

# Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada) \*

di Vittorio Manes

L'Autore ripercorre alcune importanti decisioni della Corte di Strasburgo per rileggere e reinterpretare le problematiche delle garanzie intertemporali in materia penale (irretroattività del reato e della pena e applicabilità della legge penale più favorevole), compresi gli aspetti inerenti all'interpretazione giurisprudenziale e all'equiparazione tra legge e giurisprudenza acquisita da tempo nelle pronunce della Corte Cedu.

## 1. Diritto effimero

**1.1.** L'importanza ormai assunta dai rapporti intertemporali nell'attuale esperienza giuridica affonda le sue radici in un fenomeno da tempo denunciato: l'"accelerazione del tempo giuridico"<sup>1</sup> e la estrema volubilità e mutevolezza del diritto contemporaneo, che non risparmiano certo il settore penale, dove anzi l'urgenza appare la modalità temporale ordinaria di una legislazione che si dimostra, già da tempo, «compulsiva»<sup>2</sup>.

È noto: se per il diritto arcaico e antico le modificazioni legislative erano fenomeno deplorabile, e la

novazione legislativa così come l'abrogazione erano oggetto di severe restrizioni e minacciose diffide<sup>3</sup>; se la durezza del diritto è stata al centro delle ambizioni della modernità giuridica, che agognavano di poter «*enchaîner l'action du temps*» attraverso leggi e codici<sup>4</sup>, nel contesto contemporaneo il diritto sembra aver smarrito ogni connotato di stabilità e finitezza, guadagnando aggettivazioni in direzione simmetrica e contraria: diritto "fluido", "sfocato" o "evanescente" ("flou"), "liquido", "disordinato", "urgente", "emergenziale", "turbolento"<sup>5</sup>.

Del resto, la letteratura giuridica così come gli operatori del diritto appaiono ormai assuefatