionale, fino alle sentenze del 2007, non si è mai occupata con la dovuta attenzione della particolarità del sistema CEDU, limitandosi a fornire al più delle risposte “superficiali” e comunque non in grado di fotografare la compiuta “internazionalizzazione del diritto interno”²⁵³.

In questo quadro di incertezza si è sviluppato un orientamento dei giudici comuni indirizzato ad affermare la diretta applicabilità della CEDU²⁵⁴, nell’interpretazione ad essa fornita dalla Corte di Strasburgo²⁵⁵, e la disapplicazione, senza necessità di una previa sentenza della Corte costituzionale, delle leggi anteriori o successive con essa contrastanti²⁵⁶. Secondo un primo filone giurisprudenziale, la non applicazione della legge interna contrastante alla CEDU troverebbe fondamento nella “specialità” della legge di esecuzione della Convenzione, riconosciuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10 del 1993²⁵⁷. Altre pronunce hanno invece assimilato la CEDU al diritto comunitario, sul rilievo che i diritti da essa garantiti sono stati riconosciuti come principi generali dell’ordinamento comunitario²⁵⁸. Di fronte a questi pericolosi fenomeni di “controllo diffuso di convenzionalità” da parte dei giudici comuni, la Corte costituzionale si è resa conto di non poter tardare ulteriormente un proprio intervento in punto di rapporti tra CEDU e ordinamento comunitario.

²⁵³ Si veda a tal proposito, COLELLA A., *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell’integrazione della CEDU nell’ordinamento italiano*, in www.forumcostituzionale.it, 56; ZAGREBELSKY V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell’uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, cit., 362.

²⁵⁴ Cass. pen. SS.UU., 23 novembre 1988 (dep. 8 maggio 1989), n. 15, *Polo Castro*, in *Cass. Pen.*, 1989, 1418. La sentenza rappresenta la prima “pietra miliare” nella giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla diretta applicabilità delle norme della Convenzione. Nel solco di questa pronuncia si innesta Cass. pen. sez. I, 12 maggio 1993, n. 2194, *Medrano*, in *Cass. Pen.*, 1994, 439. Si veda, ampiamente, COLELLA A., *Verso un diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 24.

²⁵⁵ La Suprema Corte, dopo una serie di incertezze iniziali, ha riconosciuto che le norme CEDU vanno applicate nell’interpretazione ad esse fornita dalla CorteEDU. Cfr., Cass., sentenze nn. 1338, 1339, 1340 e 1341 del 2004, in *Giur. it.*, 2004, 944 ss.

²⁵⁶ Sulla disapplicazione delle norme interne in contrasto con la CEDU da parte dei giudici comuni, si veda, GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la Convenzione alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2003, 25 ss.; ID., *La Convenzione e l’ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2006, 498 ss..

²⁵⁷ Cfr., fra le altre, Cass. pen. sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800, *Dorigo*. Per un commento, v. GUAZZAROTTI A., *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁵⁸ Cfr. tra le altre, Cass. pen., sez. I, 12 gennaio 1993, *Medrano*, cit.; Trib. Genova, sentenza 4 giugno 2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2653 ss.; Corte d’Appello di Roma, sez. lavoro, 11 aprile 2002, in *Giur. Cost.*, 2002, 2221 ss.

L'occasione si è presentata con le c.d. "sentenze gemelle"²⁵⁹ n. 348 e 349 del 2007²⁶⁰, attraverso le quali la Corte ha confermato l'apertura della nostra Costituzione verso l'insieme di regole, esterne all'ordinamento giuridico nazionale, che realizzano una dimensione ulteriore di legalità e soprattutto di tutela dei diritti dei singoli²⁶¹. Le questioni sottoposte alla Corte avevano ad oggetto la disciplina italiana in materia di "accessione invertita" e di indennità di esproprio, che era stata dichiarata dal giudice di Strasburgo incompatibile con l'art. 6 CEDU e con l'art. 1 del suo Protocollo addizionale n. 1²⁶². Tale disciplina era stata in precedenza "salvata" dalla Corte costituzionale, che l'aveva ritenuta conforme ai principi in materia di proprietà e indennizzo sanciti dall'art. 42 Cost. Questa volta, tuttavia, i giudici *a quibus* avevano impugnato la stessa disciplina con riferimento ad un diverso parametro, ossia l'art. 117, comma 1, Cost., integrato, quali norme interposte, dall'art. 6 CEDU e dall'art. 1 del suo primo Protocollo addizionale²⁶³. In effetti, la dottrina prevalente aveva segnalato che il nuovo art. 117, comma 1, Cost., imponendo al legislatore di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, deve essere interpretato come fonte di una "copertura costituzionale" per tutti i trattati internazionali, e quindi anche per la CEDU²⁶⁴. Poiché la Corte di Strasburgo aveva rilevato chiaramente il

²⁵⁹ CARTABIA M., *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.* 2008, 3564.

²⁶⁰ Per alcuni dei numerosi commenti: ANGELINI F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 487 ss.; BULTRINI A., *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. pub. comp. europ.*, 2008, 171 ss.; CONFORTI B., *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. It.*, 2008, 569 ss.; DE SIERVO U., *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Relazione tenuta all'incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e il Tribunale costituzionale federale tedesco, Karlsruhe, 20 novembre 2009, in www.cortecostituzionale.it; ONIDA V., *La Costituzione ieri ed oggi*, Bologna, 2008, 33 ss.; RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it; TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2008, 133 ss.; ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, cit.

²⁶¹ Così, TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 2, 2009, 195.

²⁶² CorteEDU, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, (ricorso n. 36813/97), in <http://www.echr.coe.int>

²⁶³ La sent. n. 348 trae origine dalle ordinanze della Corte di Cassazione del 29 maggio e del 19 ottobre 2006; la sent. n. 349 trae origine dalle ordinanze della Corte di Cassazione del 20 maggio 2006 e della Corte d'Appello di Palermo del 29 giugno 2006. Tutti i rinvii sottopongono alla Corte la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 bis del decreto legge n. 333 del 1992, convertito con modificazioni nella legge n. 359 del 1992.

²⁶⁴ Cfr., tra gli altri, D'ATENA A., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in MANCINI S. (a cura di), *Il nuovo titolo V della Parte II della Costituzione*, Milano, 2002, 133 ss.; CASSESE A., *Diritto internazionale*, Bologna, 2003, 278.

contrasto della disciplina impugnata con la Convenzione, argomentavano i giudici *a quibus* che da ciò discendeva una indiretta violazione dell'art. 117 Cost.

La Corte costituzionale individua, innanzitutto, quali norme della Costituzione possano fornire indicazioni circa il valore della Convenzione nell'ordinamento italiano. Dopo aver escluso la rilevanza dell'art. 10 Cost., riferibile solamente al diritto internazionale consuetudinario e ai principi generali dell'ordinamento internazionale, esclude altresì la rilevanza dell'art. 11 Cost.. In particolare, la Corte evidenzia le profonde differenze tra la CEDU e l'ordinamento comunitario, dal momento che la Convenzione non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme giuridiche direttamente applicabili negli Stati contraenti²⁶⁵. Non è dunque ipotizzabile una “cessione di sovranità” nel campo dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU²⁶⁶. Il problema del valore delle norme CEDU nell'ordinamento italiano viene allora riproposto sulla base delle tradizionali considerazioni applicabili a qualunque trattato internazionale. La Corte osserva che la CEDU, come gli altri trattati internazionali, rientra nel campo di applicazione dell'art. 117, comma 1, Cost. Tale norma, imponendo al legislatore ordinario di rispettare gli “obblighi internazionali”, implica che la norma nazionale incompatibile con la CEDU “viola per ciò stesso tale parametro costituzionale”²⁶⁷. Le norme interne di adattamento alla CEDU vantano dunque un rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria²⁶⁸, tanto da poter essere qualificate come “norme interposte”. Da questa “copertura costituzionale” discende che il giudice comune, in presenza di un contrasto tra la norma interna e una norma della Convenzione che non possa essere risolto in via interpretativa, deve sollevare la questione di costituzionalità rispetto al parametro dell'art. 117, comma 1, Cost. Viene così respinta la tesi formulata dai giudici comuni in ordine alla disapplicazione della norma interna contrastante. La Corte, ricordando altresì come le norme della CEDU vivano in relazione all'interpretazione che di esse viene data, afferma che il parametro di riferimento non è soltanto la norma della Convenzione, ma la norma così come interpretata dai giudici di Strasburgo. Precisa, infine, che le norme CEDU così intese non sono immuni da un controllo di costituzionalità da parte

²⁶⁵ Sent. n. 348 del 2007, 3.3 del considerato in diritto.

²⁶⁶ Sent. n. 349 del 2007, 6.1 del considerato in diritto.

²⁶⁷ Sent. n. 349 del 2007, 6.2 del considerato in diritto.

²⁶⁸ Sent. n. 348 del 2007, 4.5 del considerato in diritto.

della Corte, poiché collocandosi ad un livello “sub-costituzionale” devono comunque risultare conforma alla Costituzione. Pertanto, nell’ipotesi di norma interposta contraria alla Costituzione, la Corte ha il dovere di dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall’ordinamento giuridico italiano²⁶⁹. Ciò significa che le norme della CEDU, pur rappresentando un parametro aggiuntivo rispetto a quello offerto dalle corrispondenti norme costituzionali, non possono essere invocate ed applicate fuori dal quadro costituzionale complessivo. Le une e le altre si integrano infatti tra loro in un sistema unitario, nel quale si deve realizzare un ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, comma 1 Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuti in altri articoli della Costituzione²⁷⁰.

L’impostazione offerta dalla Corte nelle “sentenze” gemelle è stato successivamente confermata dalla sentenza n. 39 del 2008, nonché dalle sentenze nn. 239, 311 e 317 del 2009²⁷¹.

Si tratta ora di capire se il quadro dei rapporti CEDU – ordinamento italiano, come chiarito dalla Corte costituzionale, possa trovare applicazione anche dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Come anticipato, infatti, attraverso la previsione di cui all’art. 6.2 NTUE si è definitivamente risolta la questione, risalente nel tempo, relativa alla necessità e all’opportunità dell’adesione dell’Unione alla Convenzione²⁷². Si tratta senz’altro di una decisione storica ed il senso di questa svolta sta nella riaffermata convinzione che i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali hanno radici nel passato d’Europa e nel contempo ne definiscono il futuro.

Di fronte al mutato quadro normativo la giurisprudenza, specie quella amministrativa, e la dottrina si sono interrogate in ordine alla possibilità di riconoscere alle norme CEDU un nuovo valore, in particolare lo stesso valore delle norme comunitarie, con conseguente applicabilità diretta e obbligo per il giudice interno di disapplicare la norma interna contrastante.

²⁶⁹ Sent. n. 348 del 2007, 4.4 del considerato in diritto.

²⁷⁰ Sent. n. 348 del 2007, 4.7 del considerato in diritto.

²⁷¹ Corte cost., sent. n. 239 del 24 luglio 2009, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, 4, 1187; Corte cost., sent. n. 311 del 26 novembre 2009, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 1, 163; Corte cost., sent. n. 317 del 4 dicembre 2009, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 1, 180, con nota di ARMONE G., *La Corte costituzionale, i diritti fondamentali e la contumacia di domani*, in *Foro it.*, n. 2, 2010, 366.

²⁷² Si veda, BALLARINO T., *Diritto dell’Unione Europea*, cit., 144.

4.3.2 *Esiti del Trattato di Lisbona: “comunitarizzazione” dei vincoli convenzionali e diretta applicazione delle norme CEDU (Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1220 e Tar Lazio 18 maggio 2010, n. 11984).*

Il Consiglio di Stato²⁷³ e il Tar Lazio hanno interpretato le previsioni di cui all’art. 6 NTUE nella loro accezione più ampia, riconoscendo a pieno titolo la possibilità di applicare il diritto convenzionale “comunitarizzato” senza dover implicare l’incidente di costituzionalità. Secondo questi giudici, le norme CEDU beneficerebbero ora del medesimo statuto di garanzia delle norme comunitarie: non più, pertanto, norme internazionali idonee a fungere da parametro interposto nel giudizio di costituzionalità per il tramite dell’art. 117, comma 1, Cost., bensì norme “comunitarizzate”.

In particolare, il Consiglio di Stato, chiamato a decidere su una complessa vicenda originata da una occupazione *sine titulo*, ha ritenuto di dover fare applicazione dei “principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall’articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell’art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)”²⁷⁴. Si tratta di poche parole, per di più tra parentesi, quasi a segnare l’ovvietà del percorso argomentativo²⁷⁵.

Quanto di inespesso vi è in questa pronuncia, viene chiarito dal Tar Lazio²⁷⁶. Il giudice amministrativo si sofferma in maniera più diffusa sul “rinnovato vigore dei principi affermati dalla CEDU, ai quali il legislatore del T.U.E. ha dichiaratamente

²⁷³ Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in *Guida al dir.*, n.14, 2010, 88 ss., con nota di COLAVITTI G.-PAGOTTO C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?*. Per un commento vedi anche CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in www.giustamm.it; SCHILLACI A., *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, in www.diritticomparati.it.

Tar Lazio, sez. II, 18 maggio 2010, n. 11984, in *Riv. giur. edilizia*, n. 4, 2010, 1259. Per un commento ad entrambe le sentenze, cfr., D’ANGELO L., “Comunitarizzazione” dei vincoli CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una *expressio causae*, in www.forumcostituzionale.it; REPETTO G., *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un’efficacia diretta e prevalente nell’ordinamento interno? Consiglio di Stato e Tar Lazio alla ricerca di nuove (e discutibili) soluzioni*, in diritti-cedu.unipg.it.

²⁷⁴ Sent. n. 1220 del 2010, punto 5 del considerato in diritto.

²⁷⁵ In questo senso SCHILLACI A., *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, cit.

²⁷⁶ Il Tar Lazio era chiamato a pronunciarsi sull’applicabilità dell’art. 43 del T.U. sulle espropriazioni (anch’esso concernente le occupazioni *sine titulo*) ad una controversia insorta prima della sua entrata in vigore.

aderito e che oggi non possono non guidare l'interprete nell'applicazione dello stesso testo normativo". Il TAR sostiene che la questione dei rapporti tra CEDU e ordinamento italiano, così come risolta dalla Corte costituzionale, appare destinata a nuovi e ancor più incisivi sviluppi a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Quest'ultimo, all'art. 6 NTUE, sia nella parte in cui prevede che "l'Unione aderisce alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" (comma 2), sia nella parte in cui sancisce che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione ... e risultanti dalla tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (comma 3), avrebbe determinato "conseguenze di assoluto rilievo in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno".

E' di tutta evidenza la carica innovativa del ragionamento seguito dal giudice, che esprime chiaramente il malessere diffuso dei giudici comuni nei confronti del modello ricostruttivo tracciato dalla Corte costituzionale²⁷⁷.

Riteniamo, tuttavia, che proprio questa insofferenza abbia spinto la giurisprudenza amministrativa a conclusioni che non tengono conto dell'effettivo ruolo che la Convenzione oggi riveste nell'ambito del sistema europeo. A tal proposito, condividiamo le critiche che autorevole dottrina ha mosso alle sentenze appena esaminate, di cui appresso.

²⁷⁷ Così, REPETTO G., *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta e prevalente nell'ordinamento interno?*, cit.; SCHILLACI A., *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, cit.

4.3.3. Criticità.

Sulla ricostruzione dei rapporti CEDU – ordinamento italiano operata dalla giurisprudenza amministrativa a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona autorevole dottrina²⁷⁸ ha osservato, in primo luogo, come sia stato sopravvalutato il riferimento al comma secondo dell'art. 6, dal momento che da esso può pacificamente dedursi solamente la rimozione degli ostacoli che, in precedenza, erano stati frapposti all'adesione dell'UE alla CEDU²⁷⁹, e non certo la realizzazione dell'adesione, la quale deve ancora avvenire²⁸⁰. Giova chiarire, peraltro, che se la versione italiana può indurre taluni dubbi nell'interprete, la versione inglese e quella spagnola coniugano il verbo al futuro (*shall accede, se adherirá*), non lasciando margini interpretativi in ordine alla necessità di un trattato di adesione per l'incorporazione della CEDU nel diritto comunitario²⁸¹.

In secondo luogo, anche una volta intervenuta l'adesione, non è affatto scontato che questa comporterà l'equiparazione della CEDU al diritto dell'Unione europea²⁸². Non sembra, infatti, che il comma terzo dell'art. 6 NTUE (secondo il quale "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione ... fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali") sia un'effettiva innovazione rispetto al vecchio

²⁷⁸ BRONZINI G., *Tar Lazio e disapplicazione di una normativa interna in contrasto con la CEDU*, in www.diritticomparati.it; CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, cit.; D'ANGELO L., "Comunitarizzazione" dei vincoli CEDU in virtù del Trattato di Lisbona?, cit.; SCHILLACI A., *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, cit.; REPETTO G., *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta e prevalente nell'ordinamento interno?*, cit.

²⁷⁹ Verso la metà degli anni Novanta la Commissione europea, conformemente al disposto dell'art. 300 TCE, chiese alla Corte di Giustizia un parere riguardante la compatibilità con i Trattati istitutivi di un'eventuale adesione della Comunità europea alla Convenzione. La Corte, in data 28 marzo 1996 (parere 2/94), diede parere negativo. L'adesione alla CEDU, infatti, avrebbe determinato una modifica sostanziale del regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo che per poter essere attuata avrebbe richiesto una revisione del Trattato. Il trattato CE non prevedeva, infatti, alcuna competenza delle istituzioni comunitarie di emanare norme o concludere accordi internazionali in materia di diritti dell'uomo. L'art. 6.2 pone dunque quella base giuridica in assenza della quale l'adesione era stata considerata dalla Corte incompatibile con i Trattati.

²⁸⁰ Le discussioni ufficiali sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU sono iniziate il 7 luglio 2010 con la riunione a Strasburgo del segretario generale del Consiglio d'Europa e del vicepresidente della Commissione europea. L'accordo di adesione dovrà essere elaborato da negoziatori della Commissione ed esperti del Comitato direttivo per i Diritti dell'Uomo del Consiglio d'Europa. Al termine del processo, l'accordo di adesione sarà adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e, all'unanimità, dal Consiglio dell'UE. Anche il Parlamento europeo, che deve essere pienamente informato di ciascuna delle fasi dei negoziati, dovrà dare il proprio consenso. Una volta concluso, l'accordo dovrà essere ratificato da tutte le 47 parti contraenti della CEDU, comprese quelle che sono anche Stati membri dell'UE.

²⁸¹ Cfr., SCHILLACI A., *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, cit.

²⁸² Cfr., BRONZINI G., *Tar Lazio e disapplicazione di una normativa interna in contrasto con la CEDU*, cit.

testo dell'art. 6 TUE (secondo il quale "l'Unione *rispetta* i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione... in quanto principi generali del diritto comunitario"). Ora come allora, si può parlare di una comunitarizzazione della CEDU solo per i principi (in pratica per quelli accolti espressamente dalla Corte di giustizia, al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri), e comunque solamente in relazione all'applicazione e/o interpretazione delle pertinenti norme di diritto comunitario²⁸³. Nulla fa dunque ritenere che la CEDU possa essere attratta *in toto* all'interno del diritto dell'Unione europea.

La menzionata dottrina ritiene, peraltro, che qualora il legislatore comunitario avesse inteso effettivamente attribuire alla CEDU il medesimo valore del diritto dell'Unione europea, avrebbe utilizzato una formula simile a quella impiegata per la Carta dei diritti fondamentali, equiparata, nel suo valore giuridico, ai Trattati²⁸⁴.

Un ultimo argomento contrario alla tesi dell'avvenuta comunitarizzazione della CEDU è dato da una pronuncia della Corte costituzionale intervenuta successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si tratta della sentenza n. 93 del 2010, nella quale la Corte ha ribadito il quadro dei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano quale delineato nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007²⁸⁵, di cui abbiamo già trattato²⁸⁶. Secondo la Corte, dunque, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non ha determinato la diretta applicabilità della CEDU nel nostro ordinamento, né ha introdotto la possibilità per il giudice nazionale di disapplicare le norme interne ad essa contrastanti. La CEDU continua così a rientrare, come gli altri trattati internazionali, nel campo di applicazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

²⁸³ In questo senso, REPETTO G., *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta e prevalente nell'ordinamento interno?*, cit.

²⁸⁴ Si veda a tal proposito, CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, cit.; D'ANGELO L., "Comunitarizzazione" dei vincoli CEDU in virtù del Trattato di Lisbona?, cit.

²⁸⁵ Corte cost., sent. n. 93 del 2010, in *Cass. pen.*, n. 7-8, 2010, 2640. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 117, comma 1 Cost., integrato dall'art. 6.1 CEDU, dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica.

²⁸⁶ V., cap. I, § 4.4.1.

Alla luce di quanto fin qui osservato, non possiamo dunque ritenere che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona abbia determinato una generale "comunitarizzazione" di tutte le norme CEDU.

Si impongono tuttavia delle considerazioni per quanto riguarda l'art. 7.1 CEDU, nell'interpretazione ultima fornita dalla CorteEDU, comprensiva anche del principio di retroattività della legge penale più favorevole.

Innanzitutto il principio in questione, come abbiamo avuto modo di verificare, è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia quale principio generale di diritto comunitario ricavabile dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri²⁸⁷. Ciò significa che la norma della CEDU, in quanto principio generale del diritto comunitario, è direttamente applicabile in ambito nazionale anche da parte dell'autorità giudiziaria penale nazionale, sempre che si tratti di materia riguardata dal diritto dell'Unione europea²⁸⁸. Questa considerazione, peraltro, valeva anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

La novità introdotta dal Trattato di Lisbona riguarda piuttosto la possibilità che la Carta dei diritti fondamentali si riveli quale veicolo di ingresso della CEDU nel nostro ordinamento come fonte di immediata applicabilità. Già abbiamo trattato della copertura costituzionale della Carta alla stregua dei trattati, della sua efficacia diretta e del potere di disapplicazione dei giudici nazionali di una norma interna con essa contrastante²⁸⁹. Ora è importante aggiungere la considerazione che l'art. 52.3 della Carta prevede che "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". Ebbene, la CorteEDU nel caso *Scoppola* ha esteso il contenuto dell'art. 7.1 CEDU ricomprendendovi anche il principio della *lex mitior*. A seguito di questa interpretazione, l'art. 49.1 della Carta ha assunto un contenuto corrispondente a quello dell'art. 7.1 CEDU. Tale ultima disposizione, dunque, sebbene di per sé non abbia valore di norma comunitaria, assume rilevanza primaria attraverso

²⁸⁷ V., cap. I, § 2.1.2.

²⁸⁸ Cfr., RIONDATO S., *Profili processual-penalistici di influenza del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 1124.

²⁸⁹ V., cap. I, § 3.1.

l'art. 49.1 della Carta, che contiene un diritto corrispondente e che in forza dell'art. 6.1 NTUE è fonte di rango primario. Anche in questo caso, comunque, la possibilità di riconoscere all'art. 7.1 CEDU il valore di norma comunitaria è limitata all'esistenza di rapporti regolati dal diritto dell'Unione. Se, pertanto, il giudice nazionale si trovasse a dover giudicare in una materia priva di collegamenti con il diritto dell'Unione, non potrebbe disapplicare un' eventuale norma interna contrastante con l'art. 7.1 CEDU, ma dovrebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale, richiamando quale parametro l'art. 117, comma 1 Cost., all'uopo integrato dall'art. 7.1 CEDU.

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE FAVOREVOLE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO FINO AL 2009.

1. *Il riconoscimento del favor nell'ordinamento italiano.*

L'efficacia della legge penale nel tempo è disciplinata, a livello costituzionale dall'art. 25, comma 2, Cost., il quale sancisce il divieto di retroattività della legge penale che incrimina un comportamento o aggrava le conseguenze per un comportamento già penalmente rilevante²⁹⁰. Tale divieto viene ribadito anche a livello di legge ordinaria, dall'art. 2, comma 1, c.p., secondo cui “Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato”.

Al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, elevato a rango costituzionale, l'art. 2 c.p. affianca la diversa regola della retroattività delle legge penale sopravvenuta che sia favorevole al reo²⁹¹. Il secondo, terzo e quarto comma dell'art. 2 c.p. disciplinano tre situazioni in cui opera il principio della retroattività favorevole²⁹². L'art. 2, comma 2 c.p., stabilisce che “nessuno può essere punito per un fatto che secondo una legge posteriore, non costituisce reato: e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”. Si tratta del fenomeno della c.d. *abolitio criminis*, il quale travolge anche il giudicato²⁹³.

²⁹⁰ Si veda, PITTARO P., *Sub art. 25 Cost.*, in BARTOLE S. – BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 262 ss.

²⁹¹ Cfr., ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Pt. g.*, Milano, 2003, 54 ss.; CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 167; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Pt.g.*, VI ed., Bologna, 2009, 74; GALLO E., *Appunti di diritto penale, I, La legge penale*, Torino, 1999, 112; LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 10 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Pt. g.*, Padova, VI ed., 2009, 81; RIZ R., *Lineamenti di diritto penale, Pt. g.*, V ed., Padova, 2006, 45 ss.; SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina delle successioni di legge*, Milano, 1987, 95 ss.; VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, vol. I, Padova, 1999, 303;

²⁹² Per un approfondimento sulla disciplina del principio di retroattività favorevole nell'ambito dell'ordinamento italiano, cfr., AMBROSETTI E.M., *La legge penale nel tempo*, cit., 282 ss.; DEL CORSO S., *Successione di leggi penali*, cit., 82 ss.; MAGGIORE G., *Successione di leggi penali*, in *N.D.I.*, vol. XII, Torino, 1940, 978 ss.; PODO C., *Successione di leggi penali*, in *N.N.D.I.*, App., vol. VII, Torino, 1987, 611 ss.; ROMANO M., *Sub art. 2*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, 51 ss. V., anche, ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, 76 ss.

²⁹³ In dottrina si è posto il problema della c.d. legge intermedia, ossia di quel fenomeno per cui successivamente ad una legge che disponga un'*abolitio criminis*, ne venga approvata un'altra che considera nuovamente quella stessa condotta quale illecito penale. La questione sorge evidentemente in

Un'efficacia sul passato viene poi attribuita alle leggi entrate in vigore dopo la commissione del reato, che ne abbiano in qualche modo modificato la disciplina in senso favorevole al reo: si prevede, per queste ipotesi, che “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”²⁹⁴. Questa norma, originariamente contenuta nel terzo comma dell'art. 2 c.p., si ritrova oggi nel successivo quarto comma, in conseguenza della recente introduzione di una nuova disposizione, secondo cui “Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135”²⁹⁵.

La regola della retroattività della legge penale favorevole subisce una deroga per le leggi temporanee e quelle eccezionali, sancita dall'art. 2, comma 5 c.p.²⁹⁶ Per esse vale il principio della “incondizionata applicazione della legge del tempo in cui il fatto è stato commesso”²⁹⁷. La *ratio* è quella di evitare che un successivo regime più mite svuoti di forza intimidatrice le leggi eccezionali e temporanee nell'ultimo periodo del loro vigore: prevalgono esigenze di prevenzione generale²⁹⁸.

ordine ai fatti ancora *sub iudice*. Al riguardo, si ritiene che per ragioni di eguaglianza sostanziale anche in tal caso il giudice debba applicare l'art. 2, comma 2, c.p. Per un approfondimento, si veda CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Pt. g.*, Padova, 2005, 78; PECORELLA C., *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, cit., 611 ss.; ID., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, 68 ss.;

²⁹⁴ Sulla distinzione tra il fenomeno della modificazione della disciplina e quello della *abolitio criminis*, si veda, AMBROSETTI E.M., *Abolito criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004; ID., *La successione di leggi penali nell'ipotesi di modifiche mediate della fattispecie: la discutibile adozione da parte delle Sezioni Unite del c.d. criterio strutturale*, in VINCIGUERRA S.-DASSANO F., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli-Roma, 2010; PULITANO V., *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1270 ss.; ROMANO M., *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1248 ss.

²⁹⁵ La riforma legislativa è intervenuta con legge n. 85 del 24 febbraio 2006. Il rinvio all'art. 135 c.p., che indica il criterio per il ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive, consente un'operatività pressoché automatica della conversione della pena detentiva inflitta in pena pecuniaria.

²⁹⁶ Un'analogia disciplina era prevista per le leggi finanziarie dall'art. 20 della legge 4 del 7 gennaio 1929, secondo cui “le disposizioni penali delle leggi finanziarie e quelle che prevedono ogni altra violazione di dette leggi si applicano ai fatti commessi quando tali disposizioni entrano in vigore, ancorché le disposizioni medesime siano abrogate o modificate al tempo della loro applicazione”. Alle critiche da più parti sollevate nei confronti di questa previsione, che non consentiva l'applicazione retroattiva dei mutamenti legislativi favorevoli, e alle interpretazioni restrittive alle quali conseguentemente si cercava di pervenire, ha posto infine riparo il legislatore con il d.lgs. 507 del 1999. L'abrogazione dell'art. 20 della legge 4/1929 ha determinato l'assoggettamento delle leggi finanziarie alla disciplina generale dell'art. 2 c.p.

²⁹⁷ Cfr., MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Pt. g.*, III ed., Milano, 2009, 60.

²⁹⁸ In questo senso, VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, cit., 353. In termini analoghi, cfr., *Relazione sul libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V,

Un ulteriore limite alla retroattività *in bonam partem* della legge penale favorevole è derivato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 2 c.p., il quale estendeva questa regola alle norme contenute in decreti legge decaduti o sopprese in sede di conversione del decreto con emendamenti²⁹⁹. Dato che ai sensi dell'art. 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.

La stessa soluzione opera, del resto, nel caso in cui una norma favorevole sopravvenuta sia stata eliminata dall'ordinamento perché in contrasto con il dettato costituzionale: in base all'art. 136 Cost., la norma dichiarata incostituzionale “cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”. Anche in questa ipotesi non sarà più possibile applicare quella norma retroattivamente, a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, perché, in conseguenza della sua accertata illegittimità costituzionale, essa dovrà considerarsi come mai esistita³⁰⁰.

Le ragioni che impongono l'osservanza del principio di retroattività favorevole sono ben radicate nella cultura giuridica italiana. A proposito della regola della retroattività *in bonam partem* sancita nel codice penale sardo³⁰¹, si affermava che “punire l'azione, che più maturato e saggio giudizio del legislatore ha riconosciuta lecita sol perché commessa precedentemente, sarebbe una mostruosità giudiziaria (...) una manifesta ingiustizia”, così come “sarebbe ingiusto negare efficacia a questa rettificazione (...) sopra i fatti precedentemente consumati” e si precisava poi che “non

Parte I, Roma, 1929, 23, ove si precisa anche che, benché una norma analoga non fosse contenuta nel codice Zanardelli, alla stessa soluzione, della irretroattività della legge (ordinaria) successiva e più favorevole al reo, era costantemente pervenuta la giurisprudenza, in numerose decisioni conseguenti alla abrogazione della legislazione bellica, “per modo di costituire quasi un *ius receptum* in questa materia”.

²⁹⁹ Corte cost., sent. n. 51 del 19 febbraio 1985.

³⁰⁰ Sul tema, diffusamente, PARODI GIUSINO M., *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 915 ss.

³⁰¹ Art. 3 del Codice penale sardo del 1859. Ancor prima, il codice penale del regno delle Due Sicilie del 1819 prevedeva all'art. 60 che “Niun reato può essere punito con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso. Nondimeno se la pena stabilita nel tempo del giudizio, e quella che era fissata nel tempo del reato, fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la più mite”, e l'art. 91 dello stesso codice aggiungeva che “Qualunque disposizione sovrana che cancella un'azione dalla classe de' reati, e ne abolisce per regola generale la pena, toglie di dritto tutti gli effetti del procedimento, e della condanna: e chi n'è favorito, benché in seguito commetta un reato, non sarà riputato né recidivo né reiteratore”; si veda, a tal proposito, MUSCO M., *La riformulazione dei reati*, Milano, 2000, 5.

è questo un dettato di umanità, ma di ragione e di giustizia”³⁰². Con particolare riferimento al codice penale toscano, si aggiungevano inoltre considerazioni sull’inutilità pratica di infliggere pene per fatti non costituenti più reato o pene più severe di quelle successivamente ritenute sufficienti dal legislatore, “che suppor si debbe istruito sui bisogni della conservazione della sicurezza sociale”³⁰³. Ancora, con riferimento all’ipotesi dell’*abolitio criminis*, si affermava che “collo scriminare un fatto prima punibile si riconosce come (...) lo Stato non abbia al presente alcun interesse a cercar di distogliere i cittadini dal compierlo, sicché non v’è alcuna ragione a perseverare nell’applicazione di quelle pene, che tendevano appunto a questa meta”³⁰⁴.

Nonostante la consapevolezza dell’importanza dell’esigenza di non punire fatti che dopo essere stati commessi abbiano cessato di costituire reato, questa esigenza non è stata, tuttavia, trasfusa in un principio costituzionale.

Del *favor* in questione, infatti, non vi è traccia nella Costituzione, ancorché la possibilità di una sua espressa previsione sia stata considerata dall’Assemblea Costituente. All’interno del testo contenente il principio di irretroattività, l’art. 20, comma 2 del progetto di Costituzione stabiliva che “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”. Quest’ultima parte della disposizione è stata oggetto di un emendamento soppressivo determinato dall’ampiezza controversa 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.³⁰⁵.

³⁰² Così, COSENTINO V., *Il Codice penale del 20 novembre 1859*, IV ed., Napoli, 1879, 29. In termini analoghi, PAOLI B., *Storia scientifica del decennio di preparazione del primo libro del codice penale italiano*, Firenze, 1880, 32. Con “considerazioni di opportunità e di umanità” viene invece giustificata quella regola da MAGGIORE G., *Successione di leggi penali*, cit., 980.

³⁰³ Così, *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, vol. I, Pistoia, 1855, 9.

³⁰⁴ Cfr., CIVOLI C., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, 65 ss. Nel senso che “non si punisce se non per una necessità riconosciuta dallo Stato; e si verrebbe quindi ad infliggere un male inutile, e perciò ingiusto, ove qualcuno dovesse essere punito per un fatto che lo Stato avesse riconosciuto di non dover essere oggetto di un divieto penale”, IMPALLOMENI G.B., *Istituzioni di diritto penale*, III ed., Torino, 1921, 188 ss.

³⁰⁵ Cfr., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. I, Camera dei deputati, Roma, 1971, 896 ss. Nella seduta antimeridiana del 15 aprile 1947, l’Assemblea Costituente approvò un emendamento presentato dagli onorevoli Leone, Bettiol ed altri, il quale faceva venir meno il riferimento alla retroattività della legge più favorevole, e conferiva alla disposizione una formulazione pressoché identica a quella definitiva di cui all’art. 25, comma 2, Cost. I lavori preparatori danno atto di come tale emendamento sia la conseguenza della contemporanea presentazione di più

Si è, tuttavia, posto il problema, in dottrina così come in giurisprudenza, se, ed eventualmente in che misura, anche al principio di retroattività favorevole possa essere riconosciuto un rango costituzionale.

2. *L'elaborazione della dottrina italiana.*

Il valore costituzionale del principio di retroattività della legge penale favorevole non è del tutto pacifico nell'ambito della dottrina.

La diversità di opinioni è essenzialmente riconducibile alla diversa considerazione del fondamento del principio di irretroattività³⁰⁶. Certamente non è mancato chi ha ricondotto il divieto di retroattività alle funzioni della pena³⁰⁷, o al principio di colpevolezza³⁰⁸, o ancora a ragioni di umanità³⁰⁹. Tradizionalmente, tuttavia, per giustificare il divieto di retroattività della legge penale incriminatrice si è fatto riferimento alle fondamentali esigenze di garanzia e certezza del cittadino nei confronti del potere statale³¹⁰. La lettura in un senso o nell'altro del principio in questione ha assunto particolare importanza al fine di stabilire se esso osti o meno

emendamenti che intendevano risolvere in modo divergente gli uni dagli altri il problema della successione di leggi penali nel caso di leggi eccezionali e temporanee. L'emendamento Leone, Bettiol ed altri, preso atto del mancato accordo, era volto a semplificare il testo della norma costituzionale, escludendo l'espreso rilievo della retroattività favorevole. Nell'illustrare l'emendamento soppressivo, l'on. Leone affermava che "per quanto attiene il problema della legge più favorevole, io penso che non sia questa la sede per risolverlo, sia perché questo è un problema di dettaglio, sul quale il legislatore futuro potrebbe anche essere di diverso avviso, senza con questo mancare alla nostra tradizione; sia perché, secondo me, se fosse risolto dovremmo occuparci di una serie di problemi (come quello della successione delle leggi penali eccezionali e temporanee) estranei all'economia di una Carta costituzionale".

³⁰⁶ In questo senso, CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 173.

³⁰⁷ Il principio è stato ricollegato ora alla prevenzione generale, ora alla prevenzione speciale o alla retribuzione sul rilievo che la pena non potrebbe assolvere tale funzioni se il soggetto non avesse la possibilità di conoscere previamente la legge. Per un approfondimento, si veda CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 172.

³⁰⁸ Sotto questo profilo, si è rilevato come la regola del *nulla poena sine culpa* esigerebbe che, al momento della libera scelta da parte di un soggetto di commettere un fatto rimproverabile, sia già vigente nel sistema giuridico-positivo quella particolare legge penale che dia origine a una fattispecie illecita. Al riguardo, si vedano i rilievi di SIRACUSANO P., *Successione di leggi penali*, Messina, 1988, 21.

³⁰⁹ Secondo BETTIOL G., *Diritto penale. Pt. g.*, Padova, 1982, 130, "la retroattività delle leggi penali più benigne si spiega solo in base a ragioni sentimentali".

³¹⁰ Nell'ambito della copiosa bibliografia in materia, si vedano, per tutti, BRICOLA F., *Art. 25, 2° e 3° comma. Cost.*, in A.A.V.V., *Commentario della Costituzione* a cura di BRANCA G., Bologna-Roma, 1981, 232 ss; CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Pt. g.*, II ed. Padova, 2005, 7 ss.; GALLO M., *Appunti di diritto penale*, cit. 115; SEVERINO P., *Successione di leggi penali nel tempo*, cit., 3.

all'applicazione retroattiva di norme più favorevoli³¹¹. Laddove, infatti, si è enfatizzata la *ratio* di garanzia del divieto di retroattività, al punto da farlo discendere dal superiore principio del *favor libertatis*, si è giunti a ritenere addirittura costituzionalizzato *ex art. 25, comma 2 Cost.*, il principio di retroattività favorevole. Se, al contrario, si fosse valorizzata la sola dimensione della certezza del diritto, si sarebbe perfino ritenuto incostituzionale il principio in questione. Esso, infatti renderebbe più incerta la legge, poiché il soggetto non potrebbe sapere se alla condotta che intende tenere, e che è illecita in quel momento, verrà applicata la legge così come essa è vigente in quel momento³¹². La dottrina maggioritaria, ha tuttavia rifiutato una lettura così rigida della dimensione della certezza del diritto, ritenendo che quest'ultima debba essere letta sullo sfondo della garanzia del cittadino dagli arbitri del potere statale. Essa ha così rinvenuto il fondamento della rilevanza costituzionale del principio di retroattività della legge più mite nel principio di eguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.).

Nelle pagine seguenti avremo modo di approfondire le ragioni che hanno determinato il sorgere di questo filone di pensiero. Prima, tuttavia, riteniamo di dover soffermarci con più attenzione sull'orientamento dottrinale minoritario, ossia quello che, derivando il principio di irretroattività da un principio superiore - il *favor libertatis* - ritiene costituzionalizzato il principio di retroattività favorevole *ex art. 25, comma 2, Cost.*

2.1. La tesi fautrice della costituzionalizzazione del favor in base al principio di legalità (art. 25, comma 2, Cost.).

Secondo autorevole dottrina, il fondamento del divieto di irretroattività della legge penale solo apparentemente può rinvenirsi in una esigenza di certezza del diritto³¹³. Non è condiviso l'orientamento dominante secondo cui il legislatore avrebbe voluto assicurare l'applicabilità, a ogni fatto costituente reato, della norma in vigore nel tempo in cui il fatto è commesso. Del resto in tal caso risulterebbe difficile giustificare,

³¹¹ Cfr., CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 173.

³¹² Il rilievo è di CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 173.

³¹³ Il riferimento è alla tesi del PAGLIARO A., *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1973, 1063 ss.; ID., *Principi di diritto penale. Pt. g.*, VIII ed., Milano, 2003, 115.

rispetto alla norma costituzionale, le eccezioni al principio di irretroattività che sono previste dal codice penale.

Il principio in questione non è che un corollario di un principio superiore, il *favor libertatis*, il quale, in omaggio alla libertà dell'individuo, gli assicura il trattamento penale più mite tra quello stabilito dalla legge al momento della commissione del reato e i trattamenti stabiliti dalle leggi successive³¹⁴. Il legislatore, dunque, non voleva stabilire *sic et simpliciter* il principio di irretroattività della norma penale, bensì intendeva fare un'applicazione particolare del principio sovraordinato riguardante la maggiore tutela della libertà dell'individuo. Pertanto, eventuali norme contrarie al principio di irretroattività, laddove abbiano come scopo la garanzia dell'individuo, sono perfettamente costituzionali, in quanto non contrastano con la *ratio* dell'art. 25, comma 2, Cost.³¹⁵. Anzi, si deve ritenere che in forza di quest'ultima disposizione anche il principio della retroattività favorevole, benché non espressamente previsto, assuma rango costituzionale.

In particolare, a proposito della disciplina posta dall'art. 2 c.p., la dottrina in esame ritiene, con riferimento ai primi tre commi (oggi, primi quattro commi), che si tratti di disposizioni “materialmente costituzionali, in quanto concernono i diritti fondamentali del cittadino”³¹⁶. In conseguenza di tale carattere inderogabile, eventuali loro modifiche o deroghe potrebbero aversi solamente attraverso il procedimento aggravato di revisione costituzionale. Si tratta infatti di disposizioni che accolgono il principio del *favor libertatis*, secondo cui ad un soggetto è assicurato il trattamento penale più mite tra quelli stabiliti dalla legge a partire dal momento della commissione del fatto fino alla sentenza irrevocabile o, addirittura, oltre tale termine in caso di *abolitio criminis*. Nel caso di cui al primo comma, poi, tale principio si specifica in quello della irretroattività, e quindi della certezza del diritto. Diversamente, negli altri tre casi, esso comporta la retroattività della legge penale più favorevole al reo, facendo in tal modo prevalere sulla certezza del diritto l'esigenza di tutela del soggetto.

Come anticipato, un siffatto orientamento dottrinale enfatizza la dimensione della garanzia del cittadino dagli arbitri dello Stato nella repressione penale sino ad

³¹⁴ Similmente anche SINISCALCO M., *Tempus commissi delicti*, in *Studi in onore di Antolisei*, III, Milano, 1965; ID., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, cit., 99

³¹⁵ Nello stesso senso si veda anche ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 90.

³¹⁶ Cfr., PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 116.

enucleare un superiore principio del *favor libertatis*, in nome del quale ogni mutamento successivo della legge che sia favorevole al reo dovrebbe trovare applicazione anche retroattiva³¹⁷. A tale tesi si è, peraltro, obiettato che, pur essendo indiscutibile il fatto che molti istituti del diritto penale sostanziale e processuale sono ispirati al *favor libertatis*, tuttavia esso non può essere assunto a regola generale dell'intero ordinamento penale³¹⁸.

2.2. La tesi fautrice della costituzionalizzazione del favor in base al principio di eguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.).

La dottrina maggioritaria individua la *ratio* del principio di irretroattività nell'esigenza di certezza del diritto, la quale si inserisce nella più ampia dimensione di garanzia dell'individuo propria dell'intero diritto penale³¹⁹. In particolare, tale principio completa le garanzie offerte dalla riserva di legge e dalla tassatività³²⁰, tutelando la libertà dell'individuo da possibili arbitri del legislatore: se questo fosse libero di emanare norme con efficacia intimidatrice retroattiva, tradirebbe la fiducia che la collettività ripone nel fatto che i confini della libertà individuale devono essere fissati nella legge in maniera vincolante e non possono essere modificati dallo Stato a sua insaputa³²¹. Ciò che importa è che un soggetto, nel momento in cui si accinge ad agire, possa essere "certo" che l'ordinamento non lo "tratterà peggio" rispetto a come viene trattato dalla legge in vigore nel momento in cui egli commette il fatto³²². Se, dunque, il divieto di irretroattività assicura la sicurezza giuridica sotto forma di conoscibilità e

³¹⁷ Così, CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 173.

³¹⁸ In tal senso, PALAZZO F.C., *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VII, Torino, 1993, 365; VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 707. Per una completa disamina del ruolo che assume il *favor rei* quale principio generale all'interno dell'ordinamento processuale, si veda, LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, cit.; SABATINI G., *Del favor rei come principio generale del diritto*, in *Giust. pen.*, 1995, III, 1 ss.

³¹⁹ Così, CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 177.

³²⁰ In particolare, mentre la riserva di legge garantisce il cittadino dagli arbitri dell'esecutivo, il principio di tassatività lo garantisce da eventuali abusi commessi dal potere giudiziario in sede di interpretazione delle leggi. Sul punto, cfr., FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 92.

³²¹ In questo senso FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale*, cit., 92; PICOTTI L., *L'efficacia della legge penale nel tempo*, in BRICOLA F. – ZAGREBELSKY G. (diretto da), *Codice penale. Parte generale*, II ed., Torino, 1996, 89.

³²² Cfr., CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 174.

calcolabilità preventiva del rischio penale da parte dei cittadini, ne deriva coerentemente che tale divieto ha per contenuto l'eventuale efficacia retroattiva di norme penali sfavorevoli³²³.

Quid iuris per quanto riguarda la possibile efficacia retroattiva di norme favorevoli? Secondo questa dottrina, tale regola, pur non essendo imposta dall'art. 25, comma 2, Cost., non sarebbe con esso in contrasto poiché lungi dal limitare la libertà del cittadino, ne consentirebbe una riespansione.

Diverso problema è capire se sia possibile rinvenire un qualche parametro costituzionale da cui inferire il vincolo per il legislatore di prevedere la retroattività delle leggi più favorevoli. Ora, il principio riflette un generico *favor libertatis*: nel senso che il legislatore privilegia – rispetto all'esigenza di un incondizionato rigore punitivo – la prospettiva della rinuncia al trattamento penale o della sua mitigazione. Tuttavia il *favor libertatis*, come tale, non è espressamente costituzionalizzato. Il legislatore ordinario non è costituzionalmente obbligato a introdurre discipline ispirate alla regola della retroattività favorevole, ma può derogarvi in base a valutazioni rientranti nel suo razionale apprezzamento. Dalla mancata costituzionalizzazione del *favor libertatis* la dottrina non fa però derivare una assoluta mancanza di rilevanza costituzionale del principio in questione. Si rileva, infatti, che si è ormai affermato un diritto fondamentale dell'uomo “a non vedersi perseguito e punito non solo per fatti che non erano previsti come reato nell'epoca in cui furono commessi, ma neanche per fatti che dopo essere stati commessi abbiano cessato di costituire reato”³²⁴. La garanzia costituzionale del principio di retroattività della legge penale favorevole viene così rinvenuta nel principio di eguaglianza *ex* art. 3, comma 1, Cost., che vieta qualsiasi discriminazione irragionevole tra situazioni uguali³²⁵. Continuare ad applicare la legge in vigore al

³²³ Così, FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale*, cit., 94.

³²⁴ In questo senso, con particolare riferimento al caso della *abolitio criminis*, VASSALLI G., *Abolitione criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 377.

³²⁵ Tale tesi è sostenuta da BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *La questione criminale*, 1980, 240 ss.; FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale*, cit., 93; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 76; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., 88; NAPPI A., *Guida al codice penale. Pt. g.*, II ed., Milano, 2008, 115; PADOVANI T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1378; ID., *Diritto penale*, cit., 36; PALAZZO F.C., *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1993, 635; ID., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 296; ID., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 161 ss.; PICOTTI L., *L'efficacia della legge penale nel tempo*, cit., 89; PULITANÒ V., *Legalità discontinua?*, cit.

momento del commesso reato, nonostante sia intervenuta una legge che non considera più il fatto come reato o che lo assoggetta ad una disciplina più mite, contraddirebbe l'esigenza della parità di trattamento tra fatti dello stesso tipo commessi prima o dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina: si punirebbe, o si punirebbe più severamente, una persona per un fatto che chiunque altro, dopo l'entrata in vigore della nuova legge, può commettere impunemente o con conseguenze più miti.

L'individuazione del principio di eguaglianza di trattamento quale fondamento della retroattività favorevole comporta talune importanti implicazioni di ordine politico-costituzionale³²⁶.

In primo luogo, affermare l'esigenza dell'eguaglianza di trattamento tra chi ha commesso lo stesso fatto prima e dopo la legge abolitrice o modificatrice, significa accogliere una concezione del diritto penale di tipo oggettivistico. Una concezione, dunque, che assegna un ruolo decisivo e discriminante non alla soggettiva disobbedienza o infedeltà alla legge, bensì alla oggettiva valutazione legislativa del disvalore del reato.

In secondo luogo, la derivazione della retroattività favorevole dal principio dell'eguaglianza di trattamento implica la possibilità che il legislatore deroghi alla regola della retroattività favorevole quando sussistano ragionevoli motivi per ritenere prevalenti esigenze di segno diverso. Questo avviene, ad esempio, nel caso delle leggi eccezionali e temporanee³²⁷.

Il rilievo che può essere mosso alla tesi appena enunciata attiene all'ipotesi della legge intermedia. Come spiegare, infatti, la disparità di trattamento che si verrebbe a creare tra colui che, in un dato momento, vede applicarsi la legge intermedia più favorevole e colui che, nello stesso momento in cui il primo, per lo stesso fatto, non viene punito o viene punito meno gravemente, commette il medesimo fatto ora punito più severamente?³²⁸. Per la verità già gli scrittori ottocenteschi avevano risolto questo

1297; ID., *Diritto penale*, cit., 672; VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, cit., 707.

³²⁶ Cfr., PALAZZO F.C., *Legge penale*, cit., 365; ID., *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 296. V., anche, DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004.

³²⁷ In questo senso anche FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale*, cit., 96; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., 88; NAPPI A., *Guida al codice penale*, cit., 115.

³²⁸ CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 179, chiarisce bene questa situazione attraverso un esempio: "oggi l'uccisione del cane altrui è punita con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire seicentomila (art. 638 c.p.). Poniamo il caso che Tizio oggi uccida il fastidioso cane Fido del vicino

enigma giuridico a difesa, in quel caso, della tesi secondo cui il canone della retroattività della legge più mite trova fondamento nel principio della necessità della pena³²⁹. Le stesse considerazioni valgono, tuttavia, anche per la tesi del principio di eguaglianza. Scrisse Raffaelli “Poniamo prima due sole leggi, l’una esistente quando il delitto fu commesso, e l’altra allorché la condanna va a pronunciarsi. Se la prima sia più benigna della seconda, il colpevole ha dritto di dire: astenetevi da giudicarmi colla legge dettata dopo il mio fallo, mentre essa non mi appartiene, perché da me non violata. Che poi se la mitezza esista nella seconda, il colpevole ha dritto di dire: astenetevi di giudicarmi con una legge riconosciuta ingiusta nella sua severità, e cancellata dallo stesso legislatore, perché ingiusta. In questa parte del teorema pare non dover esservi chi disconvenga.

Ma è necessità che se ne convenga allorché le leggi sien tre, delle quali la media sia più benigna delle due altre. Perciocché il delinquente anche allora avrà egual dritto di dire: astenetevi di giudicarmi colla prima, la severità della quale fu riconosciuta ingiusta dalla seconda; e perché ingiusta, dalla seconda annullata: ed assai più astenetevi di punirmi colla terza, che data fuori dopo il mio delitto, e da me non violata, non avea potestà di colpirmi. E quanta evidenza in questo discorso non va racchiusa! difatti, se la terza legge non fosse venuta fuori, chi poteva contendere al colpevole il favore della seconda più mite? Niuno dopo che si è dimostrato che la più mite nel confronto è la legge applicabile. Or come la terza legge poteva distruggere un dritto già acquistato dal reo? Come poterlo punire più rigidamente senza un nuovo fallo qualunque? Come un giudizio divenir peggiore sol perché si pronunzi più presto o più tardi?”³³⁰. E’ stato rilevato come tali parole siano in certa misura convincenti ed evidenzino come

Caio, e che tra un mese, sotto la spinta di esigenze deflative, la pena della reclusione venga abolita, e resti la pena della multa. Successivamente, tra quattro mesi, a seguito di feroci proteste di gruppi animalisti, entra in vigore un nuovo inasprimento di pene, e viene ripristinata la reclusione, sia pur ridotta ad un massimo di sei mesi. Tizio, condannato in primo grado alla pena della reclusione di otto mesi, si trova ad essere giudicato in appello tra cinque mesi: potrà certamente beneficiare del trattamento previsto dalla più mite delle tre leggi in questione, cosicché se la caverà con una pena pecuniaria. Ma egli in tal modo verrà trattato meglio di Sempronio, che commette lo stesso fatto tra cinque mesi: a quest’ultimo si applicherà infatti la terza legge, quella vigente al momento del fatto, con conseguente presumibile applicazione – a pari gravità del fatto – della pena detentiva”.

³²⁹ Secondo ZUPPETTA L., 1852, I, 332, cit. da CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 178, l’inflettere ad un soggetto le pene più severe previste dalla legge precedente “involverebbe il trionfo della massima: *bisogna punire il cittadino per ciò solo che ha violato la legge vigente, non perché la pena è necessaria*”.

³³⁰ Così, RAFFAELLI G., 1826, I, 63, teor. XXIII, ripreso poi da ZUPPETTA L., cit., 333, entrambi citati da CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 180.

l'argomento della legge intermedia non sia sufficiente ad inficiare la plausibilità di un principio di retroattività della legge più mite³³¹.

Si è altresì notato, tuttavia, che tale principio troverebbe una ulteriore e più convincente legittimazione costituzionale con riferimento all'art. 27, comma 3, Cost., il quale sancisce il fine rieducativo della pena³³². Secondo tale teoria, la pena non potrebbe avere un qualche 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, con la conseguenza che un simile "cieco rigore punitivo" non potrebbe mirare ad alcun effetto rieducativo.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, emerge come secondo la dottrina maggioritaria la retroattività della legge più favorevole debba ritenersi un diritto costituzionalmente rilevante. A differenza del principio di irretroattività della legge più sfavorevole, tuttavia, essa non ha carattere assoluto ed inderogabile e, pertanto, può trovare delle limitazioni laddove si riscontri un interesse opposto che debba essere considerato prevalente.

3. Lo statuto costituzionale della retroattività della lex mitior nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, così come la dottrina maggioritaria, ha tradizionalmente negato che il fondamento del principio di retroattività della *lex mitior* possa rinvenirsi nell'art. 25, comma 2, Cost³³³. Essa ha infatti affermato che "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

³³¹ CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 180.

³³² CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., 180.

³³³ 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, 89.

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”³³⁴. La mancanza, nella Costituzione, di una esplicita menzione del principio dell’applicabilità della legge più favorevole è stato ritenuto, in un *obiter dictum*, il portato di un’incertezza dei costituenti non già sulla costituzionalizzazione del principio, bensì sulla “ampiezza delle deroghe al principio, sul quale non vi fu accordo, impedendone l’inserimento nel testo della legge fondamentale”³³⁵. La Corte ha precisato come questa particolare condizione storica non sia comunque in grado di cancellare l’emersione del canone e non possa concedere assoluta libertà e discrezionalità in proposito, al legislatore ordinario, rendendolo svincolato, così, dal rispetto delle guarentigie costituzionali poste a salvaguardia della libertà delle persone e potere, così, derogare al principio della retroattività delle leggi penali ‘posteriori’ favorevoli al reo. In definitiva, secondo il giudice delle leggi, nonostante l’art. 25, comma 2, Cost. non imponga la retroattività favorevole, nondimeno questa 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 a decidere di deroghe previste dalla legislazione ordinaria, la Corte si è pertanto interrogata sulla ragionevolezza della discriminazione attraverso di esse operata.

Svariate le decisioni della Corte sulla norma contenuta nell’art. 20 della legge 7 gennaio 1929³³⁶ (Norme generali sulla repressione delle violazioni finanziarie), che – in deroga all’art. 2 c.p. – sanciva l’ultrattività delle norme fiscali relative ai tributi dello Stato. In particolare, nella sentenza n. 164 del 1974, poi ripresa da successive pronunce, essa ha negato che vi fosse una violazione dell’art. 3 Cost., fondando e motivando la deroga, oltreché con l’interesse primario di rango costituzionale alla riscossione dei tributi (art. 53 Cost.), con l’evidente esigenza imposta dalla funzione generalpreventiva della pena, legittimamente dispiegata allo stadio della minaccia legislativa, di “garantire

³³⁴ Corte cost., sent. n. 80 del 23 febbraio 1995, in *Cass. pen.*, 1995, 1790 ss., con nota di RAPISARDA D., *Retroattività, legalità, uguaglianza e leggi penali finanziarie*, 2073 ss.

³³⁵ Corte cost., sent. n. 277 del 23 maggio 1990, in *www.giurcost.org*.

³³⁶ Successivamente abrogato dall’art. 24 del d.lgs. 507 del 1999. Si veda, a tal proposito, DI GIOVINE O., *Commento all’art. 24 del d.lgs. 507/1999*, in *Leg. pen.*, 2001, 782.

che la spinta psicologica dell'osservanza della legge fiscale non sia sminuita dalla speranza di mutamenti di legislazione³³⁷.

Con riferimento, poi, alla disciplina di cui al quarto comma (allora terzo comma) dell'art. 2 c.p., la Corte ha ritenuto che la disparità di trattamento cui dà luogo il limite del giudicato, ai fini dell'applicazione retroattiva di una norma più mite sopravvenuta, trova giustificazione “nell'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti oramai esauriti”³³⁸.

Da tutte queste pronunce emerge chiaramente il riconoscimento di una rilevanza costituzionale soltanto “riflessa”³³⁹ del principio di retroattività della legge penale favorevole, da cui deriva una minor “resistenza” ad eventuali deroghe rispetto a quella propria del principio di irretroattività il quale non è suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali.

Una maggiore attenzione alle esigenze di uguaglianza sottese al principio di retroattività della *lex mitior* si è profilata in tempi più recenti, caratterizzati da un'influenza sempre più marcata del diritto internazionale e del diritto comunitario (ora diritto dell'Unione europea) sul diritto penale, e da un conseguente ampliamento degli orizzonti entro i quali si colloca la legittimità del diritto nazionale. In questa cornice si comprende come, a distanza di circa vent'anni dalle ultime pronunce, la Corte, chiamata nuovamente a decidere su questioni di legittimità attinenti alla retroattività di leggi penali favorevoli, affronti il problema alla luce della rilevanza che quel principio possiede a livello internazionale e comunitario.

³³⁷ Corte cost., sent. n. 164 del 28 maggio 1974, in *Foro it.*, 1975 I, 27 ss., con nota di PADOVANI T., *La c.d. “ultrattività” delle leggi penali finanziarie ed il principio costituzionale di uguaglianza*. Nello stesso senso la Corte si è espressa in una successiva pronuncia, nella quale ha chiarito che l'ultrattività della legge penale finanziaria sarebbe da considerarsi illegittima ove si ritenesse – in modo del tutto infondato – che quella regola si estendesse anche alla disciplina generale contenuta nella parte generale del codice penale (nella specie, la nuova disciplina del giudizio di bilanciamento delle circostanze e della continuazione, introdotta con l. 220/1974), perché rispetto a quest'ultima “non si potrebbero addurre le ragioni che giustificano il diverso trattamento di diverse fattispecie criminose”: cfr., Corte cost., sent. n. 6 del 10 gennaio 1978, in *Giur. Cost.*, 1978, 40 ss.

³³⁸ Corte cost., sent. n. 74 dell'8 maggio 1980, in *Foro it.*, 1980, I, 1825 ss.

³³⁹ 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, 826.

3.1. *Il riconoscimento costituzionale del favor alla luce del diritto penale sovranazionale. Ruolo del criterio della ragionevolezza in senso stretto (Corte cost., sent. n. 393 del 2006, sent. n. 72 del 2008, sent. n. 215 del 2008)*

L'occasione per una "rilettura" della problematica del fondamento costituzionale del *favor* è stata fornita dall'entrata in vigore della legge del 5 dicembre 2005, n. 251³⁴⁰ (c.d *ex- Cirielli*). Essa ha, tra l'altro, introdotto modifiche sostanziali alla disciplina della prescrizione³⁴¹, con la conseguenza che il termine di prescrizione per taluni reati è diventato, almeno in via generale, più breve³⁴², mentre per altri, esso si è allungato, o addirittura, ha lasciato spazio ad un regime di imprescrittibilità. Proprio con riferimento all'istituto della prescrizione si sono poste una serie di questioni connesse a profili di diritto intertemporale³⁴³. Le problematiche sono state determinate, in particolare, dal fatto che la nuova disciplina della prescrizione ha comportato che il nuovo regime possa rivelarsi, come dicevamo, in alcuni casi più favorevole rispetto al precedente, e in altri casi, sfavorevole.

Il regime intertemporale ha trovato disciplina nell'art. 10, commi 2 e 3, legge n. 251 del 2005, secondo cui: 1) le disposizioni che riformulano i tempi di prescrizione di cui all'art. 157 c.p. non si applicano ai procedimenti e ai processi in corso se i nuovi termini di prescrizione risultano più lunghi di quelli previgenti (art. 10, comma 2, l.

³⁴⁰ Recante "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".

³⁴¹ Sulla nuova disciplina della prescrizione, introdotta dall'art. 6 della legge 251 del 2005, cfr., BASTIANELLO A. – DE RISO A., *Guida pratica alla nuova prescrizione penale*, Milano, Giuffrè, 2007, 45; BRICCHETTI R., *Un nuovo criterio fissa la gravità dei reati*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, 67 ss.; NORDIO C., *Prescrizione: un pasticcio inutile. Ignorati il sistema della logica e la logica di un sistema*, in *Dir. e Giust.*, 2005, n. 46, 90 ss.; PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier, 32 ss.; PULEIO F., *Tanto tuonò che piovve. La l. 5 dicembre 2005 n. 251*, in *Cass. pen.*, 2005, 3697 ss.; SILVANI S., *La nuova disciplina della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 303 ss.

³⁴² Così per i delitti la cui pena massima va dai cinque ai dieci anni di reclusione, per esempio un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), la calunnia (art. 368 c.p.), la truffa in danno dello stato o di enti pubblici (art. 640 c.p.).

³⁴³ 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, 423; ; BASTIANELLO A. – DE RISO A., *Guida pratica alla nuova prescrizione penale*, cit., 81; MAZZA O., *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2007, 439 ss.; PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 2, 2007, 198 ss. La delicatezza del tema della disciplina intertemporale della prescrizione era già stata segnalata da A.A.VV., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V, 317 ss., con i contributi di Nobili, Stortoni, Donini, Virgilio, Canotti e Mazzacuva.

cit.); 2) Se, per effetto delle nuove disposizioni, i termini di prescrizione risultano più brevi, le stesse disposizioni si applicano ai procedimenti e ai processi 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” (art. 10, comma 3, l. cit.).

La disciplina transitoria, dunque, si differenziava a seconda che dal nuovo regime (art. 157 c.p. riformulato) risultasse un termine di prescrizione più lungo o più breve rispetto a quello precedente. La prima ipotesi non ha sollevato particolari critiche, a differenza della seconda che ha richiesto appunto l'intervento della Corte costituzionale³⁴⁴, poiché consentiva, sia pur in regime transitorio, una deroga al principio della legge in concreto più favorevole³⁴⁵. A fronte di questo regime transitorio, che subordinava l'applicazione del regime più favorevole della prescrizione alla fase processuale in cui si trovavano i procedimenti in corso, si è aperto quindi un vivace dibattito dottrinale.

I profili di illegittimità costituzionale riguardavano essenzialmente da un lato, la deroga al principio di retroattività favorevole sancito all'art. 2 c.p.³⁴⁶ e dall'altro lato, un difetto di ragionevolezza della scelta legislativa laddove ha circoscritto la retroattività della normativa favorevole ai soli processi pendenti in primo grado in cui non fosse stata dichiarata l'apertura del dibattimento³⁴⁷. Sulla ragionevolezza della scelta legislativa, la giurisprudenza della Corte di cassazione si è pronunciata più volte in senso negativo, considerando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 3 Cost. In particolare, merita qui menzionare

³⁴⁴ Corte cost., sent. n. 393 del 23 ottobre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1, con nota di DI CHIARA G.; vedi anche i commenti di AMBROSETTI E.M., *La nuova disciplina della prescrizione*, cit., 423; ARDIZZONE S., *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 2007, 203 ss.; DODARO G., *Principio di retroattività favorevole e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, in *Giur. cost.*, 2006, 4119 ss.; FASSONE E., *La nuova legge sui termini di prescrizione, il diritto transitorio e i processi pendenti in primo grado*, in *Giur. cost.*, 2006, 4107 ss.; LIPRINO A., *Disciplina transitoria della legge “ex Cirielli: le disparità di trattamento sopravvivono all'intervento della Corte costituzionale*, in *Giust. pen.*, 2007, I, 269 ss; MAZZA O., *Il diritto intertemporale*, cit., 439; PELLIZZONE I., *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penale in bonam partem: due decisioni di impostazione divergente*, in www.forumcostituzionale.it; PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., 198.

³⁴⁵ Cfr., ACQUAROLI R., *Sub art. 157*, in RONCO M. – ARDIZZONE S., *Codice penale ipertestuale*, II ed., Torino, 2007, 807.

³⁴⁶ Si veda, ACQUAROLI R., *Sub art. 157*, cit., 807.

³⁴⁷ Cfr., AMBROSETTI E.M., *La nuova disciplina della prescrizione*, cit., 427.

la decisione della Sezione VI della Corte di cassazione³⁴⁸, secondo la quale al pari di ogni istituto ancorato al decorso del tempo, la prescrizione dei reati può dar luogo – e nella realtà effettuale dà effettivamente luogo - a sensibili diversità di trattamento tra imputati di fatti identici o analoghi, anche commessi nello stesso momento, per effetto di una serie di variabili che incidono sui tempi dell'accertamento penale (quali 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, la differente efficacia delle strategie difensive adottate etc.). Sulla base di tali considerazioni, la Suprema Corte rileva apoditticamente che, per quanto riguarda la disciplina dettata dall'art. 10, secondo e terzo comma della legge n. 251 del 2005, essa “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. ed 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.”.

Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, invece, alcuni giudici hanno ritenuto non manifestamente infondata la questione. Sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. un regime transitorio che, prescindendo dalla valutazione del fatto, abbia l'effetto di far dipendere la retroattività della più favorevole disciplina sopravvenuta da fattori estrinseci, estranei cioè alla logica del trattamento sanzionatorio, in quanto connessi, invece, all'evoluzione del processo penale ed allo stato in cui esso sia per avventura pervenuto ad una certa data³⁴⁹.

In particolare, degna di nota è l'ordinanza del Tribunale di Bari³⁵⁰, la quale ha consentito alla Corte costituzionale di intervenire sulla disciplina transitoria della legge c.d. *ex-Cirielli*. Il Tribunale di Bari, infatti, ha sollevato, in relazione all'art. 3 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, nella parte in cui prevede l'applicabilità dei nuovi e più brevi termini di prescrizione ai soli procedimenti penali in

³⁴⁸ Corte di cassazione, sez. VI penale, ordinanza 12 dicembre 2005, in *Foro it.*, n. 3, 2006.

³⁴⁹ Trib. Perugia, sez. Gubbio, 12 dicembre 2005, in *Il merito* 2006, n. 2, richiamata da BASTIANELLO A. – DE RISO A., *Guida pratica alla nuova prescrizione penale*, cit., 84; AMBROSETTI E.M., *La nuova disciplina della prescrizione*, cit., 427.

³⁵⁰ Trib. Bari, 23 dicembre 2005, in *G.U.*, 2006, n. 11, prima serie speciale.

cui non sia stata dichiarata l'apertura del dibattimento³⁵¹. Secondo il giudice remittente, la modifica alla disciplina della prescrizione sarebbe un mutamento del fatto tipico, esprimendo una differente valutazione del legislatore in ordine al disvalore del reato. Pertanto, laddove si tratti di modifica *in melius*, dovrebbe trovare applicazione il principio di retroattività favorevole. A parere di questo giudice, la scelta del legislatore di derogare al principio di retroattività favorevole, non è sorretta da giustificazioni di ordine logico, né è ispirata a finalità tali da giustificare il diverso trattamento così riservato a diverse categorie di cittadini. Non soltanto, infatti, essa risulta in contrasto con il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ma è in ogni caso "irragionevole", dal momento che l'applicabilità della nuova disciplina è condizionata al verificarsi di un evento processuale, 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 penale, atteso che non risultano perseguite con tale scelta legislativa ulteriori finalità quali quelle di riduzione dei tempi processuali o di deflazione dei carichi degli uffici giudiziari.

La Corte costituzionale accoglie il reclamo³⁵². L'*iter* argomentativo seguito è in parte analogo a quello del giudice *a quo*³⁵³. In primo luogo essa si preoccupa di risolvere una questione preliminare, attinente alla nozione di "disposizioni più favorevoli" cui si riferisce l'art. 2, quarto comma, c.p. Si chiede se vi debbano rientrare esclusivamente quelle concernenti in senso stretto la misura della pena, ovvero vi si possano includere anche le norme che, riguardando ulteriori e diversi profili (come, appunto, la riduzione dei termini di prescrizione del reato), ineriscono al complessivo trattamento riservato al reo. Sul punto conclude richiamando la propria costante giurisprudenza, che interpreta la locuzione come riferita a tutte quelle norme che apportino modifiche *in melius* alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese

³⁵¹ L'eccezione di incostituzionalità era stata sollevata dalla difesa anche con riferimento all'art. 25, comma 2, Cost. Il Tribunale accoglie l'eccezione, ma "non risultando costituzionalizzato il principio della retroattività della legge penale più favorevole per il reo", rimette la questione alla Corte costituzionale con riferimento al solo art. 3 Cost.

³⁵² Si noti che la deliberazione in esame ha suscitato non poche polemiche all'interno del collegio costituzionale. Essa, infatti, è stata definita a strettissima maggioranza – 8 giudici favorevoli contro 7 – ed il giudice relatore ha chiesto al Presidente di essere esonerato dallo scrivere la motivazione. Reca la sentenza "udito nella camera di consiglio dell'11 ottobre 2006 il Giudice relatore Giovanni Maria Flick, sostituito per la redazione della sentenza dal Giudice Alfonso Quaranta". Sull'inserimento di questa formula in sentenza, si veda RUGGERI A., *La Consulta e il dissent ostentato (nota minima a Corte cost. n. 393 del 2006)*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁵³ Cfr., AMBROSETTI E.M., *La nuova disciplina della prescrizione*, cit., 428.

quelle che incidono sulla prescrizione del reato. Tale soluzione è coerente con la natura sostanziale della prescrizione, che è stata sempre pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione³⁵⁴. Pertanto, le norme sulla prescrizione dei reati, ove più favorevoli al reo, rispetto a quelle vigenti al momento della commissione del fatto, devono conformarsi, in linea generale, al principio del *favor*.

Poste queste premesse, la Corte ribadisce, in conformità all'orientamento più volte espresso, che il regime giuridico riservato alla *lex mitior*, e segnatamente la sua retroattività, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo. Logico corollario ne è che eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*, ai sensi dell'art. 3 Cost., possono essere disposte dalla legge ordinaria solo quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa.

Si individua, pertanto, il *thema decidendum* che costituisce il nodo cruciale della sentenza, e cioè se la scelta compiuta dal legislatore con la norma in esame sia assistita da ragioni che la giustifichino. Per giungere ad una decisione sul punto, la Corte effettua una ricognizione dei principi in materia di successione delle leggi penali nel tempo, sia a livello internazionale, sia a livello comunitario³⁵⁵. Ciò in quanto nella precedente giurisprudenza costituzionale si è riconosciuto che le norme di diritto internazionale relative ai diritti fondamentali, pur non potendo essere assunte in quanto tali come parametri nel giudizio di costituzionalità delle leggi, assumono rilevanza decisiva “nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione”³⁵⁶. La rilevanza del principio della *lex mitior* viene così rinvenuta nell'art. 15, comma 1 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e

³⁵⁴ Sulla natura sostanziale della prescrizione, si veda, in dottrina, MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *NN.D.I.*, vol. XIII, 1966, 680; PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena (dir. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, 659; PISA P., *Prescrizione del reato*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 78.

³⁵⁵ Per un'analisi più approfondita del punto in questione, v. MAZZA O., *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, cit., 440; PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., 199.

³⁵⁶ Corte cost., sent. n. 15 del 1996. In senso analogo anche Corte cost., sent. n. 109 del 1997; n. 270 del 1999.

politici³⁵⁷, nell' art. 6, comma 2 del Trattato sull'Unione europea – nel testo risultante dal Trattato sottoscritto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997³⁵⁸ - e nella sentenza 3 maggio 2005 della Corte di giustizia delle Comunità europee³⁵⁹, secondo cui il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Come abbiamo già rilevato, tale principio – secondo la Corte di giustizia – deve essere senz'altro osservato dal giudice interno quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario, ma nel caso esaminato dalla Corte costituzionale esso viene in rilievo nella sua valenza di principio generale dell'ordinamento comunitario, desunto dal complesso degli ordinamenti giuridici nazionali e dei trattati internazionali dei quali gli Stati membri sono parti contraenti.

Sulla base di questo più solido fondamento – interno e sovranazionale -, la Corte afferma che la regola della retroattività della legge penale più favorevole è derogabile da una legge ordinaria solo in favore di “interessi di analogo rilievo (quali – a titolo esemplificativo – 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)”. Conseguenza ne è che lo scrutinio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.*, concernente 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.

In particolare, la deroga al regime della retroattività deve ritenersi ammissibile nei confronti di norme che riducano la durata della prescrizione del reato, purché tale deroga sia non solo coerente con la funzione che l'ordinamento oggettivamente assegna all'istituto, ma anche diretta a tutelare interessi di non minore rilevanza. Non è questo il caso – osserva la Corte – del regime transitorio in materia di prescrizione introdotto dalla c.d. legge “*ex-Cirielli*”. La norma impugnata, infatti, nell'agganciare la deroga all'irretroattività *in mitius* al criterio dell'apertura del dibattito, ha adottato un

³⁵⁷ V., *supra*, cap. I, § 1.

³⁵⁸ Ai sensi dell'art. 6, comma 2 TUE “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”.

³⁵⁹ V., *supra*, cap. I, § 2.2.

criterio non idoneo a correlarsi significativamente all'istituto della prescrizione ed al complesso delle ragioni che ne costituiscono il fondamento³⁶⁰. Pertanto, l'opzione compiuta dal legislatore – in relazione ai processi di primo grado già in corso – di subordinare l'efficacia, *ratione temporis*, della nuova disciplina sui termini di prescrizione dei reati (quando più favorevole per il reo) all'espletamento dell'incombente *ex art. 492 c.p.p.*, non si conforma al canone della necessaria ragionevolezza.

La Corte, quindi, espungendo in dispositivo dall'art. 10, comma 3, legge n. 251 del 2005, le parole “dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché”, estende l'applicazione del principio 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.

La novità di questa pronuncia, rispetto alle precedenti, risiede innanzitutto nel diverso angolo di visuale da cui la Corte affronta il problema dello statuto costituzionale del *favor*: non più dal solo punto di vista del diritto penale nazionale, bensì anche da quello del diritto internazionale e comunitario.

Una volta constatato che il principio di retroattività favorevole non è enunciato soltanto dal codice penale, ma anche a livello internazionale e comunitario, la Corte - e qui si rinviene un'ulteriore novità rispetto alle precedenti pronunce – ne deriva che le esigenze che possono giustificare una deroga ad esso devono essere particolarmente rilevanti: non basta che la legge derogatrice non sia manifestamente irragionevole, dovendo essa “superare un vaglio positivo di ragionevolezza”³⁶¹. La Corte, dunque, in virtù del riconoscimento che il principio assume in ambito sovranazionale, arriva ad amplificare la potestà di verifica della ragionevolezza delle scelte normative ordinarie, introducendo dei criteri più stringenti alla stregua dei quali effettuare il sindacato di

³⁶⁰ La Corte osserva che l'apertura del dibattimento di cui all'art. 492 del codice di procedura penale non connota indefettibilmente tutti i processi penali di primo grado (in particolare i riti alternativi – e, tra essi, il giudizio abbreviato – che hanno la funzione di “deflazionare” il dibattimento); né esso è incluso tra quelli ai quali il legislatore attribuisce rilevanza ai fini dell'interruzione del decorso della prescrizione *ex art. 160 cod. pen.*, il quale richiama una serie di atti, tra cui la sentenza di condanna e il decreto di condanna, oltre altri atti processuali anteriori.

³⁶¹ Sottolineano questo “profilo di novità”, DODARO G., *Principio di retroattività e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, cit., 4117; FASSONE E., *La nuova legge sui termini di prescrizione*, cit., 1196; PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., 199.

costituzionalità sulle deroghe alla retroattività *in bonam partem*³⁶². Il principio di retroattività della *lex mitior* fungerebbe, così, da penetrante argine dell'ordinaria discrezionalità legislativa: 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 medesimo³⁶³. Di questi interessi di pari rango la Corte peraltro stende un elenco a titolo esemplificativo, ma nel prosieguo della sentenza, al momento di concretizzare il sotteso bilanciamento, si limita ad affermare l'irragionevolezza del criterio adottato per segnare il discrimine temporale di applicazione della nuova normativa (la dichiarazione di apertura del dibattito). Manca, invece, un'analisi delle ragioni della deroga alla retroattività *in mitius* e della legittimità di tale scelta legislativa³⁶⁴.

Si noti come anche in questa pronuncia, così come nelle precedenti, non venga fatta menzione del legame tra principio di retroattività e principio di uguaglianza: l'art. 3 Cost. viene in rilievo unicamente ai fini del giudizio di intrinseca ragionevolezza sulle deroghe al principio³⁶⁵. Certo, diversamente da prima, il giudizio deve ora essere guidato da criteri più stringenti, in conseguenza della rilevanza sovranazionale del *favor*, ma rimane comunque che solo implicitamente è possibile ricavare dalla decisione della Corte un nesso tra questo principio e quello di uguaglianza, quale conseguenza

³⁶² Osserva DI CHIARA G., *Nota a Corte cost., sent. n. 393 del 2006*, cit., 3, che "l'eccezionale peso specifico della materia – iscritta in un trapezio pur privo di diretta copertura costituzionale, ma collocato nell'alveo delle 'tradizioni costituzionali comuni' dello spazio europeo – sfocerebbe in una modifica della tecnica del controllo di ragionevolezza". Ricorda FASSONE E., *La nuova legge sui termini di prescrizione*, cit., 1198, come il rapporto tra il potere di sindacato della Corte costituzionale e la discrezionalità del potere legislativo sia stato tradizionalmente risolto nel senso che "il punto di contatto tra una doverosa insindacabilità 'politica' ed una necessaria sindacabilità 'razionale' è stato collocato nella 'manifesta irragionevolezza': dove l'aggettivo 'manifesta' vuole esprimere un così palese ed indifendibile contrasto con la ragione, che qualsiasi persona lo deve riconoscere, a prescindere dalle sue opzioni politiche". Nella sentenza in commento, invece, la Corte ha capovolto tale principio "passando dalla 'manifesta irragionevolezza' alla 'ragionevolezza positivamente accertata'".

³⁶³ Cfr., DI CHIARA G., *Nota a Corte cost., sent. n. 393 del 2006*, cit., 3.

³⁶⁴ Il rilievo è di MANES V., *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo "multilevel"*, in *Quad. cost.*, 2 giugno 2007, 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., 18; PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., 199.

³⁶⁵ Sul punto, GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 2416 ss.; PELLIZZONE I., *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penale in bonam partem*, cit. Coglie questo aspetto anche FAGA S., *Nota in tema di principio di retroattività della lex mitior*, in *Giur. it.*, 2009, 5.

dello scrutinio di ragionevolezza³⁶⁶. Non vi è, invece, un riferimento al principio di uguaglianza inteso come canone volto a evitare ingiustificate e irragionevoli disparità di trattamento (giudizio di eguaglianza – ragionevolezza)³⁶⁷.

La stessa impostazione viene data alla questione della costituzionalizzazione del canone della *lex mitior* da due successive sentenze della Corte: le sentenze n. 72³⁶⁸ e 215³⁶⁹ del 2008.

Quanto alla prima decisione, con essa la Corte è tornata ad occuparsi della disciplina transitoria in materia di prescrizione di cui all'art. 10, comma 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte che non era stata oggetto della dichiarazione d'illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 393 del 2006. Per la verità, alcuni commentatori già all'epoca di quest'ultima pronuncia avevano criticato la Corte per non aver esteso la dichiarazione di illegittimità all'intero terzo comma³⁷⁰.

La questione ora sollevata dinnanzi al giudice delle leggi attiene all'illegittimità costituzionale della disciplina transitoria nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva dei nuovi termini di prescrizione nei processi già pendenti in grado di appello alla data di entrata in vigore della legge. La Corte richiama tutte le argomentazioni svolte nella sua precedente pronuncia, relative alla mancata costituzionalizzazione del principio nell'art. 25, comma 2, Cost.; alla rilevanza che esso

³⁶⁶ Mentre il controllo sull'eguaglianza – disparità di trattamento si effettua sulla base di uno schema di giudizio a struttura triangolare, viceversa il sindacato di ragionevolezza in senso stretto appare costituire parametro sganciato dall'art. 3 Cost., mirando a cogliere le “oggettive irrazionalità delle leggi”; si tratta di “irragionevolezza intrinseca” della scelta legislativa, ossia senza richiamare un *tertium comparationis* per dichiararne l'incostituzionalità. Cfr., MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 12 ss; cfr. inoltre PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 906. Secondo SCACCIA G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 108 ss., nella valutazione in senso stretto di ragionevolezza, il riferimento all'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. opera soltanto come “espediente retorico”, al quale la Corte ricorre per attribuire un appiglio formale ad una decisione fondata in larga parte su scelte di valore discrezionali.

³⁶⁷ Cfr., GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, cit., 2416.

³⁶⁸ Corte cost., sent. n. 72 del 28 marzo 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 944 ss., con nota di PULITANÒ D., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*.

³⁶⁹ Corte cost., sent. n. 215 del 9 giugno 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 2400 ss. con nota di GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*; si veda anche il commento di FAGA S., *Nota in tema di principio di retroattività della lex mitior*, cit., 5 ss.

³⁷⁰ Così, ARDIZZONE S., *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, cit., 204, il quale richiama la seconda parte dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953 che attribuisce alla Corte il potere di dichiarare quali sono le altre disposizioni legislative la cui legittimità deriva come conseguenza della decisione adottata. V., anche, FRIGO G., *Per i giudizi pendenti in Cassazione esclusa l'applicazione dei termini più brevi*, in *Guida dir.*, 2006, n. 47, 67; LIPRINO A., *Disciplina transitoria della legge “ex Cirielli*, cit., 276. *Contra*, DODARO G., *Principio di retroattività e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, cit., 4127; PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., 203.

assume in ambito sovranazionale; alla possibilità di deroghe che superino il vaglio positivo di ragionevolezza. Questa volta, però, ritiene sussistere quella intrinseca ragionevolezza della scelta legislativa che giustifica la deroga al principio di retroattività della legge penale più favorevole. Una siffatta conclusione segue ad una sintetica ma essenziale analisi delle ragioni della deroga, analisi che, come abbiamo visto, è mancata nella precedente pronuncia³⁷¹. Da un lato la sentenza rileva che “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 “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 la sentenza individua 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)”.

Secondo la Corte, dunque, la deroga alla retroattività favorevole, nella parte relativa ai giudizi di appello o di cassazione, è significativamente correlata con interessi di rilievo costituzionale, idonei a giustificare positivamente la deroga.

La seconda decisione in cui la Corte richiama ancora una volta l'intrinseca ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore, quale fondamento del principio

³⁷¹ Cfr., PULITANÒ D., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, cit., 952.

della retroattività della *lex mitior* è intervenuta in materia di gioco d'azzardo. Oggetto di giudizio è la disciplina di diritto intertemporale contemplata dall'art. 1, comma 547, della legge 23 dicembre 2005, n. 266³⁷², in cui si stabilisce che per le violazioni in materia di apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici per il gioco (art. 110, comma 9, r.d. 18 giugno 1931, n. 733), commesse in data antecedente all'entrata in vigore della legge di depenalizzazione, si applicano le disposizioni vigenti al tempo delle violazioni stesse³⁷³. La legge n. 266 del 2005, nel trasformare in illecito amministrativo le fattispecie contravvenzionali finalizzate al contrasto del gioco d'azzardo con apparecchi vietati, disponeva contemporaneamente l'applicazione ultrattiva della legge vigente al momento del fatto, alle violazioni commesse in epoca antecedente alla novella, così derogando al principio di retroattività della *lex mitior* sancito dall'art. 2, comma 2, c.p.

I giudici *a quibus* avevano rilevato che tale deroga si pone in contrasto con l'art. 3 Cost., poiché crea una disparità di trattamento tra coloro che, in momenti diversi, contravvengono alle prescrizioni dell'art. 110 del r.d. n. 773 del 1993, in mancanza di una sufficiente ragione giustificativa³⁷⁴.

La Corte, rimanendo nel percorso delineato dalle pronunce che abbiamo sopra richiamato, nulla dice sul richiamo da parte dei giudici rimettenti al solo principio di uguaglianza e si limita ad accogliere la questione utilizzando ancora una volta il parametro della ragionevolezza in senso stretto della legge³⁷⁵. La deroga alla disciplina prevista dal secondo comma dell'art. 2 c.p. viene, infatti, ritenuta illegittima per la mancata individuazione di contrapposti interessi di rilievo costituzionale analogo all'interesse che il singolo vanterebbe a non vedersi esposto alle conseguenze penali di condotte oramai punite come mero illecito amministrativo o di condotte non più punite

³⁷² “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2006”.

³⁷³ L'art. 1, comma 547 della legge n. 266 del 2005 disponeva testualmente che “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”.

³⁷⁴ La questione viene sollevata sia dal Tribunale di Varese (anche con riferimento all'art. 25, comma 2, Cost.), che da quello di Pescara e di Pinerolo. La questione sollevata dai primi due tribunali viene dichiarata inammissibile per aver rispettivamente omesso di descrivere la fattispecie concreta oggetto del giudizio principale e trascurato la ricostruzione completa del quadro normativo di riferimento. Diverso esito ha, invece, la questione sollevata dal Tribunale di Pinerolo che viene dichiarata fondata.

³⁷⁵ Sul punto, FAGA S., *Nota in tema di principio di retroattività della lex mitior*, cit., 6.

anche ai sensi dell'art. 110, comma 9, del r.d. n. 773 del 1931, bensì unicamente secondo le previsioni del codice penale in materia di giochi d'azzardo.

Secondo la Corte la norma transitoria è, innanzitutto, in contraddizione con gli obiettivi della depenalizzazione, indicati dal legislatore nella necessità di assicurare maggiore celerità di definizione dei procedimenti e di demandare l'irrogazione delle sanzioni all'organo con maggiori competenze tecniche nel settore, quale sarebbe l'Ufficio regionale dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato. Inoltre, essa non può trovare "adeguata giustificazione" nella funzione che le è stata attribuita, di "garantire chiarezza relativamente all'applicazione del nuovo apparato sanzionatorio". Di quella chiarezza, sostiene la Corte, non si aveva bisogno, perché in mancanza della norma transitoria avrebbero comunque operato i principi generali di cui all'art. 2 c.p.. Infine, la Corte esclude che la norma censurata, pur contenuta in una legge finanziaria, sia diretta a tutelare l'interesse primario dello Stato alla riscossione dei tributi, dal momento che le contravvenzioni depenalizzate avevano obiettività giuridica afferente all'ordine pubblico.

Vediamo come anche in questo caso la rilevanza costituzionale dell'efficacia estesa al passato della *lex mitior*, fondi 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, nel caso di specie non sono suscettibili di essere congiuntamente realizzati³⁷⁶.

Laddove, poi, questa ponderazione sia compiuta dal legislatore nel senso di far prevalere un principio su di un altro, senza rispettare nel caso di specie la corretta gerarchia dei valori e interessi in gioco, allora interviene la Corte per riequilibrare il bilanciamento legislativo. Essa, con un proprio bilanciamento ("meta bilanciamento") si sovrappone al bilanciamento del legislatore per annullarlo (dichiarando incostituzionale la norma) o per correggerlo (con interpretazione adeguatrice della norma)³⁷⁷. Il sindacato di ragionevolezza ha quindi ad oggetto il c.d. bilanciamento di interessi costituzionali operato dal legislatore, al fine di stabilire se si tratti di leggi

³⁷⁶ Cfr., GAMBARDILLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, cit., 2416.

³⁷⁷ Cfr., MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 33 ss.

ragionevolmente fondate³⁷⁸. In definitiva, per usare le parole della Corte, nel giudizio di ragionevolezza “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”. Alla luce dei valori costituzionali coinvolti, la ponderazione degli interessi compiuta dal legislatore con le disposizioni impugnate potrebbe rivelarsi palesemente irragionevole, quando essa implichi un bilanciamento dei valori arbitrariamente differenziato e contrastante con quello presupposto dalla Costituzione nel caso di specie³⁷⁹.

La tecnica di giudizio del c.d. “bilanciamento degli interessi” non è tuttavia idonea a connotare integralmente l’insieme delle decisioni della Corte in materia di deroga al principio di retroattività della legge penale più favorevole. Infatti, lo stesso giorno di deposito della sentenza n. 393 del 2006, la Corte deposita un’altra sentenza nella quale si sofferma su rango e limiti del principio in questione effettuando delle considerazioni originali rispetto alla giurisprudenza fin qui esaminata, di cui ora si dirà.

3.2. Il principio di uguaglianza quale fondamento costituzionale del favor: la sentenza n. 394 del 2006.

La questione del fondamento costituzionale del *favor* viene affrontata dalla Corte costituzionale anche nella sentenza n. 394 del 2006³⁸⁰. Si tratta di una decisione

³⁷⁸ In questo senso, MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 275 ss.; secondo CERRI A., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 2005, 10 ss., “premesse che il bilanciamento è operazione che spetta al legislatore, la Corte si limita a sindacarne la ragionevolezza”.

³⁷⁹ Corte cost., sent. n. 467 del 19 dicembre 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 1179. Cfr., altresì, SCACCIA G., *Ragionevolezza*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 4811 ss.

³⁸⁰ Corte cost., sent. n. 394 del 8 novembre 2003, in *Giur. cost.*, 2006, 4127 ss., con nota di MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”* e di MARTINO G., *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*; in *Cass. pen.*, 2007, 449 ss., con nota di GAMBARDELLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 321 ss., con nota di PECORELLA C., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 343 ss.; si veda anche, DI GIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sent. n. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 100 ss.; MANES V., *L’applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo*

che viene depositata lo stesso giorno della sentenza n. 393, ma che, rispetto a questa, presenta caratteri di assoluta novità. Il riconoscimento dell'importanza che il principio di retroattività della legge penale più favorevole riveste, anche sul piano sovranazionale, si inserisce qui in una più ampia considerazione dell'ammissibilità del sindacato della Corte sulle norme penali "di favore", la cui eventuale eliminazione dall'ordinamento avrebbe come effetto l'ampliamento dell'area di illiceità penale. Oggetto di giudizio, dunque, non è la legittimità costituzionale di una legge che introduca una deroga al principio della *lex mitior*, ma la legittimità di alcune norme incriminatrici che introducono un trattamento penale più benevolo. Il principio di retroattività viene in rilievo nel momento in cui la Corte, dopo aver ammesso la possibilità di un sindacato (c.d. *in malam partem*) sulle norme censurate, si occupa degli effetti della propria decisione sul giudizio penale *a quo*, poiché questo concerne fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma penale di favore.

Al fine di meglio comprendere le argomentazioni della Corte, si impone una breve disamina della vicenda che ad esse ha dato vita.

I giudici *a quibus* sollevavano questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., dell'art. 100, comma 3, del d.p.r. n. 361 del 30 marzo 1957 e dell'art. 90, comma 3 del d.p.r. n. 570 del 16 maggio 1960, come sostituiti dall'art. 1 della legge 2 marzo 2004, n. 61³⁸¹, perché senza alcuna ragionevole giustificazione prevedevano per alcune ipotesi di falso elettorale (concernenti le liste di elettori e di candidati) una differenza di trattamento sanzionatorio rispetto a quello, ben più severo, previsto in generale per i falsi elettorali. Attraverso l'art. 1 della legge n. 61 del 2004, infatti, era stata modificata la disciplina penale dei falsi elettorali, introdotta alla fine degli anni '50 in deroga delle norme sui falsi contenute nel codice penale, in un duplice senso: da un lato, si distingueva la falsa formazione di liste di elettori o di candidati da quella – prima congiuntamente considerata – riguardante le schede elettorali e più in generale ogni altro atto destinato ad operazioni elettorali previsto dalla legge, ed assimilando ad essa tutte le falsità relative all'autenticazione delle sottoscrizioni di

"multilevel", cit., 374 ss.; PELLIZZONE I., *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penale in bonam partem: due decisioni di impostazione divergente*, cit.

³⁸¹ "Norme in materia di reati elettorali".

quelle liste, che in precedenza non ricevevano autonoma considerazione dalla legge³⁸²; dall'altro lato, si prevedeva per le due diverse figure di reato così risultanti un trattamento sanzionatorio notevolmente differenziato, consistente, per la falsa formazione di liste di elettori o candidati e per le falsità nell'autenticazione delle loro sottoscrizioni, nella sola pena dell'ammenda da 500 a 2.000 euro, mentre per tutte le altre ipotesi di falso elettorale, nella reclusione da 1 a 6 anni.

Rispetto al primo gruppo di reati, l'intervento del legislatore si era tradotto in una derubricazione del reato da delitto a contravvenzione, oltretutto punita con la sola pena dell'ammenda, quindi suscettibile di oblazione *ex art.* 162 c.p.. Si era cioè creata una disciplina speciale sensibilmente più mite di quella (a sua volta speciale) applicabile alla falsa formazione di ogni altro atto destinato ad operazioni elettorali nonché di quella (generale) contenuta nel codice penale.

Un intervento così incisivo necessitava evidentemente di un solido fondamento, che consentisse di ritenere non irragionevole la discriminazione operata. Prima di volgere la propria attenzione alla ricerca di un tale fondamento, la Corte si sofferma su di una questione preliminare, relativa all'ammissibilità di uno scrutinio di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore. La Corte è giunta ad ammettere il proprio sindacato in materia (e nel caso ha censurato la discriminazione³⁸³). Ora però preme soltanto notare, rinviando al seguito ulteriori considerazioni³⁸⁴, che la Consulta, dopo aver risolto positivamente tale questione preliminare, svolge importanti considerazioni in ordine al principio di retroattività, al fine di individuare quali effetti

³⁸² Falsità, quindi, riconducibili alle norme generali dettate dal codice penale ovvero, secondo la giurisprudenza prevalente, alla più ampia ipotesi della falsa formazione delle liste di elettori e candidati, e quindi soggette anch'esse alla disciplina speciale.

³⁸³ La Corte dichiara fondata la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. Secondo il legislatore, la modifica legislativa trovava giustificazione nella "minore offensività" dei falsi trasformati in contravvenzione rispetto agli altri falsi assoggettati alle regole generali. La Corte rileva invece come "nessuna diversità è ravvisabile sotto il profilo della lesività del bene 'strumentale-intermedio' della fede pubblica, così come rispetto al bene finale in funzione del quale la tutela penale è predisposta, rappresentato dal "regolare svolgimento delle operazioni elettorali" e dal "libero ed efficace esercizio del diritto di voto", ossia dalle condizioni che rendono effettivo il "principio democratico della rappresentatività popolare", di rango costituzionale. D'altra parte altrettanto ingiustificata risulta una "così macroscopica differenza di trattamento sanzionatorio" avendo riguardo al disvalore della condotta, stante l'idoneità sia della predisposizione di false liste di candidati e di elettori, sia della falsa autenticazione di sottoscrizioni di tali liste, "ad inficiare nel suo complesso la regolarità delle operazioni di voto" e della competizione elettorale stessa, potendo portare, in concreto, al suo integrale annullamento. La Corte, pertanto, dichiara l'illegittimità delle due norme penali di favore sottoposte al suo sindacato, per contrasto con l'art. 3 Cost.

³⁸⁴ V., cap. II, § 3.4.

possa produrre sul giudizio *a quo* la declaratoria di incostituzionalità delle norme di favore censurate.

Nel caso di specie, ricorda la Corte, i fatti oggetto di giudizio non sono stati commessi sotto l'impero della norma penale di favore, bensì prima della sua entrata in vigore (quando il fatto era punito più severamente); pertanto, non può essere evocato il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole di cui all'art. 25, comma 2, Cost. Viene in considerazione, piuttosto, il distinto principio di retroattività della norma penale più mite, peraltro sancito anche a livello sovranazionale. Ancora una volta la Corte ribadisce l'impossibilità di rinvenirne il fondamento costituzionale nell'art. 25, comma 2, Cost., dal momento che esso, a differenza del principio di irretroattività della norma sfavorevole, 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. Questa volta, tuttavia, a differenza delle precedenti pronunce, la Corte riconosce in modo esplicito che il principio di retroattività *in mitius* ha un fondamento costituzionale, il quale va 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. E' evidente in questo passaggio l'accoglimento da parte della Corte della teoria espressa dalla maggior parte della dottrina e che rinviene nell'art. 3 Cost. il fondamento costituzionale del principio in questione.

Sempre in conformità con la dottrina maggioritaria, la Corte precisa che tale principio è legato ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali, e dalla quale discende che "la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge (...) quanto piuttosto la reazione alla commissione dei fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena"³⁸⁵. Il rispetto della concezione oggettivistica del diritto penale impedisce quindi di considerare come

³⁸⁵ Si noti l'analogia con quanto espresso in dottrina da PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 296.

diversi fatti che siano identici nella loro materialità, e divergano solo sul piano della “rimproverabilità”: poco importa se nel momento in cui il fatto è stato commesso fosse presente una norma incriminatrice (poi abrogata) o fosse prevista una sanzione più severa (poi mitigata); ciò che conta è solo la diversa valutazione del legislatore sulla necessità o opportunità di punire quel fatto o di punirlo con quella sanzione. Si tratta di una affermazione molto importante: se valorizzata nella prospettiva di una possibile riforma del diritto intertemporale in materia penale, opera come sbarramento di fronte ad eventuali deroghe introdotte alla retroattività *in bonam partem*, poiché non sono facilmente individuabili ragioni che possano giustificare la persistente applicazione di norme penali che, sulla base di quello che dovrebbe essere un “più maturato e saggio giudizio”, il legislatore ha ritenuto non necessarie o non opportune³⁸⁶.

La Corte poi precisa come il collegamento al principio di eguaglianza costituisca anche il limite del principio di retroattività *in mitius*, dal momento che quest’ultimo deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli.

Al di là delle ragioni di accoglimento della questione di legittimità costituzionale della norma di favore, la pronuncia assume particolare rilievo per l’indagine che ci occupa, dal momento che con essa la Corte, per la prima volta, riconosce espressamente il legame tra retroattività favorevole e principio di eguaglianza. La copertura costituzionale del *favor* viene desunta non da una *ratio* di garanzia della libertà di autodeterminazione, ma da esigenze di parità di trattamento, a loro volta connesse alla concezione oggettivistica del diritto penale.

Una siffatta impostazione ha necessariamente delle ricadute sul bilanciamento cui può essere sottoposto il principio di retroattività *in mitius*, il quale acquista sì rango costituzionale, ma non quello *status* di “valore assoluto non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali” che connota invece il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli. Si tratta di un sindacato di ragionevolezza fondato sopra un controllo di eguaglianza – disparità, che rende necessario il ricorso ad uno schema di giudizio a struttura trilaterale. Con una norma assunta come *tertium comparationis* per stabilire se sia ragionevole la diversa disciplina prevista invece per la

³⁸⁶ In questo senso, PECORELLA C., *L’efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, cit., 20.

norma che ostacoli il *favor* (c.d. valutazione di eguaglianza-ragionevolezza)³⁸⁷. Un tipo di giudizio, dunque, che differisce dal sindacato di ragionevolezza in senso stretto cui la Corte ha tradizionalmente sottoposto le deroghe al principio di retroattività *in mitius*.

Se, in linea teorica, tale pronuncia ha un carattere sicuramente innovativo rispetto alle precedenti, non possiamo tuttavia non rilevare come dal punto di vista pratico la Corte abbia continuato anche successivamente a condurre il giudizio di legittimità sulle deroghe al principio del *favor*, utilizzando lo schema del giudizio di stretta ragionevolezza. Nella sentenza n. 215 del 2008, di cui abbiamo trattato in precedenza³⁸⁸, lungi dal venire in rilievo un *tertium comparationis* ai fini della dichiarazione di incostituzionalità, è stata esaminata la irragionevolezza intrinseca della scelta legislativa.

3.3. Diversità della tecnica di controllo di costituzionalità nel caso della abolitio criminis e in quello della mera successione modificativa.

In dottrina vi è chi ha rilevato come la Corte, nella sent. n. 393 del 2006, non abbia affrontato il problema relativo alla possibilità o meno di ritenere il livello di significatività e rilevanza del criterio della *lex mitior* uguale in tutti i casi rientranti nel suo ambito di applicazione³⁸⁹. Eppure, come emerge dalla disciplina codicistica dell'art. 2 c.p., il principio di retroattività della legge penale favorevole ha in realtà distinti livelli di rilevanza a seconda del tipo di modifica legislativa *in bonam partem*. Nel caso di *abolitio criminis*, infatti esso trova applicazione incondizionata, mentre per le altre modifiche favorevoli vige il limite del giudicato. Diversamente, nello sviluppo dell'argomentazione della sentenza n. 393 del 2006, tutte le distinzioni scompaiono: il

³⁸⁷ Cfr., INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in INSOLERA G. – MAZZACUVA N. – PAVARINI M. – ZANOTTI M., (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, 320 ss.

³⁸⁸ V., cap. II, § 3.1.

³⁸⁹ Il rilievo è di PULITANÒ D., *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost, nn. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 212, ID., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., 199 ss.; viene poi ripreso da GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, cit., 2421 ss.; ID., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 2020 ss.

livello di rilevanza sotteso alla retroattività della *lex mitior* viene postulato come identico in qualsiasi caso.

Si è, poi, rilevato, che in presenza di una *abolitio criminis* “il grado di rilevanza dell’interesse è altissimo, in quanto il mutamento di valutazione normativa è più netto”³⁹⁰: “ciò che era valutato come illecito viene successivamente valutato come non penalmente lecito”³⁹¹. Tenere ferma la punibilità dei fatti pregressi, dopo che la *lex superveniens* ne abbia fatto cadere la valutazione penalistica, sarebbe in contrasto con la concezione oggettivistica del diritto penale, opportunamente evocata dalla sentenza n. 394 del 2006. L’applicazione incondizionata del criterio della *lex mitior* rispecchia, dunque, una consolidata valutazione di improponibilità di ragioni giustificative di eventuali deroghe: anche gli interessi legati al passaggio in giudicato di una sentenza di condanna debbono cedere, di fronte alla radicale inversione delle valutazioni normative operata dalla legge successiva abrogatrice. Ne deriva, secondo questa autorevole dottrina, che il principio di retroattività della *lex mitior* ha uno statuto costituzionale “fortissimo”, ragionevolmente accostabile a quello del principio di legalità: l’incompatibilità della nuova con la vecchia valutazione non lascia spazio alla possibilità (nemmeno transitoria) di recupero della vecchia disciplina³⁹².

Diversamente, in caso di successione meramente modificatrice *in melius*, il cambiamento di valutazione è meno radicale, nel senso che non tocca il nucleo fondamentale delle valutazioni sul lecito e l’illecito, ma tipo e misura della reazione punitiva. Il grado di rilevanza degli interessi tutelati dalla *lex mitior* è dunque direttamente proporzionale alla consistenza del mutamento del trattamento sanzionatorio³⁹³. La possibilità di deroga o limitazione all’applicazione della *lex mitior* non è preclusa in assoluto, ma abbisogna di essere attentamente soppesata nel se e nel quanto, e di essere fondata su positive, forti, ragioni giustificative³⁹⁴.

³⁹⁰ Cfr., DODARO G., *Principio di retroattività favorevole e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, cit., 4121 ss.

³⁹¹ Cfr., PULITANÒ D., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, cit., 950.

³⁹² ID., 950.

³⁹³ In questo senso, DODARO G., *Principio di retroattività favorevole e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, cit., 4121 ss.

³⁹⁴ Cfr., PULITANÒ D., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, cit., 951.

In accordo con queste considerazioni, vi è chi ha proposto di distinguere, sotto il profilo della tecnica di controllo di costituzionalità, il caso della *abolitio criminis*/depenalizzazione da quello della mera successione modificativa in *bonam partem*³⁹⁵.

Nel primo caso, in presenza del venir meno dell'illiceità del fatto, il sindacato di costituzionalità sulla norma che introducesse una deroga al principio di retroattività della *lex mitior*, dovrebbe impiersi su un giudizio di eguaglianza, alla luce di una norma assunta come *tertium comparationis*. La valutazione di eguaglianza-ragionevolezza imporrebbe la parificazione delle conseguenze giuridiche nei confronti delle medesime condotte, senza tener conto del fatto che esse siano state commesse prima o dopo l'abrogazione/depenalizzazione.

Nel secondo caso, invece, l'eventuale esclusione di una applicazione retroattiva del nuovo e più benevolo trattamento sanzionatorio, dovrebbe essere oggetto di controllo da parte della Corte attraverso la verifica dell' "intrinseca ragionevolezza" della legge, facendo a meno quindi del *tertium comparationis*. La Corte dovrebbe sottoporre la legge derogatrice ad un vaglio positivo di ragionevolezza, componendo i principi o gli interessi in conflitto mediante la tecnica del bilanciamento.

Siffatta distinzione tra le due diverse tecniche di controllo comporterebbe inevitabilmente una maggiore difficoltà, per la Corte, di ritenere legittima la norma che deroga al criterio della *lex mitior* nei casi di *abolitio criminis*/depenalizzazione, rispetto ai casi di successione modificativa in *bonam partem*.

3.4. *Sindacato sulla norma penale di favore e irretroattività della norma favorevole incostituzionale.*

Si è innanzi anticipato³⁹⁶ che nella sentenza n. 394 del 2006 la Corte costituzionale affronta la questione dell'ammissibilità di un sindacato costituzionale su norme penali di favore.

³⁹⁵ La proposta è di GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, cit., 2421 ss.; ID., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 2020 ss.

³⁹⁶ V., cap. II, § 3.2.

La Corte si trova così a dover individuare il punto di equilibrio tra “l’ineludibile esigenza di evitare la creazione di ‘zone franche’ dell’ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità” e la altrettanto ineludibile esigenza che sia rispettato il campo delle scelte discrezionali, sull’*an* e sul *quantum* della sanzione penale, che l’art. 25, comma 2 Cost., riserva al Parlamento. Già in passato essa aveva specificato che “il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche in *malam partem*, delle c.d. norme penali di favore”, dal momento che “altro (...) è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l’efficacia spettante alle dichiarazioni d’illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre rispettare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all’interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile”³⁹⁷. Tuttavia, la portata pratica di tali osservazioni finiva con l’essere fortemente mitigata per il fatto che, in quei casi, la Corte aveva concluso le sue riflessioni con dispositivi interpretativi di rigetto³⁹⁸ ovvero, quando aveva accolto le questioni, si era espressa in modo bensì caducatorio, ma relativamente ad istituti incidenti solo *de relato* sull’operatività della fattispecie penale³⁹⁹.

Viceversa, nella gran parte delle ipotesi, il giudice delle leggi aveva declinato l’invito ad occuparsi delle questioni di legittimità, quando avrebbero prodotto effetti *in malam partem*⁴⁰⁰. Così, ad esempio, nelle ipotesi in cui si schermì innanzi a censure che, se accolte, avrebbero portato all’eliminazione di norme di favore speciali,

³⁹⁷ Tale orientamento è stato espresso dalla Corte, dapprima nella sent. n. 148 del 1983, e successivamente è stato ribadito nelle sent. n. 826 del 1988; n. 124 del 1990; nn. 167 e 194 del 1993; n. 25 del 1994 e nell’ord. n. 95 del 2004. In dottrina, a proposito del sindacato di costituzionalità su norme penali di favore, v., PULITANÒ D., *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, 1087; PATRONO P., *Diritto penale dell’impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, 61 ss.. Con specifico riferimento alla sentenza n. 394 del 2006, v., GAMBARDELLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, cit., 408 ss.; MANES V., *Norme penali di favore. No della Consulta*, in *D.&G.*, 2006, 46, 28 ss.; MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, cit., 4127; PECORELLA C., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 343 ss.; PULITANÒ D., *Principio d’uguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost, nn. 393-394 del 2006)*, cit., 212 ss.

³⁹⁸ Così nella sent. 148/1983, nonché nelle sentt. 826/1988; 167/1993; 25/1994; nell’ord. 95/2004.

³⁹⁹ Così nella sent. 194/1993, in cui dichiara l’illegittimità della norma che disciplinava il silenzio-assenso dell’amministrazione provinciale in tema di autorizzazione allo scarico di sostanze nocive oltre i limiti tabellari.

⁴⁰⁰ Sul punto, si vedano le esemplificazioni riportate da DI GIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile*, cit., 104.

ripristinando conseguentemente lo spettro di incriminazione delle disposizioni generali, dalle prime compromesso⁴⁰¹.

Il caso oggetto della pronuncia n. 394 del 2006 è astrattamente ascrivibile proprio a questa ipotesi. Qui, tuttavia, la Corte rompe almeno in parte gli argini della propria tradizione ammettendo la questione di legittimità costituzionale. In particolare, essa precisa che il principio di legalità le impedisce certamente di configurare nuove norme penali, ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo. Secondo la Corte, in simili frangenti la riserva al legislatore sulle scelte di non criminalizzazione resta salva; l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti, poiché la Corte si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. La Corte distingue poi tra "previsioni normative che 'delimitano' l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato" e norme "che invece 'sottraggono' una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva". E conclude sul punto che il suo sindacato sarebbe ammesso in relazione alle seconde, cui si attaglierebbe in senso stretto la definizione di "norme penali di favore", ed invece escluso sulle prime, c.d. "norme penali favorevoli": le sole a tradurre in dati normativi la valutazione di meritevolezza e bisogno di pena. Nel caso di specie, lo scrutinio di costituzionalità è senz'altro ammissibile, dato che, secondo la Corte, "la natura di norme penali di favore delle disposizioni impugnate risulta palese": attraverso l'applicazione del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., infatti, esse sottraggono dall'ambito applicativo di norme più ampie, compresenti nell'ordinamento, talune fattispecie, allo scopo e con l'effetto di riservare loro un trattamento sanzionatorio (sensibilmente) più mite di quello altrimenti stabilito da tali norme.

⁴⁰¹ E' il caso della declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità della norma che alleggeriva il trattamento sanzionatorio ovvero depenalizzava il furto di selvaggina abbattuta o catturata nell'esercizio di attività venatoria illegale (art. 30, comma 3, e 31, comma 5 della legge n. 157 dell'11 febbraio 1997, n. 157) limitando così l'operatività dell'art. 624 c.p., che in caso di accoglimento, si sarebbe riespansa. Corte cost., ord. n. 146 del 1-6 aprile 1993.

Dopo essersi soffermata sulla definizione delle norme penali di favore e sulla c.d. automatica riespansione delle norme penali generali più severe a seguito della declaratoria di incostituzionalità delle norme di favore, la Corte affronta l'ulteriore questione dell'incidenza di una simile declaratoria nel giudizio *a quo*. Abbiamo già visto come in questa sede la Corte svolga importanti considerazioni in ordine al principio di retroattività della legge penale favorevole e, in particolare, in ordine al suo fondamento costituzionale che, secondo la Corte, deve essere rinvenuto nel principio di eguaglianza. Il collegamento con il principio di eguaglianza, peraltro, come precisato dalla Corte, segna anche il limite del principio di retroattività favorevole, dal momento che quest'ultimo può essere derogato laddove la scelta legislativa sia sorretta da giustificazioni oggettivamente ragionevoli.

A questo punto la Corte individua un ulteriore limite al principio in questione e risolve in tal modo la questione dell'incidenza della declaratoria di incostituzionalità di una norma penale di favore nel giudizio *a quo*. Si legge infatti che detto principio "in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima". Chi ha commesso il fatto violando la norma penale più severa, potrà beneficiare dell'estensione a ritroso del trattamento più favorevole solo a condizione che il nuovo apprezzamento del disvalore del fatto operato dal legislatore non contrasti con i precetti della Costituzione. Solo in tal caso è possibile derogare alla regola sancita agli artt. 136 Cost. e 30, comma 3, l. n. 87 del 1953, secondo cui la norma dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Non può, infatti, ammettersi che una norma costituzionalmente illegittima – rimasta in vigore, per ipotesi, anche per un solo giorno – determini, paradossalmente, la non punibilità o un trattamento sanzionatorio più favorevole, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma anche con riferimento a tutti i fatti pregressi posti in essere nel vigore della legge più severa. Secondo la Corte, dunque, ai fatti compiuti quando era in vigore la norma più severa, non potrà essere applicata con effetto retroattivo la norma di favore che sia stata dichiarata incostituzionale. Si tratta di una affermazione di indubbia importanza, dal momento che la Corte, nell'affrontare la questione degli effetti nel giudizio *a quo* di una pronuncia *in malam partem* individua un ulteriore limite al principio di retroattività della legge penale favorevole. La retroattività favorevole, in definitiva, trova limite

nell'incostituzionalità della norma di favore, poiché il diritto oggettivo (costituzionalmente legittimo) prevale su ogni altro valore, e questa prevalenza insiste anche nel giudizio *a quo*, laddove la norma di favore dichiarata incostituzionale non potrà essere applicata. Quando la Corte distingue tra, da un lato, garanzie che i principi penali possono offrire agli imputati e, dall'altro lato, il divieto di istituire "zone franche", include in quest'ultimo divieto anche il giudizio *a quo*, nel caso in cui la norma favorevole sia sopravvenuta. I principi penali costituzionali, e in particolare il principio di colpevolezza, rimangono invece a presidiare l'ipotesi in cui la norma favorevole esista al momento della commissione del fatto. Come ha osservato la dottrina⁴⁰², l'apparenza della favorevolezza reagisce nei congrui casi in termini di inevitabilità dell'ignoranza della legge penale⁴⁰³.

Avremo modo di verificare nel prosieguo della trattazione se questo limite sopravviva anche a seguito alle novità normative e giurisprudenziali che nel corso del 2009 hanno caratterizzato il principio della retroattività favorevole in ambito sovranazionale⁴⁰⁴.

⁴⁰² Cfr., PATRONO P., *Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 87 ss.; ID., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, cit., 80.

⁴⁰³ V., PALAZZO F. C., *Ignoranza della legge penale*, in *Dig.disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 133 ss.; PULITANÒ D., *Ignoranza della legge penale (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 619 ss.; RONCO M., *Ignoranza della legge*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1990; VASSALLI G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 3 ss.

⁴⁰⁴ V., cap. III, § 1.1.

CAPITOLO III

NUOVI SCENARI PER IL CONSOLIDAMENTO DEL PRINCIPIO ITALIANO DI RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE FAVOREVOLE

1. Il riconoscimento della “copertura europea” del favor (Corte cost., sent. n. 28 del 2010).

Le teorie fino ad oggi adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana maggioritaria in relazione al fondamento costituzionale del principio di retroattività della legge penale favorevole necessitano di una rimediazione alla luce del riconoscimento che tale principio riceve in ambito sovranazionale. Esso ha acquistato una forza superiore a quella che gli viene riconosciuta nell’ambito dell’ordinamento italiano, sia a livello internazionale, specialmente in seguito all’interpretazione innovativa dell’art. 7 CEDU da parte della CorteEDU, che a livello europeo, attraverso il riconoscimento di forza giuridica alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Nel diritto penale sovranazionale il principio di retroattività della legge penale favorevole tende ad assumere il connotato dell’inderogabilità.

Di questa nuova portata del *favor*, specie in ambito europeo, risulta ora consapevole anche la Corte costituzionale, che nella sentenza n. 28 del 2010⁴⁰⁵ ha affrontato senza remore il ruolo di tale principio nella cornice dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale.

L’occasione è stata offerta da due ordinanze del Tribunale di Venezia (Sez. Dolo)⁴⁰⁶ con cui veniva sollevata una questione di legittimità costituzionale, in relazione

⁴⁰⁵ Corte cost., sentenza 28 gennaio 2010, n. 28, in *Foro it.*, n. 4, 2010, 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; CELOTTO A., *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono “cogenti e sovraordinate”*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1, 382 ss.; MANTOVANI G., *Note in tema di ambiente e diritto comunitario*, in *Leg. pen.*, 2010, n. 1, 76;

⁴⁰⁶ Tribunale di Venezia, sez. distaccata di Dolo, ord. n. 2/2009 del 29 settembre 2008, con cui è stata riproposta alla Corte la stessa questione d’incostituzionalità già sollevata (v., a tal proposito, GATTA G.L., *La nozione di rifiuto tra diritto penale e diritto comunitario: rinnovati dubbi di legittimità costituzionale*, in *Corr. merito*, 2007, 225 ss.), dopo che la prima volta gli atti erano stati restituiti al giudice *a quo* per una nuova valutazione della rilevanza dell’eccezione alla luce dello *ius superveniens* (Corte cost., ord. n. 83 del 2008); ord. n. 149/2009 del 13 ottobre 2008.

agli artt. 11 e 117 Cost., dell'art. 183, comma 1, lett. n), quarto periodo, del d.lgs n. 152 del 3 aprile 2006⁴⁰⁷, nel testo antecedente alle modifiche introdotte con l'art. 2, comma 20, d.lgs. n.4 del 16 gennaio 2008⁴⁰⁸, “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”⁴⁰⁹. 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 rifiuti⁴¹⁰. 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. Senonché nel 2006, nelle more dei procedimenti, 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. In breve, a parere dei giudici remittenti la *lex intermedia mitior*, che in virtù dell'art. 2, comma 4, c.p. avrebbe dovuto trovare applicazione nei casi di specie,

⁴⁰⁷ “Norme in materia di ambiente”.

⁴⁰⁸ “Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia di ambiente”.

⁴⁰⁹ Le ceneri di pirite costituiscono il principale residuo del procedimento industriale di produzione dell'acido solforico. Questo procedimento, consistente nell'arrostitimento in forni speciali del minerale denominato pirite, è stato utilizzato fino ai primi anni '70, epoca in cui alla materia prima pirite è stato sostituito lo zolfo. Le ceneri di pirite possono essere utilizzate nella produzione di cemento, ma in Italia esistono enormi depositi “storici” di ceneri abbandonate.

⁴¹⁰ In estrema sintesi, il primo procedimento concerneva un sequestro preventivo, eseguito in data 22.03.2002, di un deposito di ceneri di pirite configurante una discarica non più attiva risalente agli anni '70, sulla quale gli imputati effettuavano la messa in riserva di detti rifiuti in vista del loro avvio a recupero presso cementifici. I reati contestati riguardavano, tra l'altro, la violazione degli artt. 51, commi 1 e 5, d.lgs. n. 22 del 1997 (ora art. 256, commi 1 e 5, d.lgs. n. 152 del 2006) e 51 *bis*, d. lgs. n. 22 del 1997 (ora art. 257, d.lgs., n. 152 del 2006). Il secondo procedimento riguardava un traffico illecito di rifiuti tossico-nocivi, nella specie ceneri di pirite, di cui all'art. 53 *bis* d.lgs. n. 22 del 1997 (ora art. 260, d.lgs. n. 152 del 2006).

si poneva in contrasto con la normativa comunitaria in materia di rifiuti e, in particolare, con la definizione comunitaria di “rifiuto”, sì che doveva essere dichiarata incostituzionale ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.

La Corte costituzionale ha dapprima ricordato che sulla base delle direttive comunitarie in materia di rifiuti emanate prima della norma impugnata⁴¹¹ e dell’orientamento consolidato della Corte di giustizia dell’Unione europea⁴¹², la nozione di rifiuto deve essere intesa in senso estensivo e deve ricomprendere ogni sostanza di cui il produttore si disfi. Ha poi osservato come invece la norma censurata escluda dalla categoria dei rifiuti le ceneri di pirite, indipendentemente dal fatto che l’impresa produttrice se ne sia disfatta, introducendo così una presunzione assoluta in base alla quale tali materiali, quale che sia la loro provenienza e il trattamento ricevuto da parte del produttore, sono sempre e comunque da qualificare come “sottoprodotto”. Secondo la Corte, l’impossibilità per il giudice di accertare le circostanze in cui si è formato il materiale e che hanno caratterizzato la gestione dello stesso, una volta prodotto, si pone in contrasto con l’esigenza, derivante dalla disciplina comunitaria, di verificare in concreto l’esistenza di un rifiuto o di un sottoprodotto.

Una volta rilevato il contrasto tra la norma censurata e le direttive comunitarie sui rifiuti, la Corte ha dichiarato di voler affrontare un’ulteriore questione, relativa agli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale 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. Si tratta di un punto della sentenza che assume particolare rilievo ai fini dell’indagine che ci occupa, dal momento che è in questa sede che la Corte ha svolto le proprie considerazioni in ordine alla portata del principio di retroattività della legge penale favorevole. La Corte ha sottolineato un aspetto peculiare della vicenda in questione, e cioè che, al momento della commissione dei fatti, la censurata norma di esclusione non esisteva, sicché

⁴¹¹ Direttiva 15 luglio 1975, n. 75/442/CEE (Direttiva del Consiglio relativa ai rifiuti), come modificata dalla direttiva 18 marzo 1991, n. 91/156/CEE (Direttiva del Consiglio che modifica la direttiva 75/442/CEE relativa ai rifiuti), direttiva 5 aprile 2006, n. 2006/12/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai rifiuti) che ha abrogato la precedente normativa.

⁴¹² Corte di giustizia, 18 aprile 2002, causa C-9/00, *Palin Granit Oy*; 11 settembre 2003, causa C-114/01, *Avesta Polarit Chrome Oy*.

trovavano applicazione le sanzioni penali previste dal legislatore per l'inosservanza delle norme introdotte in ossequio alle direttive comunitarie sui rifiuti. Durante lo svolgimento del processo è entrata in vigore la norma di esclusione, che è stata successivamente abrogata nelle more del giudizio incidentale.

La Corte, però, non si è fermata a considerare soltanto il *favor* codicistico (art. 2, comma 4, c.p.). Ha invece 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 Lisbona. Si tratta di un’affermazione dotata di forte carica innovativa.

Anzitutto, la Corte ha in tal modo confermato la tesi della dottrina prevalente⁴¹³, secondo cui la Carta è entrata in vigore insieme al Trattato di Lisbona ed è pertanto dotata di efficacia giuridica vincolante. Inoltre, riconoscendo espressamente che il principio di retroattività della legge penale favorevole trova copertura europea, la Consulta ha attribuito al principio stesso nuova forza nell’ambito dell’ordinamento interno.

Già abbiamo detto dell’efficacia diretta dell’art. 49 della Carta e della sua attitudine, quale disposizione contenente un diritto, a far sorgere immediatamente situazioni giuridiche soggettive rilevanti (art. 51 della Carta)⁴¹⁴. Ricordiamo, poi, che l’art. 49 della Carta, in virtù dell’art. 6 NTUE, ha lo stesso valore giuridico di una norma dei trattati ed è, pertanto, una fonte di diritto primario⁴¹⁵. La Corte, riconoscendo la portata sovranazionale del principio di retroattività della *lex mitior*, ha riconosciuto il suo carattere vincolante nei confronti di tutte le autorità statali, sia pur limitatamente agli ambiti di attuazione del diritto dell’Unione europea (art. 51 della Carta). Il legislatore, dunque, ne dovrà tener conto in sede di emanazione delle leggi e, laddove la norma interna si ponga in contrasto con l’art. 49 della Carta, essa dovrà essere disapplicata dal giudice nazionale.

⁴¹³ Cfr., DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e Trattato di Lisbona*, cit., 660 ss.; PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 13; POLLICINO O. – SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, cit., 103.

⁴¹⁴ V., cap. I, § 3.

⁴¹⁵ V., cap. I, § 3.1.

Il principio di retroattività della legge penale favorevole non incontra a livello europeo le deroghe che invece sono previste dall'ordinamento italiano. Nessuna limitazione ai "procedimenti in corso" è prevista per l'operatività del principio in presenza di una legge modificatrice più favorevole. Perfino nel caso di leggi eccezionali e temporanee, il principio sembrerebbe non subire alcuna deroga. A differenza di quanto avvenuto per il Patto internazionale sui diritti civili e politici, nel caso della Carta non vi è una legge italiana di ratifica, che abbia limitato l'applicazione del principio. Ne consegue che nelle materie riguardanti il diritto dell'Unione europea il principio di retroattività della *lex mitior*, anche nell'ambito dell'ordinamento italiano, dovrebbe assumere carattere assoluto e inderogabile, così come il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. Il rischio non è soltanto quello di introdurre in tal modo un trattamento differenziato a seconda che ci si trovi di fronte ad una materia inerente o meno il diritto dell'Unione europea - nel secondo caso, infatti, il soggetto sarebbe tutelato per mere questioni attinenti al riparto di competenze - . Più ampiamente, è riscontrabile il rischio di irragionevoli eccessi nel dispiegamento della retroattività favorevole. Di seguito alcuni rilievi al riguardo.

1.1. Limiti di un principio europeo di retroattività della legge penale favorevole.

Nella sentenza n. 28 del 2010, la Corte costituzionale, dopo aver riconosciuto la rilevanza del principio di retroattività della legge penale favorevole, ha chiarito che però quest'ultimo non può inibire la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie⁴¹⁶. Laddove si inibisse la verifica di conformità delle norme interne rispetto a quelle comunitarie, si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante nei confronti del legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali. La Corte, dunque, nonostante abbia riconosciuto copertura europea al principio di retroattività della legge penale favorevole, ne ha immediatamente individuato un primo limite laddove ha ritenuto che nel nostro ordinamento tale principio non possa comunque

⁴¹⁶ La Corte richiama, a tal proposito, Corte cost., sent. n. 148 del 1983. Sostanzialmente nello stesso senso, sent. n. 394 del 2006, cit.

impedire il sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore, poiché non si possono istituire “zone franche”. 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 in virtù di un supposto diritto all’applicazione “sempre e comunque” della norma più favorevole. Uno scrutinio di costituzionalità deve essere ammesso e la eventuale declaratoria di illegittimità deve avere come conseguenza l’espunzione dall’ordinamento della norma di favore censurata.

Per quanto riguarda, poi, l’applicabilità della norma di favore incostituzionale ai fatti pregressi, rimane da stabilire quali effetti possa avere nel giudizio *a quo* la declaratoria di incostituzionalità. La Corte, tuttavia, nonostante in premessa abbia dichiarato di voler affrontare tale questione, si è poi limitata a risolvere solamente la questione ad essa preliminare, ossia quella dell’ammissibilità di un suo sindacato nel caso di specie. Secondo la Corte, infatti, gli effetti delle sentenze di accoglimento nel processo *a quo* devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che regolano la successione nel tempo delle leggi penali. In tal modo la Corte ha espresso la propria “neutralità” in ordine alle conseguenze della decisione assunta: se anche il principio della *lex mitior* imponesse al giudice rimettente di applicare la norma dichiarata illegittima in favore degli imputati, nondimeno la rilevanza della questione di legittimità costituzionale sarebbe assicurata. Insomma, stabilirà il giudice quali siano le conseguenze della dichiarata illegittimità della *lex intermedia mitior* alla luce della normativa vigente. La Corte, inoltre, rilevando come il giudice *a quo* non avesse inserito tra i parametri costituzionali di riferimento anche l’art. 3 Cost., ha escluso di dover affrontare anche la problematica delle norme penali di favore dichiarate incostituzionali, che, ricordiamo, è stata risolta dalla sent. n. 394 del 2006 nel senso della loro irretroattività⁴¹⁷.

La Corte non ha chiarito se a seguito della propria declaratoria di incostituzionalità, la legge intermedia più favorevole debba o meno trovare applicazione nel giudizio *a quo*. Se, dunque, l’applicazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole possa giustificare, in relazione al caso di specie, il mantenimento di una di quelle “zone franche” che secondo la Corte non dovrebbero esserci. In tal

⁴¹⁷ V., cap. II, § 3.2.

caso, infatti, gli imputati, pur avendo commesso il fatto sotto la vigenza della norma penale incriminatrice, verrebbero a beneficiare dell'applicazione retroattiva di una norma favorevole emanata successivamente alla commissione dei fatti, sulla quale all'epoca essi non potevano certo fare affidamento. Così il legislatore potrebbe sempre emanare una legge successiva più favorevole contraria alla Costituzione applicabile retroattivamente anche laddove dichiarata incostituzionale. Spetta, dunque, al giudice *a quo* verificare se quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 394 del 2006, debba valere anche ora che al principio di retroattività della legge penale favorevole è stata riconosciuta copertura europea. In quell'occasione la Corte aveva individuato, tra i limiti al principio in questione, quello della legittimità costituzionale della norma sopravvenuta più favorevole. In tanto il principio di retroattività favorevole può trovare applicazione, in quanto la norma sia stata validamente emanata: non soltanto sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta; ma anche sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali.

Ora, se la stessa Corte afferma che non vi possono essere zone franche all'interno delle quali l'attività legislativa è sottratta a qualsiasi controllo, significa che il principio di retroattività della legge penale favorevole, sebbene nell'ambito del diritto dell'Unione europea abbia carattere assoluto ed inderogabile, trova un limite nel nostro ordinamento proprio nel divieto, per il legislatore, di introdurre aree di puro privilegio incostituzionale. E' vero che la scelta di criminalizzazione spetta al legislatore, ma si tratta pur sempre di un'attività di tipo discrezionale che deve essere esercitata nel rispetto dei valori costituzionali. In caso contrario, la Corte costituzionale non può che intervenire sostituendo alla valutazione politica la valutazione costituzionale⁴¹⁸. L'intervento della Corte deve essere poi dotato di una efficacia tale da consentire l'eliminazione di qualsiasi "area di favore" illegittimamente costituita, altrimenti il legislatore potrebbe sempre confidare nell'applicazione incondizionata della norma successiva più favorevole ancorché incostituzionale. Sotto l'egida del principio di retroattività favorevole potrebbero essere emanate leggi equiparabili in tutto e per tutto a provvedimenti di amnistia o di indulto. Non basta dunque ammettere la possibilità di un sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore, ma occorre altresì riconoscere efficacia all'eventuale pronuncia della Corte che abbia effetti *in malam partem*. La

⁴¹⁸ Cfr., PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, cit., 80.

norma penale di favore dichiarata incostituzionale – nel caso di specie *lex intermedia mitior* – non potrà pertanto trovare applicazione nel procedimento *a quo*.

Abbiamo, dunque, individuato un ulteriore limite al principio di retroattività della legge penale, nonostante la copertura europea, limite costituito dalla legittimità costituzionale della norma favorevole.

Le considerazioni fin qui svolte ci permettono di affermare, in definitiva, che a seguito dell'entrata in vigore della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea e, in particolare, dell'art. 49, il principio di retroattività della legge penale più favorevole ha acquisito senz'altro nuova forza anche nel nostro ordinamento. Tuttavia 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.

E' peraltro ipotizzabile che anche sul piano europeo venga riconosciuta la derogabilità del principio fondamentale di retroattività favorevole, quantomeno laddove esso debba essere sacrificato nel bilanciamento con altri principi fondamentali. Infatti, in una prospettiva di integrazione e armonizzazione tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, finalizzata alla miglior tutela dei diritti fondamentali, i rapporti tra la Carta e la Costituzione non possono essere risolti in termini di ordinazione gerarchico-formale⁴¹⁹. L'interpretazione di qualsiasi enunciato relativo ai diritti fondamentali, sia esso della Carta o della Costituzione, deve muovere dall'assunto che non può darsi alcun ordine gerarchico prestabilito tra principi ugualmente fondamentali, dal momento che essi sono portati ad implicarsi semanticamente a vicenda.

Rimane il problema del conflitto tra i diversi ordinamenti, qualora le valutazioni non coincidano. E' auspicabile che sia ben apprezzata la teoria dei controlimiti al primato del diritto sovranazionale sul diritto interno mediante un inquadramento sistematico che tenda al superamento dei conflitti interordinamentali attraverso il bilanciamento dei valori di volta in volta coinvolti. La Corte di Giustizia e

⁴¹⁹ Cfr., RUGGERI A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, Relazione al Convegno su *Diritti fondamentali, cittadinanza europea e tutele giuridiche sovranazionali* organizzato dal CNF e dall'Associazione Giuristi Europei, Roma, 23 novembre 2009, in www.federalismi.it.

la Corte costituzionale sono in buona sostanza chiamate a collaborare al fine di risolvere eventuali conflitti attraverso un'attività di interpretazione armonizzatrice. Non soltanto i principi fondamentali europei devono essere riconosciuti dall'ordinamento interno, ma deve ammettersi che anche che i principi fondamentali interni a loro volta entrino a far parte del cosiddetto "ordine pubblico comunitario" a seguito di un loro riconoscimento ad opera della Corte di Giustizia. Di fronte ad un conflitto tra il principio europeo di retroattività favorevole e un principio supremo della Costituzione, la Corte di giustizia ben potrebbe in sede interpretativa bilanciare i valori in gioco e ritenere, eventualmente, che la tutela di un valore fondamentale nazionale costituisca un interesse rilevante anche sul piano comunitario. I c.d. contro-limiti diventano così, anziché dei limiti nazionali contro il diritto comunitario, limiti operanti all'interno del sistema europeo⁴²⁰. Il dialogo tra le Corti può favorire una miglior tutela dei diritti fondamentali.

2. La questione costituzionale del contrasto tra la deroga legislativa alla retroattività favorevole e l'art. 7 CEDU (Cass. pen., ord. n. 22375 del 2010).

Una rinnovata sensibilità sul tema del fondamento costituzionale del *favor* è rinvenibile nell'ordinanza con cui la Corte di Cassazione ha sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria in materia di prescrizione di cui alla legge n. 251 del 5 dicembre 2005 (c.d. *ex-Cirielli*)⁴²¹. Ancora una volta, l'art. 10, comma 3, già in passato oggetto del sindacato della Corte costituzionale⁴²², si rivela terreno fecondo per uno sviluppo approfondito del tema del *favor*. Ricordiamo che tale norma era stata dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 393 del 2006, limitatamente alla parte in cui, con riferimento ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della legge (8 dicembre 2005), adottava l'apertura del

⁴²⁰ Cfr., CASSESE S., *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, Schema della introduzione alla discussione sul tema, svolta nel corso dell'incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e il Tribunale costituzionale federale tedesco, Karlsruhe, 20 novembre 2009, in www.cortecostituzionale.it.

⁴²¹ Cass. pen., sez. II, 27 maggio 2010, n. 22357, *De Giovanni et al.*, in *Diritto & Giustizia*, 2010, 298 ss., con nota di NATALINI A., *Legge ex Cirielli, atti alla consulta: a rischio la norma che esclude i nuovi termini di prescrizione, se più brevi, per i processi già pendenti in appello o alla Cassazione*; si veda anche il contributo di ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più mite: second life tra Europa e Costituzione*, in www.europeanrights.eu; BRONZINI G., *Questione di legittimità costituzionale della legge Cirielli per contrasto con la CEDU*, in www.diritticomparati.it.

⁴²² Ricordiamo le sentenze della Corte cost., n. 393 del 2006, cit., e n. 72 del 2008, cit.

dibattimento quale spartiacque intertemporale tra il regime estintivo più favorevole e quello meno favorevole⁴²³.

Oggetto di censura è ora quella parte della disciplina transitoria che esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, per i "processi già pendenti in grado di appello o avanti alla corte di cassazione". La norma, peraltro, era già stata esaminata dalla Corte con riferimento all'art. 3 Cost. nella sentenza n. 72 del 2008⁴²⁴. In quell'occasione, la Corte ne aveva escluso la contrarietà alla Carta fondamentale, ritenendo sussistente quella intrinseca ragionevolezza della scelta legislativa che giustifica la deroga al principio di retroattività della legge penale favorevole. A parere della Corte, tale deroga è significativamente correlata con interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo, quali la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale.

Diverso è invece il parametro di costituzionalità in base al quale viene ora sollevata nuovamente la questione da parte della Cassazione. Scompare, infatti, il riferimento all'art. 3 Cost., per lasciare spazio all'art. 117 Cost. e all'art. 7 CEDU.

Per meglio comprendere la portata della questione, riteniamo opportuno ripercorrere brevemente la vicenda da cui essa è originata.

I due imputati erano stati condannati in primo grado dal Tribunale di Agrigento per concorso nel delitto di trasferimento fraudolento di valori di cui all'art. 12-*quinquies* del d.l. n. 306 dell'8 giugno 1992⁴²⁵ per avere l'uno, noto imprenditore

⁴²³ V., cap. II, § 3.1.

⁴²⁴ V., cap. II, § 3.1.

⁴²⁵ Decreto convertito con modifiche dalla l. n. 356 del 7 agosto 1992. "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa". Ai sensi dell'art. 12 *quinquies* "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di escludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648- bis e 648- ter del codice penale, è punito con la reclusione da due a sei anni. Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dagli articoli 648, 648- bis e 648- ter del codice penale, coloro nei cui confronti pende procedimento penale per uno dei delitti previsti dai predetti articoli o dei delitti in materia di contrabbando, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416- bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416- bis, 629, 630, 644 e 644- bis del codice penale e agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, ovvero nei cui confronti è in corso di applicazione o comunque si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultino essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possano giustificare la legittima provenienza, sono puniti con la reclusione da due a cinque anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati".

siciliano, sottoposto ad indagine penale per concorso esterno in associazione mafiosa, fittiziamente attribuito al secondo la titolarità di una fondazione a sua volta titolare di un conto di 1.400.000 franchi svizzeri, allo scopo di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione. La sentenza veniva confermata dalla Corte d'Appello di Palermo in data 30 maggio 2007. Nelle more del procedimento d'appello era entrata in vigore la legge n. 251 del 2005. Ora, i fatti di cui all'imputazione erano stati commessi sul finire del 1998, sì che per effetto dei nuovi termini più favorevoli la prescrizione doveva considerarsi maturata nella prima metà del 2005, prima della pronuncia della sentenza di appello. All'applicazione della disciplina più favorevole ostava, tuttavia, la disciplina intertemporale della legge c.d. *ex-Cirielli*. La difesa ricorreva allora in Cassazione sollevando, tra l'altro, eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3 della legge n. 251 del 2005, per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. La difesa ricordava come la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 393 del 2006, aveva richiamato, a proposito del principio di retroattività della *lex mitior*, l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, la giurisprudenza della Corte di giustizia e l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali (all'epoca priva di carattere vincolante). Osservava, poi, come già la norma di carattere internazionale, se parametrata non all'art. 3 Cost., ma all'art. 117, comma 1, Cost., avrebbe reso non 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 *lex mitior* 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.

La decisione della Corte di Cassazione interviene in data 27 maggio 2010, dunque successivamente sia alla sentenza *Scoppola* emessa dalla CorteEDU⁴²⁶, sia all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha reso vincolante la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte, pertanto, non si limita ad affermare la

⁴²⁶ CorteEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit.

correttezza delle argomentazioni svolte dalla difesa in relazione all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ma svolge ulteriori considerazioni alla luce degli sviluppi normativi e giurisprudenziali che, in ambito sovranazionale, hanno caratterizzato il principio di retroattività della legge penale favorevole.

In particolare, il Collegio richiama il caso *Scoppola* e l'approccio dinamico ed evolutivo che la CorteEDU ha avuto nell'interpretazione dell'art. 7.1 CEDU. Nell'affermare che l'art. 7.1 non sancisce solo il principio della irretroattività della legge penale più severa, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa, la CorteEDU ha attribuito un "nuovo" significato all'art. 7.1 CEDU. Secondo la Cassazione, questo significato integra la norma interposta, in relazione al parametro costituzionale di cui all'art. 117 Cost. A tal proposito la Suprema Corte richiama l'orientamento costante della Corte costituzionale, secondo cui le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32.1 CEDU) – integrano quali 'norme interposte', il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, comma 1 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali⁴²⁷. Ne consegue che nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma CEDU, il giudice nazionale comune, deve, quindi, preventivamente verificare la praticabilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica, e ove tale soluzione risulti impercorribile (non potendo egli disapplicare la norma interna contrastante), deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento al parametro dianzi indicato⁴²⁸. Nel caso di specie, la Cassazione, non ritenendo praticabile la strada dell'interpretazione conforme, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, l. n. 251 del 2005, in relazione all'art. 117 Cost. e all'art. 7 CEDU come interpretato dalla CorteEDU. Precisa, altresì, che, in conformità a quanto affermato dalla Corte costituzionale⁴²⁹, è compito di quest'ultima verificare poi se la norma CEDU, che si

⁴²⁷ Corte cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007, cit., sent. nn. 311 e 317 del 2009, cit. Da ultimo, cfr. Corte cost., sent. n. 93 dell'8-12 marzo 2010, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 3, 297 ss.

⁴²⁸ Così, Corte cost., sent. n. 239 del 2009, cit.

⁴²⁹ Corte cost., sent. n. 93 dell'8-12 marzo 2010, cit.

colloca pur sempre ad un livello sub-costituzionale, si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In tale eccezionale ipotesi dovrà evidentemente essere esclusa l' idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale.

L'ordinanza della Corte di Cassazione assume particolare rilievo ai fini della nostra indagine, dal momento che con essa viene riconosciuta la portata innovativa della sentenza *Scoppola*, in cui la CorteEDU ha affermato l'applicabilità della legge penale più favorevole "senza se e senza ma"⁴³⁰. La Cassazione dimostra così di essere ben consapevole della nuova forza che il principio di retroattività della *lex mitior* ha assunto in ambito sovranazionale e che si riverbera necessariamente nei confronti dell'ordinamento italiano. Nel caso di specie, la materia oggetto di giudizio è priva di collegamenti con il diritto dell'Unione: pertanto l'art. 7.1 può venire in rilievo solo come parametro interposto. Dobbiamo ricordare, tuttavia, che a seguito dell'intervento interpretativo della CorteEDU, la regola ha acquistato un contenuto corrispondente a quello di cui all'art. 49. 1 della Carta. La Carta, dunque, sia pur limitatamente ai casi rientranti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, diventa veicolo di ingresso della CEDU nel nostro ordinamento come fonte di immediata applicabilità. Sebbene, infatti, l'art. 7.1 CEDU non abbia di per sé valore di norma dell'Unione europea, esso lo assume e con rilevanza primaria attraverso l'art. 49. 1 della Carta⁴³¹. Ricordiamo, a tal proposito, l'art. 52.3 della Carta, secondo cui "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione".

La Cassazione, riconosciuto il nuovo ruolo che il principio di retroattività della legge penale favorevole riveste anche per l'ordinamento italiano, sente la necessità di un adeguamento di quest'ultimo anche alla giurisprudenza CEDU, secondo i dettami delle sentenze nn. 348 e 349 della Corte costituzionale. A tal fine solleva una questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117 Cost., con un invito abbastanza chiaro alla Corte costituzionale a superare il semplice ancoraggio della *lex mitior* all'art. 3

⁴³⁰ In questo senso, BRONZINI G., *Questione di legittimità costituzionale della legge Cirielli per contrasto con la CEDU*, cit.

⁴³¹ V., cap. I, § 4.4.3.

Cost.⁴³². Sarà interessante scoprire l'orientamento della Corte: se riterrà di dover bilanciare, come nella sent. n. 393 del 2006, gli interessi in gioco o se opterà per l'incostituzionalità della norma alla luce della pronuncia della CorteEDU che non lascia nel suo impianto alcun margine. Ricordiamo, infatti, che in virtù dell'art 15.2 CEDU, l'art. 7 CEDU ha carattere inderogabile.

L'esito del giudizio di costituzionalità non è affatto scontato. E' vero, infatti, che la Corte costituzionale ha già mostrato in altre occasioni grande capacità di adattamento ai mutamenti internazionali: pensiamo, ad esempio, alla sentenza n. 28 del 2010 in cui ha riconosciuto la copertura europea del principio di retroattività della *lex mitior*⁴³³. Tuttavia non possiamo dimenticare che anche nella sentenza n. 393 del 2006⁴³⁴ la Corte aveva richiamato, a sostegno della declaratoria di illegittimità costituzionale, sia l'art. 49 della Carta che la sentenza della Corte di giustizia del 2005⁴³⁵. La portata dei dati normativi e giurisprudenziali di provenienza sovranazionale era stata però limitata. Secondo la Corte essi erano senz'altro idonei a fondare la regola dell'applicazione retroattiva della legge penale favorevole, ma non ad escludere che tale regola potesse essere sacrificata da una legge ordinaria "in favore di interessi di analogo rilievo (quali – a titolo esemplificativo – 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". La Corte, dunque, pur prendendo in considerazione le fonti sovranazionali, non le ha ritenute sufficienti ad elevare il principio di retroattività della *lex mitior* ad un rango costituzionale.

Oggi, tuttavia, il quadro sovranazionale è mutato in modo decisivo e tale principio ha acquisito più forza che in precedenza. All'epoca della pronuncia della Corte testé richiamata, infatti, l'art. 49 della Carta era privo di valore giuridico e la giurisprudenza della CorteEDU era ancora ferma nel ritenere che l'art. 7.1 CEDU consacrasse solamente il principio di irretroattività sfavorevole e non anche quello di retroattività favorevole. Ora, invece, il nuovo peso che quest'ultimo riveste in ambito sovranazionale, e che non può essere ignorato da parte del nostro ordinamento, potrebbe

⁴³² Sul punto, si veda ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più mite: second life tra Europa e Costituzione*, cit.

⁴³³ V., cap. III, § 1.

⁴³⁴ V., cap. II, § 3.1.

⁴³⁵ CGCE, sent. 3 maggio 2005, *Berlusconi et. al.*, cit.

risultare decisivo nel nuovo scrutinio di costituzionalità. La Corte stessa, del resto, ha nel frattempo compiuto notevoli passi avanti sul terreno del riconoscimento delle fonti sovranazionali, a partire proprio dalle norme della CEDU, assunte al rango di fonti interposte fin dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007⁴³⁶. E' vero che rimane pur sempre un controllo di compatibilità della norma convenzionale interposta con le norme della Costituzione, ma si tratta di un controllo che la Corte costituzionale stessa ha ridimensionato, relegandolo all' ipotesi "eccezionale"⁴³⁷. Vi è, tuttavia, chi ha ipotizzato la possibilità che tale eccezionalità possa materializzarsi proprio nel caso di specie, dal momento che per evitare il naufragio di un elevato numero di processi ormai prossimi alla conclusione, la Corte ben potrebbe innalzare il vessillo dell' art. 3 Cost⁴³⁸.

3. Nuove concezioni delle fonti del diritto penale (Cass.pen., SS.UU., 21 gennaio-13 maggio 2010, n. 18288) e retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole

Un'ultima questione che intendiamo affrontare nel presente lavoro riguarda il ruolo del mutamento giurisprudenziale. Di fronte al mutare non soltanto della legge, ma oggi sempre più frequentemente anche degli orientamenti giurisprudenziali, occorre valutare se all'intervenuto mutamento giurisprudenziale favorevole possa essere attribuita disciplina identica od analoga a quella concernente la legge successiva favorevole⁴³⁹. Il tema è strettamente legato a quello del ruolo attribuibile alla

⁴³⁶ V., cap. I, § 4.4.1.

⁴³⁷ Così, Corte cost., sent. n. 93 del 2010.

⁴³⁸ ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più mite: second life tra Europa e Costituzione*, cit.

⁴³⁹ Non ci soffermeremo in questa sede sul tema della irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, sul quale v., ampiamente, CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit.; RIONDATO S., *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, cit., 239 ss.; VOGLIOTTI M., *Penser l'impensable: le principe de la non rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *D.&Q.*, 3, 2003, 331 ss. Da ultimo, v., BALSAMO D., *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 5, 2202 ss.

giurisprudenza⁴⁴⁰ penale e, in particolare, alla sua mutevolezza nell'ambito giudiziario⁴⁴¹.

Ora, per applicare il principio di retroattività della legge penale favorevole al mutamento giurisprudenziale favorevole dovrebbe potersi riconoscere alla giurisprudenza penale il valore di fonte del diritto. Si dovrebbe, dunque, riconoscere ai giudici una competenza a produrre o comunque ad esprimere diritto penale. Una competenza, questa, che verrebbe ad affiancare la competenza parlamentare. Il nostro sistema di *civil law* non consente, tuttavia, un'operazione di questo tipo. L'unica strada percorribile per far emergere una qualche retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole è allora quella di recuperare gli esiti giuridici di derivazione internazionale. Abbiamo visto⁴⁴² che un certo ruolo del diritto giurisprudenziale può essere affermato sulla base dell'art. 7 CEDU. Secondo la CorteEDU, infatti, la nozione di diritto ivi implicata va oltre quella di legge, ricomprendendo tanto il diritto scritto quanto il diritto non scritto, di creazione giurisprudenziale e non legislativa⁴⁴³. A ciò si aggiunga che a seguito dell'interpretazione evolutiva effettuata dalla CorteEDU nel caso *Scoppola*, l'art. 7 CEDU consacra anche il principio di retroattività favorevole. Ne è conseguenza che la irretroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole potrebbe trovare sanzione (contro lo Stato che non l'ha impedita) proprio tramite la CEDU.

La strada della Convenzione è quella, peraltro, seguita dalla recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione⁴⁴⁴, chiamate a decidere se il

⁴⁴⁰ Sui significati attribuibili al termine "giurisprudenza", si veda, per tutti, LOMBARDI VALLAURI G., *Giurisprudenza. Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989; BESSONE M. – GUASTINI R., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, 1994.

⁴⁴¹ Le considerazioni sul ruolo della giurisprudenza penale sono emerse con grande intensità nel corso degli anni '90. A tal proposito, si veda, CADOPPI A., *Introduzione allo studio del valore del precedente nel diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1998, I, 57 ss.; ID., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit.; CONTENTO G., *L'insostenibile incertezza delle decisioni giudiziarie*, in *Ind. pen.*, 1998, 947 ss.; FIANDACA G. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997; GIUNTA F., *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *St. Juris*, 1999, 12 ss.; PALAZZO F. C., *Le articolazioni concrete della certezza del diritto nel sistema penale*, in *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993, 72 ss.; RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit.; ID., *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, cit. 239 ss.; ROMEO G., *La nomofilachia, ovvero l'evanescente certezza del diritto*, in *Cass. pen.*, 1997, 3667 ss.; STORTONI L. (a cura di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2, 1991, 7 ss.

⁴⁴² V., cap. I, § 4.1.

⁴⁴³ Cfr., CorteEDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 35; 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, cit., § 29; 8 luglio 1999, *Baskaja e Okçuoglu c. Turchia*, cit., § 36.

⁴⁴⁴ Cass. pen., SS.UU., 21 gennaio-13 maggio 2010, n. 18288, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 4, 409. Si vedano i commenti di BIONDI F., *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore"*

mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite rendesse ammissibile la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata o se invece questa dovesse essere dichiarata inammissibile, ai sensi dell'art. 666, comma 2 c.p.p., perché basata sui "medesimi elementi" di diritto⁴⁴⁵.

La questione trae origine dal caso di un condannato all'estero trasferito in Italia in applicazione della Convenzione di Strasburgo del 21 marzo 1983⁴⁴⁶. Dopo una prima richiesta di applicazione dell'indulto ai sensi della legge n. 241 del 2006⁴⁴⁷, rigettata dal giudice dell'esecuzione sulla base dell'allora costante orientamento giurisprudenziale⁴⁴⁸, egli ne presentava una seconda, adducendo, quale nuovo elemento di diritto, idoneo a superare la preclusione processuale di cui all'art. 666, comma 2 c.p.p., il mutamento giurisprudenziale nel frattempo intervenuto ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione⁴⁴⁹. L'ordinanza di applicazione dell'indulto emessa dalla Corte di Appello di Milano veniva impugnata dal Procuratore Generale, secondo cui la richiesta avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile ai sensi dell'art. 666, comma 2 c.p.p., in quanto fondata sui medesimi elementi di quella già rigettata in precedenza, non potendosi ritenere "nuovo elemento" di diritto il mero mutamento di giurisprudenza,

della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2010, 1 ss.; MACCHIA A., *La modifica interpretativa cambia il diritto vivente e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida al dir.*, 2010, 27, 70 ss.

⁴⁴⁵ Ai sensi dell'art. 666, comma 2 c.p.p., "Se la richiesta appare manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi, il giudice o il presidente del collegio, sentito il pubblico ministero, la dichiara inammissibile con decreto motivato, che è notificato entro cinque giorni all'interessato". V., CASELLI LAPESCHI A., *Sub art. 666*, in CONSO G. – GREVI V., *Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, VI ed., Padova, 2009, 2486 ss.; CONSO G. – GREVI V., *Compendio di procedura penale*, IV ed., 2008, 961 ss.; TONINI P., *Diritto processuale penale. Manuale breve*, Milano, 2009, 739 ss.

⁴⁴⁶ Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle persone condannate. Eseguita in Italia con legge 25 luglio 1988, n. 334. Il testo della Convenzione, unitamente al *Rapporto esplicativo* alla stessa, è consultabile in ZANETTI E. (a cura di), *Convenzioni sul trasferimento delle persone condannate*, Milano, 1999, 53 ss.; in argomento, in dottrina cfr., RAGOZZINO A., *Il trasferimento delle persone condannate secondo la Convenzione europea del 21 marzo 1983*, in *Doc. giust.*, 2000, 1212 ss.

⁴⁴⁷ Legge 31 luglio 2006, n. 241, "Concessione di indulto".

⁴⁴⁸ Si veda, *ex multis*, Cass., Sez. I, 29 gennaio 2008, Nogarin, in *C.E.D. Cass.*, n. 239562; Sez. VI, 21 marzo 2007, Melina, *ivi*, n. 236583. Tale costante orientamento dei giudici di legittimità negava l'applicazione dell'indulto ai condannati all'estero trasferiti in Italia, in considerazione del mancato richiamo, nell'art. 12 della Convenzione citata, dell'indulto tra i benefici accordabili da ciascun Paese.

⁴⁴⁹ Cass., SS.UU., 10 luglio 2008, n. 36527, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 6, 671. Si veda il commento di GERACI R.M., *Osservazioni a Cass. pen., sez. uu., 10 luglio 2008 n. 36527*, in *Cass. pen.*, 2009, 1, 57 ss. La sentenza segue l'orientamento dottrinale prevalente: cfr., per tutti, PISANI M., *Il trasferimento dei detenuti, l'indulto e la Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 474 ss.

ancorché delle Sezioni Unite⁴⁵⁰. Alle Sezioni Unite⁴⁵¹, dunque, veniva devoluto il quesito se il mutamento di giurisprudenza, indotto da una pronuncia che promani dal massimo organo della nomofilachia, rappresenti o meno un nuovo elemento di diritto sul quale poter fondare l'ammissibilità di una nuova domanda *in executivis*, dopo una precedente analoga richiesta già respinta e superare, di conseguenza, l'altrimenti paralizzante preclusione sancita dall'articolo 666, comma 2, c.p.p. La premessa da cui muove la Corte è data dalla sussistenza dell'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della CEDU, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁵². Secondo la Corte, dunque, al fine di individuare la nozione di "elemento nuovo di diritto", è necessaria una interpretazione sistematica dell'art. 666 comma 2, c.p.p. alla luce delle disposizioni della CEDU, con particolare riferimento al principio di legalità penale di cui all'art. 7, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, in modo da soddisfare l'esigenza di un dialogo tra il giudice nazionale e quello europeo, nella prospettiva di una più completa tutela dei diritti fondamentali della persona. Viene così richiamata la giurisprudenza della CorteEDU - da ultimo ribadita nel caso *Scoppola*⁴⁵³ - che ha individuato una nozione "allargata" di legalità, comprensiva sia del diritto di produzione legislativa che di quello di derivazione giurisprudenziale⁴⁵⁴. Già abbiamo visto come tale visione sostanziale del principio di legalità si confronti, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con particolari condizioni qualitative, quali l'accessibilità della norma penale e la ragionevole prevedibilità delle sue conseguenze⁴⁵⁵. Secondo le Sezioni

⁴⁵⁰ La tesi del Procuratore Generale faceva leva sulla distinzione tra la nozione di "principio di diritto" e quella di "argomento di diritto" fondata sugli artt. 627 c.p.p. e 384 c.p.c. Nel caso di specie, secondo il P.G., la nuova richiesta aveva fatto leva sullo stesso "principio di diritto", vale a dire l'applicabilità dell'indulto, anche se motivata da "nuovi argomenti di diritto".

⁴⁵¹ Sul punto si registravano, in seno alla Suprema Corte, due diversi orientamenti. Secondo l'orientamento prevalente, il mutamento di giurisprudenza, in quanto non assimilabile al mutamento del dato normativo, non rappresenta un "elemento nuovo di diritto" idoneo a rendere ammissibile la riproposizione dell'istanza già in precedenza respinta dal giudice dell'esecuzione e a rimuovere la preclusione del c.d. "giudicato esecutivo" (cfr., Cass., sez. I, 11 marzo 2009, n. 23817; sez. I, 15 gennaio 2009, n. 3736; sez. V, 27 aprile 2004, n. 25079). L'orientamento minoritario afferma che la mutata interpretazione di una norma, specie se cristallizzata in una pronuncia delle Sezioni Unite, può integrare una nuova motivazione giuridica che legittima la riproposizione al giudice dell'esecuzione di una richiesta precedentemente rigettata (cfr., Cass., sez. V, 24 febbraio 2001, n. 15099).

⁴⁵² Tale obbligo è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 349 del 2007, cit., e 239 del 2009, cit. V., cap. I, § 4.4.1.

⁴⁵³ CorteEDU, 17 settembre 2009, cit., v. cap. I, § 4.2.

⁴⁵⁴ Per altri riferimenti giurisprudenziali e per un'analisi della nozione di "diritto" secondo la CEDU, si rinvia al cap. I., § 4.1.

⁴⁵⁵ Cfr., cap. I., § 4.1.

Unite, il sistema convenzionale ritiene complementari il dato legislativo e il dato giurisprudenziale, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi della accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte EDU si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale, quanto alla norma "vivente", risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici. A questo punto le Sezioni Unite richiamano la nozione di "diritto vivente" individuata dalla Corte costituzionale⁴⁵⁶, correlata a quella di giurisprudenza consolidata o costante, con riferimento alla quale una considerazione preminente deve essere riservata alla Corte di Cassazione, in base alla predominanza del criterio qualitativo del grado sul criterio quantitativo del numero delle decisioni, e in special modo alle sentenze delle Sezioni Unite per la loro funzione di dirimere contrasti anche potenziali a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata dell'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza.

Da tutte queste considerazioni la Corte Suprema inferisce che nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui all'art. 666, comma 2, c.p.p., deve ricomprendersi anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente".

In definitiva le Sezioni Unite, attraverso il richiamo del dato normativo e giurisprudenziale sovranazionale, non solo qualificano la giurisprudenza come fonte di diritto, ma riconoscono altresì l'applicazione retroattiva del diritto da essa prodotto laddove affermano che sulla base del nuovo orientamento i giudici debbano rivedere le proprie decisioni. Tale operazione ermeneutica viene giustificata con l'esigenza di garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti da norme sopranazionali a carattere imperativo. Diversamente, si negherebbe il "minimo etico" del processo penale: si violerebbe cioè il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., perché si determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra condannati (in Italia e all'estero con sentenza resa esecutiva nel nostro Paese) per reati dello stesso tipo, commessi tutti primi della data di operatività dell'indulto. In nome dell'eguaglianza dei detenuti le Sezioni Unite si spingono fino ad attribuire alla propria pronuncia un'efficacia vincolante alla stregua della fonte scritta. La giurisprudenza, sia pure "senza

⁴⁵⁶ Cfr., Corte cost., sent. n. 317 del 2009, n. 260 del 1992, n. 292 del 1985, n. 34 del 1977.

varcare la ‘linea di rottura’ con il dato positivo ed evadere da questo”, partecipa alla produzione del diritto e, pertanto, laddove cambi il “diritto vivente”, il giudice dovrà tenerne conto come se vi sia stato un mutamento normativo. Salvo il caso, però, in cui il mutamento giurisprudenziale abbia ad oggetto una diversa e nuova interpretazione *contra reum* di norme sostanziali, poiché tanto la legge nazionale quanto la CEDU sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli e, dunque, della mutata interpretazione più sfavorevole.

Si tratta di una decisione di assoluta importanza dal momento che in buona sostanza ridetermina la teoria delle fonti ancorabili al nostro ordinamento e, per quanto di nostro interesse, apre la strada ad una estensione al mutamento giurisprudenziale dei principi in materia di successione di leggi penali, in particolare al principio di retroattività favorevole.

La retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole non è, tuttavia, esente da limiti. Le Sezioni Unite precisano, infatti, come la possibilità di un riesame da parte del giudice della propria precedente decisione sia ammesso, nel caso di specie, perché non si pone un problema di giudicato in senso proprio. Impropiamente si evoca la nozione di “giudicato” in relazione ai provvedimenti del giudice dell’esecuzione, dal momento che le questioni sono sempre suscettibili di essere riproposte, con il solo “filtro processuale” previsto dall’art. 666, comma 2, c.p.p., che la nuova istanza non costituisca mera riproposizione di altra già rigettata, basata sui “medesimi elementi”. Questa precisazione della Suprema Corte può essere letta nel senso che un’applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale favorevole al di fuori della materia esecutiva e cautelare⁴⁵⁷ è ammessa in tanto in quanto non si sia già formato il giudicato. Riteniamo condivisibile tale limite per il caso di nuova interpretazione giurisprudenziale “modificatrice”, al pari di quanto l’art. 2, comma 4, c.p. prevede per la legge che introduca una modificazione favorevole della fattispecie penale. Crediamo, tuttavia, che esso non possa essere esteso anche all’ipotesi di mutamento giurisprudenziale che introduca, di fatto, una *abolitio criminis*. Nel momento in cui si conviene di attribuire alla giurisprudenza il valore di fonte del diritto, al pari delle leggi, deve estendersi ad

⁴⁵⁷ Il “giudicato cautelare” è una nozione normativamente non prevista, costruita dalla giurisprudenza come preclusione di natura endoprocedurale, legittimata dal principio del *ne bis in idem* di cui all’art. 649 c.p.p., sostanzialmente analoga, anche se non identica, a quella del “giudicato esecutivo”, dalla quale si differenzia, sul piano della disciplina normativa, per la mancanza di una apposita disposizione come quella di cui all’art. 666, comma 2, c.p.p.

essa l'intera disciplina che l'art. 2 c.p. prevede, appunto, per la successione delle leggi penali nel tempo. Ne è conseguenza che il limite del giudicato dovrebbe non operare in presenza di una interpretazione giurisprudenziale "abrogatrice".

Un ulteriore limite alla retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole individuato dalle Sezioni Unite è dato dal fatto che non può riconoscersi valore vincolante a qualsiasi nuova interpretazione giurisprudenziale. Deve trattarsi di un'interpretazione consolidata o costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario. Il consolidamento e la costanza della giurisprudenza non dipendono poi dalla quantità delle decisioni che hanno adottato quel determinato orientamento innovativo, ma dal grado e dalla funzione rivestiti dall'autorità giudiziaria da cui esso promana. E' chiaro, dunque, che difficilmente potrà essere riconosciuta una qualche efficacia retroattiva ad una nuova interpretazione giurisprudenziale riconducibile ad un giudice di merito, ancorché essa venga più volte ripresa anche da altri giudici di merito.

La decisione testé commentata evidenzia come, ancora una volta, il precipitato del diritto sovranazionale in materia di *favor* possa influire in modo determinante sul riconoscimento del principio a livello nazionale.

CONCLUSIONI

L'ipotesi di lavoro ruotava intorno all'esistenza in ambito internazionale ed europeo di un principio di retroattività benigna (*favor*) dotato di rango e forza superiore a quella che tale principio si è visto finora riconoscere nell'ordinamento italiano.

Abbiamo apprezzato anzitutto il rilievo attribuito alla retroattività favorevole dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 15). Espunta l'interpretazione restrittiva propugnata da parte della dottrina sulla base del mero dato letterale (“*peine plus légère*”), la norma pattizia ci è parsa idonea a sorreggere la retroattività sia della legge successiva “modificatrice” che di quella “abolitrice”. Si tratta di un principio che a livello internazionale non incontra alcuna deroga, mentre a livello nazionale, ove l'art. 15 del Patto può rilevare in sede di interpretazione conforme o quale norma interposta integrante il parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 Cost., la sua operatività nel caso di legge modificatrice è stata limitata ai procedimenti in corso, attraverso la riserva interpretativa che salva quindi il giudicato, apportata dall'Italia in sede di ratifica.

Successivamente abbiamo esaminato il *favor* in prospettiva europea, verificando come fino a tempi recentissimi la sua individuazione sia stata opera dell'elaborazione giurisprudenziale. La Corte di giustizia delle Comunità europee ha assunto inizialmente un atteggiamento tendenzialmente agnostico: ora considerando il problema dell'applicabilità retroattiva della legge penale più favorevole come una questione esclusivamente di diritto nazionale (casi *Allain* e *Saetti Frediani*); ora ritenendo irrilevante tale problema nei casi concernenti la violazione della normativa comunitaria da parte di una norma interna successiva favorevole (casi *Tombesi* e *Niselli*). Bisogna attendere il 2005 (caso *Berlusconi et al.*) perché la Corte assuma una posizione precisa in ordine al principio della *lex mitior*: per la prima volta ha riconosciuto il *favor* quale principio generale di diritto comunitario ricavabile dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (peraltro apoditticamente e tramite un *obiter dictum*). Questa pronuncia è significativa ai fini dell'individuazione del livello di riconoscimento accordato in ambito europeo al principio di retroattività della legge penale favorevole, poiché anticipa l'emersione del *favor* nell'ambito del diritto union-europeo di produzione legislativa. L'art 49. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, testo inizialmente privo di valore giuridico (2000), sancisce

espressamente la regola della retroattività favorevole, che assume carattere tendenzialmente inderogabile (negli ambiti in cui rileva l'attuazione del diritto dell'Unione). Tale regola ha acquistato forza attraverso l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (dicembre 2009), che ha elevato la Carta al rango di fonte primaria dell'ordinamento dell'Unione europea (art. 6 NTUE). L'art. 49.1 sancisce non un principio, ma un diritto fondamentale. Questa norma ha un'efficacia diretta, suscettibile di far sorgere immediatamente situazioni giuridiche soggettive rilevanti, con conseguente possibilità per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna contrastante.

L'analisi del quadro sovranazionale delle fonti rilevanti in materia di *favor* è proseguita con riguardo al *nullum crimen sine iure* di cui all'art. 7.1 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, e alla sua interpretazione da parte della Corte europea. Quest'ultima, mentre ha sempre affermato che la norma convenzionale sancisce non soltanto il principio di irretroattività sfavorevole, ma anche il principio di legalità, tuttavia tradizionalmente ha negato la possibilità di rinvenirvi il corollario della retroattività favorevole (casi *X c. Germania*, *Le Petit c. Regno Unito*, *Zaprianov c. Bulgaria*). Solamente nel 2009 è emersa un'interpretazione evolutiva dell'art. 7.1 CEDU, ispirata dal mutato consenso nel frattempo intervenuto a livello internazionale ed europeo: la Corte EDU è giunta ad affermare che l'art. 7.1 sancisce anche la retroattività *in mitius* (caso *Scoppola*, peraltro foriero di una *dissenting opinion* particolarmente severa).

Riguardo all'operatività del nuovo principio CEDU nel mutato quadro europeo, abbiamo verificato come, nonostante la diversa opinione della giurisprudenza amministrativa italiana, il Trattato di Lisbona non abbia determinato la "comunitarizzazione" delle norme CEDU: l'art. 7.1 continua a incidere sul nostro ordinamento quale norma pattizia rilevante in sede di interpretazione conforme, o quale norma interposta in una eventuale questione di legittimità costituzionale della norma interna contrastante.

Una volta individuati i dati normativi e giurisprudenziali sovranazionali, che ci hanno consentito di caratterizzare la ricercata "copertura internazionale" e "copertura europea" del principio di retroattività della legge penale favorevole, l'attenzione si è rivolta criticamente al pensiero della dottrina e della giurisprudenza italiana in merito

alla possibilità di individuare dei parametri costituzionali che siano in grado di fondare il *favor* nazionale.

Quanto alla dottrina, salvo una voce isolata che fonda il principio in questione nell'art. 25, comma 2, Cost. (Pagliaro), l'orientamento maggioritario, accogliendo una concezione del diritto penale di tipo oggettivistico, lo ancora all'art. 3 Cost., ammettendo così la possibilità di deroghe, ove sorrette da giustificazioni ragionevoli.

Quanto alla giurisprudenza, la Corte costituzionale, che ha sempre escluso che la regola della retroattività favorevole sia imposta dall'art. 25, comma 2, Cost., ha ritenuto che tale retroattività si atteggi a principio costituzionalmente rilevante, derogabile dal legislatore solo in presenza di una sufficiente ragione giustificativa. Tra le decisioni al riguardo, in cui la Corte si è interrogata sulla ragionevolezza di certe deroghe al *favor* previste dalla legislazione ordinaria, abbiamo valorizzato in particolare anzitutto la sentenza n. 393 del 2006, che ha impegnato la Corte in ordine alla costituzionalità della deroga alla retroattività *in mitius* introdotta per la disciplina transitoria in materia di prescrizione dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (art. 10, comma 3). La Corte, sebbene abbia richiamato le fonti sovranazionali in materia di *favor* a sostegno della declaratoria di illegittimità costituzionale, non le ha tuttavia ritenute sufficienti ad escludere che la regola della retroattività favorevole possa essere sacrificata da una legge ordinaria in favore di interessi di analogo rilievo costituzionale.

Nella sentenza n. 394 del 2006 il riconoscimento dell'importanza, anche sul piano sovranazionale, del principio di retroattività della legge penale favorevole, si è inserito nella più ampia problematica dell'ammissibilità del sindacato della Corte sulle norme penali c.d. "di favore". Per la prima volta la Corte costituzionale, in conformità con la dottrina maggioritaria, ha riconosciuto in modo esplicito che il principio di retroattività *in mitius* ha un fondamento costituzionale che deve essere rinvenuto nel principio di eguaglianza. Quest'ultimo, peraltro, ne segna anche il limite, dal momento che devono ritenersi legittime sul piano costituzionale eventuali deroghe sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli. Un ulteriore limite alla retroattività favorevole viene poi individuato dalla Corte nella legittimità costituzionale della norma successiva favorevole. In tanto sarà possibile applicare retroattivamente una norma sopravvenuta più favorevole, in quanto essa sia stata validamente emanata, sia dal punto di vista formale, che da quello sostanziale. Si tratta di un limite che deve operare anche

in sede di valutazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel procedimento penale *a quo*.

Alla luce del riconoscimento che il *favor* riceve ora in ambito sovranazionale, le teorie elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana si sono dimostrate bisognose di una rimeditazione. In virtù della nuova forza sovranazionale, anche in ambito nazionale si impone il consolidamento del principio di retroattività della legge penale favorevole. Recente giurisprudenza, successiva alla sentenza *Scoppola* della CorteEdu e all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha dimostrato di cogliere la nuova portata del *favor* e la necessità di affrontare senza remore il ruolo di tale principio nella cornice dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale. Invero, la Corte costituzionale, nell'ambito di un sindacato di costituzionalità su norma extrapenale di favore, ha riconosciuto come la regola della retroattività favorevole trovi ora copertura europea nell'art. 49 della Carta (sent. n. 28 del 2010).

Abbiamo però notato come, nonostante la copertura europea, nell'ambito del nostro ordinamento debbano riconoscersi ancora limiti al principio.

Anzitutto, il *favor* europeistico non può legittimare il mantenimento di norme di favore costituzionalmente illegittime, consentendo al legislatore di creare “zone franche” all'interno delle quali la sua attività non sarebbe soggetta ad alcun controllo (con l'evidente rischio che norme di favore vengano emanate, per esempio, quali succedanei di provvedimenti indulgenziali che non trovano adeguato consenso parlamentare). Deve ammettersi un sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore anche quando il *favor* abbia origine europea. In secondo luogo, sempre al fine di evitare che permangano aree di puro privilegio incostituzionale, deve escludersi che la norma di favore dichiarata incostituzionale sia suscettibile di applicazione retroattiva. Il secondo limite è, dunque, rinvenibile nella legittimità costituzionale della norma penale più favorevole.

Mentre la Corte costituzionale ha riconosciuto l'importanza che il *favor* assume a livello europeo, la Corte di Cassazione ha invece avuto modo di apprezzare la portata del *favor* a livello internazionale (Cass., 27 maggio – 11 giugno 2010, n. 22357). Essa, infatti, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria in materia di prescrizione (legge n. 251 del 2005, art. 10, comma 3) non già, come in precedenza era avvenuto, sulla base dell'art. 3 Cost., bensì sulla base dell'art. 117 Cost., integrato dall'art. 7.1 CEDU, come interpretato dalla CorteEDU nella

sentenza *Scoppola*. La Corte Suprema, avvertendo la necessità di un adeguamento del *favor* nazionale alla giurisprudenza della CorteEDU, ha rivolto un chiaro invito alla Corte costituzionale a superare il semplice ancoraggio del principio all'art. 3 Cost. e ad occuparsi di esso alla luce dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale. Spetta ora alla Corte costituzionale decidere se: recepire *in toto* il precipitato di diritto internazionale, riconoscendo l'inderogabilità del principio di retroattività *in mitius*, con la conseguenza che dovrebbe essere rivalutata la legittimità di tutte le deroghe previste dalla legislazione ordinaria (ipotesi, questa, che riteniamo remota); oppure ritenere la norma convenzionale interposta incompatibile con la nostra Costituzione e quindi inidonea ad integrare il parametro di cui all'art. 117 Cost. (ipotesi, questa, eccezionale); o, infine, recepire la portata internazionale del *favor* ma, allo stesso tempo, ritenere che esso debba trovare dei limiti in caso di conflitto con i principi supremi dell'ordinamento.

La nostra opinione è che, sebbene sia indubbio che al principio di retroattività della legge penale favorevole debba essere riconosciuta copertura europea e copertura internazionale, nondimeno deve ritenersi che valga pur sempre il limite della supremazia della Costituzione. E' auspicabile, dunque, che si innesti un dialogo tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e CorteEDU improntato alla massima tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e volto a risolvere gli eventuali conflitti interordinamentali non secondo il rigido criterio gerarchico-formale, bensì attraverso la ben più flessibile tecnica di bilanciamento "concordato" degli interessi di volta in volta coinvolti (c.d. concordato giurisprudenziale).

Un ultimo banco di prova dell'influenza che il precipitato del diritto sovranazionale comincia ad assumere nei confronti del *favor* nazionale, è rappresentato da una recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, che valorizza il precipitato penalistico della CEDU per rideterminare la concezione delle fonti di diritto penale. Sulla base della nozione di "diritto" di cui all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla CorteEDU e quindi comprensivo del dato legislativo e del dato giurisprudenziale, le Sezioni Unite arrivano ad includere nella nozione di nuovi "elementi di diritto", idonei a superare la preclusione processuale prevista dall'art. 666, comma 2, c.p.p. per la riproposizione di un'istanza al giudice dell'esecuzione, anche il mutamento giurisprudenziale che assume carattere di stabilità e integra il "diritto

vivente”. In tal modo le Sezioni Unite includono tra le fonti del diritto penale anche il diritto giurisprudenziale, aprendo così la strada verso l’attribuzione al mutamento giurisprudenziale favorevole di una disciplina analoga a quella concernente la legge successiva favorevole.

ABSTRACT

La tesi affronta il tema del *favor* e dei suoi limiti nella successione delle leggi penali nel tempo, proponendo la questione del suo fondamento costituzionale in una nuova dimensione, segnata dagli importanti sviluppi normativi e giurisprudenziali che negli ultimi anni hanno caratterizzato il panorama internazionale ed europeo. La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee ha qualificato la regola della retroattività della legge penale favorevole quale principio generale ricavabile dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (CGCE, 3 maggio 2005, *Berlusconi et al.*, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02). La Corte europea dei diritti umani ha affermato che l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo consacra anche il principio di retroattività favorevole (CorteEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*). L'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'uomo, entrato in vigore con il Trattato di Lisbona nel dicembre 2009, sancisce espressamente il *favor* penalistico. Alla luce del precipitato del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea, si sottopongono a vaglio critico le elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza italiana, che fondano il principio di retroattività della *lex mitior* nel principio di eguaglianza. Si sperimenta la possibilità di un rafforzamento del ruolo del *favor* a livello nazionale e, al contempo, i suoi nuovi limiti, anche attraverso le recenti pronunce della giurisprudenza italiana, che sulla scorta delle acquisizioni provenienti dalla dottrina penalistica europea, tende ad adeguarsi ad un sistema di protezione dei diritti fondamentali che non solo non prescinde dal dato sovranazionale, ma anche ridetermina la concezione delle fonti del diritto penale, includendovi il diritto giurisprudenziale.

(versione inglese)

The dissertation discusses the subject of *favor* and its limitations in the different criminal statutes across time. We analyze the problem of the constitutional basis of *favor* in a new dimension, which takes into account important international and European developments in both statutory and case law. The Court of Justice of the European Communities held that the principle of the retroactive application of the more

lenient penalty formed part of the constitutional traditions common to the member States (CJEC, May 3rd 2005, *Berlusconi et al.*, joined cases C-387/02, C-391/02, C-403/02). The European Court of Human Rights established that Article 7 of the European Convention on Human Rights guarantees also the principle of retrospectiveness of the more lenient criminal law (ECHR, September 17th 2009, *Scoppola v. Italy*). Article 49 of the European Union's Charter of Fundamental Rights, which entered into force with the Treaty of Lisbon on December 1st 2009, explicitly states the criminal *favor*. In light of international and European law, we critique doctrinal and Courts' vision which considers the principle of equality as the basis of the principle of retrospectiveness of the more lenient criminal law. We explore the opportunity of a strengthening of *favor* at the national level, and at the same time its new limits, also taking into consideration the recent decisions of Italian Courts. These rulings, leveraging influences from European criminal doctrines, try to conform with a system for protecting fundamental rights which not only takes into consideration transnational law, but also enriches the system of criminal law sources with the case law.

BIBLIOGRAFIA

A.A.VV., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V, 317.

ACQUAROLI R., *Sub art. 157*, in RONCO M. – ARDIZZONE S., *Codice penale ipertestuale*, II ed., Torino, 2007, 803.

ADOBATI E., STATELLA M.C., *Il valore della Carta di Nizza nella giurisprudenza interna e comunitaria e nella costituzione europea*, in DRAETTA U. – PARISI N. – RINOLDI D. (a cura di), *Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell'Unione europea.*, Napoli, 2007.

ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007.

AMADEO S., *La Corte di giustizia e il fantomatico effetto delle direttive societarie in ambito penale*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

AMBROSETTI E.M., *Abolition criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004.

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, 423.

AMBROSETTI E.M., *La legge penale nel tempo*, in RONCO M. (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Bologna, 2010.

AMBROSETTI E.M., *La successione di leggi penali nell'ipotesi di modifiche mediate della fattispecie: la discutibile adozione da parte delle Sezioni Unite del c.d. criterio strutturale*, in VINCIGUERRA S.-DASSANO F., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli-Roma, 2010.

ANGELINI F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 487.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Pt. g.*, Milano, 2003.

APRILE E., *Note a margine di una domanda di pronuncia pregiudiziale di interpretazione di norme comunitarie, rivolta dal giudice penale alla Corte di giustizia delle Comunità europee in relazione alla nuova disciplina delle false comunicazioni sociali di cui al d.lgs. n. 61 del 2002*, in *Cass. pen.*, 2003, 640.

ARDIZZONE S., *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 2007, 203.

ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole come diritto fondamentale nella giurisprudenza multilivello*, in www.europeanrights.eu.

ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel prisma dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, n. 1, 2010, 1109.

ARMONE G., *La Corte costituzionale, i diritti fondamentali e la contumacia di domani*, in *Foro it.*, n. 2, 2010, 366.

ARMONE G., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio della "lex mitior": prove di tutela multilivello*, in *Foro it.*, n. 5, 2010, 229 ss.

ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più mite: second life tra Europa e Costituzione*, in www.europeanrights.eu.

BALLARINO T., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010.

BALSAMO D., *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 5, 2202.

BARILE P., *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, 641.

BARTOLE S. – BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

BASSIOUNI M.C. (a cura di), *The Statute of International Criminal Court*, Ardsley, 1998.

BASTIANELLO A. – DE RISO A., *Guida pratica alla nuova prescrizione penale*, Milano, Giuffrè, 2007.

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.

BERNARDI A., *“Principi di diritto” e diritto penale europeo*, in *Annali dell’Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. II, 1988.

BERNARDI A., *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell’Università di Ferrara-Scienze giuridiche*, vol. VI, 1992.

BERNARDI A., *Art. 7*, in BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv.ital.dir.pubbl.comunitario*, 2002, 673.

BERNARDI A., *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 367.

BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

BERNARDI A., *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006, 1-90.

BERNARDI A., "Nullum crimen nulla poena sine lege" between European Law and National Law", in CHERIF BASSIOUNI M., MILITELLO V., SATZGER H. (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008.

BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*", in *Quad. cost.*, n. 1, febbraio 2009, 37.

BESSONE M. – GUASTINI R., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, 1994.

BETTIOL G., *Diritto penale. Pt. g.*, Padova, 1982.

BIN R., *Un ostacolo che la Corte non può aggirare*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

BIONDI F., *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2010, 1.

BONADIO G., *Il codice penale tedesco*, a cura di VINCIGUERRA S., Padova, 2003.

BORSARI R., *Principi di diritto internazionale penale*, Verona, 2000.

BORSARI R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007.

BORZÌ A., *Alcuni aspetti rilevanti della vicenda Niselli. E' percorribile la strada di una quaestio dell'art. 2 c.p.?*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Il giudizio abbreviato. Profili teorico-pratici*, Milano, 2005.

BRICCHETTI R., *Un nuovo criterio fissa la gravità dei reati*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, 67.

BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *La questione criminale*, 1980.

BRICOLA F., *Art. 25, 2° e 3° omma. Cost.*, in A.A.V.V., *Commentario della Costituzione* a cura di BRANCA G., Bologna-Roma, 1981.

BRONZINI G., *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Relazione alla Conferenza "I diritti umani e fondamentali", organizzato dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura, Roma 26 febbraio 2010, in www.scuolasuperioreavvocatura.it.

BRONZINI G., *Tar Lazio e disapplicazione di una normativa interna in contrasto con la CEDU*, in www.diritticomparati.it.

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

BRUNELLI G., *Sui limiti del favor rei l'ultima parola è della Corte Costituzionale*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005.

BULTRINI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2000.

BULTRINI A., *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. pub. comp. europ.*, 2008, 171.

CABIDDU M. A., *L'orologio, la bilancia e la spada*, in in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005.

CADOPPI A., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di ignorantia legis*, in *Foro it.*, 1991, II, 415.

CADOPPI A., *Introduzione allo studio del valore del precedente nel diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1998, I, 57.

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

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, 2006.

CADOPPI A. – MCCALL SMITH A., *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, 1995, 130.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale*, III ed., Padova, 2007.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2010.

CALAMIA A. M. – VIGIAK V., *Diritto dell'Unione europea. Manuale breve*, Milano, 2010.

CAMAIONI S., *Successione di leggi penali*, Padova, 2003.

CAPRIOLI F., *Novità in tema di giudizio abbreviato*, in BARGIS M. (a cura di), *Il decreto "antiscarcerazioni"*, Torino, 2001, 108 ss.

CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Pt. g.*, Padova, 2005.

CARTABIA M., *Sub art. 51*, in BIFULCO R. – CARTABIA M. – CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.

CARTABIA M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in BASSANINI F. – TIBERI G. (a cura di), *Le nuove Istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008.

CARTABIA M., *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.* 2008, 3564.

CASAROLI G., *Amicus libertatis, etiam pro hosti*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

CASELLI LAPESCHI A., *Sub art. 666*, in CONSO G. – GREVI V., *Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, VI ed., Padova, 2009, 2486.

CASSESE A. – GAETA P. – JONES J. , *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2002.

CASSESE A., *Diritto internazionale*, Bologna, 2003.

CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Bari - Roma, 2007.

CASSESE S., *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, Schema della introduzione alla discussione sul tema, svolta nel corso dell'incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e il Tribunale costituzionale federale tedesco, Karlsruhe, 20 novembre 2009, in www.cortecostituzionale.it.

CATENACCI M., *“Legalità” e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003.

CELOTTO A. – CARTABIA M., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2003, 4477.

CELOTTO A. – PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur.it.*, 2005, 427.

CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in www.giustamm.it.

CELOTTO A., *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono “cogenti e sovraordinate”*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1, 382.

CERRI A., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 2005.

CHERIF BASSIOUNI M., MILITELLO V., SATZGER H. (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008.

CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

CHIAVARIO M., *Norma: d) diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978.

CIVOLI C., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900.

COLAVITTI G.-PAGOTTO C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *Guida al dir.*, n. 14, 2010, 88.

COLELLA A., *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, in www.forumcostituzionale.it.

CONDORELLI L., *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario*, *Giur. Cost.*, 1978, I, 669.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, VI ed., Napoli, 2002.

CONFORTI B., *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. It.*, 2008, 569.

CONFORTI B. – RAIMONDI G., *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002.

CONSO G. – GREVI V., *Compendio di procedura penale*, IV ed., 2008.

CONTENTO G., *L'insostenibile incertezza delle decisioni giudiziarie*, in *Ind. pen.*, 1998, 947.

CONTI G., *Decreto "anti-scarcerazioni": celerità processuale e controlli nell'esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 313.

COSENTINO V., *Il Codice penale del 20 novembre 1859*, IV ed., Napoli, 1879.

D'AMICO M., *Sub art. 49*, in BIFULCO R. – CARTABIA M. – CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.

D'AMICO M., *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

D'ANGELO L., *"Comunitarizzazione" dei vincoli CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una expressio causae*, in www.forumcostituzionale.it.

D'ATENA A., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in MANCINI S. (a cura di), *Il nuovo titolo V della Parte II della Costituzione*, Milano, 2002.

DAVIGO P., *I reati concernenti le false comunicazioni sociali. Tra prospettive comunitarie e legittimità costituzionale*, in DRAETTA U. – PARISI N. – RINOLDI D. (a cura di), *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007.

DE AMICIS G., *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in *Quad. eur.*, n. 14 ottobre 2009, in www.lex.unict.it/cde.

DEL CORSO S., *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999.

DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Lonrai, 1994.

DE SALVIA M., *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma*, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1999.

DE SIERVO U., *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Relazione tenuta all'incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e il Tribunale costituzionale federale tedesco, Karlsruhe, 20 novembre 2009, in www.cortecostituzionale.it.

DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004.

DE VERO G. – PANEBIANCO G., *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007.

DI CHIARA G., *Nota a Corte cost., sent. n. 393 del 2006*, in *Foro it.*, 2007, I, 1.

DI GIOVINE O., *Commento all'art. 24 del d.lgs. 507/1999*, in *Leg. pen.*, 2001, 782.

DI GIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sent. n. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 100.

DI LEO N., *Il Trattato di Lisbona, la disapplicazione e un ordine sistemico delle fonti nel sistema multilevel*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, n. 8, 2010, 759.

DI MARTINO A., *Disciplina degli illeciti societari in bilico tra legalità nazionale e legittimità comunitaria*, in *Guida dir.*, n. 45, 2002, 85.

DODARO G., *Principio di retroattività e "termini più brevi" di prescrizione dei reati*", in *Giur. Cost.*, 2006, 4116.

DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.

DONATI F., *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it.

EPIDENDIO E.T., *Diritto comunitario e diritto penale interno. Guida alla prassi giurisprudenziale*, Milano, 2007.

ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954.

ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

FAGA S., *Nota in tema di principio di retroattività della lex mitior*, in *Giur. it.*, 2009, 5.

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

FALLETTI E., *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Aggiornamento, Torino, 2009.

FARIELLO E.G., *Le false comunicazioni sociali tra Corte europea e Corte costituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 4, 99.

FASSONE E., *La nuova legge sui termini di prescrizione, il diritto transitorio e i processi pendenti in primo grado*, in *Giur. cost.*, 2006, 4107.

FIANDACA G., *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, 1386.

FIANDACA G. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997.

- FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Pt.g.*, VI ed., Bologna, 2009.
- FOFFANI L., *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.
- FORNASARI G. – MENEGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005.
- FRIGO G., *Per i giudizi pendenti in Cassazione esclusa l'applicazione dei termini più brevi*, in *Guida dir.*, 2006, n. 47, 67.
- GALLO E., *Appunti di diritto penale, I, La legge penale*, Torino, 1999.
- GAMBARDELLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 408.
- GAMBARDELLA M., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 2408.
- GAMBARDELLA M., *Sub art. 2*, in CALVANESE E. *et. al.* (a cura di), *La legge penale e le pene*, Milano, 2010.
- GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass.pen.*, n. 5, 2010, 2020 ss.
- GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra "trattati" (di Lisbona) e Costituzione*, Relazione al Convegno "Diritti fondamentali, cittadinanza europea e tutele giuridiche sovranazionali" organizzato dall'Associazione Giuristi Europei e dal CNF, Roma 23 novembre 2009, in *federalismi.it.*, n. 1, 2010.

GARUTI G., *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 11, 1427 ss.

GATTA G.L., *La nozione di rifiuto tra diritto penale e diritto comunitario: rinnovati dubbi di legittimità costituzionale*, in *Corr. merito*, 2007, 225 ss.

GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008.

GERACI R.M., *Osservazioni a Cass. pen., sez. uu., 10 luglio 2008 n. 36527*, in *Cass. pen.*, 2009, 1, 57.

GIANNONE A., *Commento all'art. 8 del d.l. 24/11/2000 n. 341*, in *Leg. pen.*, 2001, 392.

GIUNTA F., *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *St. Juris*, 1999, 12.

GIUNTA F., *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 601.

GIUPPONI T.F., *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.forumcostituzionale.it.

GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, in corso di pubblicazione.

GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la Convenzione alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2003, 25.

GUAZZAROTTI A., *La Convenzione e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2006, 498.

GUAZZAROTTI A., *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in www.forumcostituzionale.it.

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.*, n. 2, 2010, 832.

IMPALLOMENI G.B., *Istituzioni di diritto penale*, III ed., Torino, 1921.

INSOLERA G. – MANES V., *La sentenza della Corte di giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, n. 9, 2005, 2768.

INSOLERA G., *Una sentenza a più facce*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in INSOLERA G. – MAZZACUVA N. – PAVARINI M. – ZANOTTI M., (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006.

LETTIERI N., *Principio di legalità, qualità della legge ed obblighi positivi di protezione dei diritti umani*, Relazione all'incontro di studi sul tema "I diritti fondamentali e l'ordinamento integrato", organizzato dal C.S.M., Roma 1-3 febbraio 2010, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/18806.pdf>.

LIPRINO A., *Disciplina transitoria della legge "ex Cirielli: le disparità di trattamento sopravvivono all'intervento della Corte costituzionale*, in *Giust. pen.*, 2007, I, 269.

LOMBARDI VALLAURI G., *Giurisprudenza. Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989.

LORENZON S., *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Küçükdeveci*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2010, 430.

LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.

MACCHIA A., *La modifica interpretativa cambia il diritto vivente e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida al dir.*, 2010, 27, 70.

MAGGIORE G., *Successione di leggi penali*, in *N.D.I.*, vol. XII, Torino, 1940.

MANES V., *Norme penali di favore. No della Consulta*, in *D.&G.*, 2006, 46, 28.

MANES V., *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo "multilevel"*, in *Quad. cost.*, 2 giugno 2007, 374.

MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2007, 739.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Pt. g.*, Padova, VI ed., 2009.

MANTOVANI G., *Note in tema di ambiente e diritto comunitario*, in *Leg. pen.*, 2010, n. 1, 76.

MARINI G., *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, 950.

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.

MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006, 4127.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Milano, 2001.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Pt. g.*, III ed., Milano, 2009.

MARTINO G., *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, 4127.

MASTROIANNI R., *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del "falso in bilancio"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, 621.

MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999.

MAZZA O., *Principi e questioni di diritto intertemporale e transitorio*, in *Cass. pen.*, 2000, 2531.

MAZZA O., *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2007, 439.

MAZZACUVA N., *A proposito di «intepretazione creativa» tra diritto penale, principi costituzionali e direttive comunitarie*, in www.giurcost.org/studi.

MEZZETTI E., *L'internazionalizzazione della legge penale*, in RONCO M. (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Bologna, 2010.

MEZZETTI L., *Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell'ordinamento costituzionale...)*, in www.giurcost.org/studi.

MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

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

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

MUSCO M., *La riformulazione dei reati. Profili di diritto intertemporale*, Milano, 2000.

NAPPI A., *Guida al codice penale. Pt. g.*, II ed., Milano, 2008.

NARONTE G., *Il codice penale spagnolo*, a cura di VINCIGUERRA S., Padova, 1997.

NATALINI A., *Legge ex Cirielli, atti alla Consulta: a rischio la norma che esclude i nuovi termini di prescrizione, se più brevi, per i processi già pendenti in appello o alla Cassazione*, in *Diritto & Giustizia*, 2010, 298.

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

NOBILI M., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, parte V, 1998, 317.

NORDIO C., *Prescrizione: un pasticcio inutile. Ignorati il sistema della logica e la logica di un sistema*, in *Dir. e Giust.*, 2005, n. 46, 90.

NUNZIANTE M., *Efficiacia diretta e opponibilità ai singoli delle direttive comunitarie: riflessi in materia penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1989, 207 ss.

NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953.

ONIDA V., *Il problema della giurisdizione*, in PACIOTTI E. (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*. Roma, 2003.

ONIDA V., *Il difficile compito della Convenzione sull'avvenire dell'Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004.

ONIDA V., *Quando il giudice decide a metà*, in *Il Sole 24 ore (web)*, 4 maggio 2005.

ONIDA V., *La Costituzione ieri ed oggi*, Bologna, 2008.

PADOVANI T., *La c.d. "ultrattività" delle leggi penali finanziarie ed il principio costituzionale di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1975, I, 27.

PADOVANI T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1378.

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

PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, 449.

PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier, 32 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008.

PAGLIARO A., *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1973, 1063.

PAGLIARO A., *La legge penale tra retroattività e irretroattività*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 1.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Pt. g.*, VIII ed., Milano, 2003.

PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997.

PALAZZO F.C., *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 920.

- PALAZZO F. C., *Ignoranza della legge penale*, in *Dig.disc. pen.*, VI, Torino, 1992.
- PALAZZO F. C., *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VII, Torino, 1993.
- PALAZZO F. C., *Le articolazioni concrete della certezza del diritto nel sistema penale*, in *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993.
- PALAZZO F. C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.
- PALAZZO F. C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008.
- PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena (dir. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, 659.
- PAOLI B., *Storia scientifica del decennio di preparazione del primo libro del codice penale italiano*, Firenze, 1880.
- 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, 1.
- PARODI GIUSINO M., *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 915.
- PATERNITI F., *La Corte di giustizia apre al “sindacato diffuso di legittimità comunitaria”?*, in www.forumcostituzionale.it.
- PATRONO P., *Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 87 ss.
- PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993.

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*, I, Milano, 2006, 611.

PECORELLA C., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 343.

PECORELLA C., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008.

PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1, 397.

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

PICOTTI L., *L'efficacia della legge penale nel tempo*, in BRICOLA F. – ZAGREBELSKY G. (diretto da), *Codice penale. Parte generale*, II ed., Torino, 1996.

PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999.

PISA P., *Prescrizione del reato*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 78.

PISANI M., *Il giudizio abbreviato e la pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2008, 429.

PISANI M., *Il trasferimento dei detenuti, l'indulto e la Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 474.

PITTARO P., *Sub art. 25 Cost.*, in BARTOLE S. – BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 262.

PODO C., *Successione di leggi penali*, in *N.N.D.I.*, vol. XVIII, Torino, 1971.

PODO C., *Successione di leggi penali*, in *N.N.D.I.*, App., vol. VII, Torino, 1987.

POLLICINO O. – SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pub. comp. eu.*, n. 1, 2008, 101.

PUGIOTTO A., *Vite parallele? “Rifiuti” e “falso in bilancio” davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005.

PULEIO F., *Tanto tuonò che piovve. La l. 5 dicembre 2005 n. 251*, in *Cass. pen.*, 2005, 3697.

PULITANÒ D., *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, 1087.

PULITANÒ D., *Ignoranza della legge penale (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997.

PULITANÒ D., *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1270.

PULITANÒ D., *Principio d’uguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost, nn. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 212.

PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 2, 2007, 198.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007.

PULITANÒ D., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 946.

PULITANÒ D., *Sub art. 2 c.p.*, in CRESPI A.-FORTI G.-ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008.

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.

RAGOZZINO A., *Il trasferimento delle persone condannate secondo la Convenzione europea del 21 marzo 1983*, in *Doc. giust.*, 2000, 1212.

RAPISARDA D., *Retroattività, legalità, uguaglianza e leggi penali finanziarie*, in *Cass. pen.*, 1995, 2073.

Relazione sul libro I del Progetto, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Parte I, Roma, 1929.

REPETTO G., *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta e prevalente nell'ordinamento interno? Consiglio di Stato e Tar Lazio alla ricerca di nuove (e discutibili) soluzioni*, in *diritti-cedu.unipg.it*.

RICCIOLI F., *“Preoccupanti contrasti tra Corte comunitaria e Corte costituzionale”*, in *Foro It.*, 1978, IV, 204.

RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996.

RIONDATO S., *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, in VINCENTI U. (a cura di), *Diritto e clinica*, Padova, 2000.

RIONDATO S., *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000*, in PICOTTI L. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004.

RIONDATO S., *Profili processual-penalistici di influenza del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 1122.

RIONDATO S., *Falso in bilancio e Corte di giustizia: non è un rigetto*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005.

RIZ R., *Lineamenti di diritto penale, Pt. g.*, V ed., Padova, 2006.

ROLLAND P., *Article 7*, in PETTITI L.E. – DECAUX E. – IMBERT P. H., *La Convention européenne de droits de l’homme – Commentaire article par article*, II ed., Paris, 1995.

ROMANO M., *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1248.

ROMANO M., *Sub art. 2*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004.

ROMEO G., *La nomofilachia, ovvero l’evanescente certezza del diritto*, in *Cass. pen.*, 1997, 3667.

RONCO M., *Ignoranza della legge*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1990.

RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M. (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Bologna, 2010.

RUGGERI A., *La Consulta e il dissent ostentato (nota minima a Corte cost. n. 393 del 2006)*, in www.forumcostituzionale.it.

RUGGERI A., *Carte internazionali, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti del sistema*, relazione tenuta all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal C.s.m., Roma 28 febbraio – 2 marzo 2007, in www.forumcostituzionale.it.

RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*(a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007), in www.forumcostituzionale.it.

RUGGERI A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, Relazione al Convegno su *Diritti fondamentali, cittadinanza europea e tutele giuridiche sovranazionali* organizzato dal CNF e dall'Associazione Giuristi Europei, Roma, 23 novembre 2009, in www.federalismi.it.

RUSSO C. – QUAINI P.M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, II ed., Milano, 2006.

SABATINI G., *Del favor rei come principio generale del diritto*, in *Giust. pen.*, 1995, III, 1.

SALCUNI G., *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 843.

SCACCIA G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

SCACCIA G., *Ragionevolezza*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006.

SCHILLACI A., *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, in www.diritticomparati.it.

SCIARABBA V., *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, in www.europeanrights.eu.

SCODITTI E., *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Foro it.*, n. 2, 2010, 42.

SEVERINO P., *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993.

SINISCALCO M., *Tempus commissi delicti*, in *Studi in onore di Antolisei*, III, Milano, 1965.

SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina delle successioni di leggi.*, Milano, 1987.

SILVANI S., *La nuova disciplina della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 303.

SIRACUSANO P., *Successione di leggi penali*, Messina, 1988.

SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Cass. pen.*, 2002, 171.

SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

STORTONI L. (a cura di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2, 1991, 7.

STORTONI L., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, parte V, 1998, 317.

- SUDRE F., *Droit International et européen des droits de l'homme*, III ed., Paris, 1997.
- TEGA D., *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.
- TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2008, 133.
- TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 2, 2009, 195.
- TIZZANO A., *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in *Il Dir. dell'Un. eur.*, n. 3, 1998, 377.
- TONINI P., *Diritto processuale penale. Manuale breve*, Milano, 2009.
- TORRE G., *Il codice penale portoghese*, a cura di VINCIGUERRA S., Padova, 1997.
- TOSATO G.L., *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle comunità europee*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, 1984.
- TRIFFTERER O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, Baden Baden, 2008.
- VAN DIJK P. – VAN HOOF G.J.H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, III ed., L'Aja, 1998.
- VASSALLI G., *Nullum crimen sine lege*, in *N.N.D.I.*, XVIII, Torino, 1965.
- VASSALLI G., *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 377.

VASSALLI G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 3.

VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 707.

VERONESI P., *La sostenibile irretroattività della norma penale favorevole*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1433.

VIGANÒ F., *"Illegittimità comunitaria" e illegittimità costituzionale: spunti di riflessione*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, vol. I, Padova, 1999.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato – Principi*, Padova, 2002.

VOGLIOTTI M., *Penser l'impensable: le principe de la non rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *D.&Q.*, 3, 2003, 331.

ZAGREBELSKY V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, 353.

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *Ius@17unibo.it*, n. 1, 2009.

ZANETTI E. (a cura di), *Convenzioni sul trasferimento delle persone condannate*, Milano, 1999.

ZANGHÌ C., *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997.

ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.giurcost.org.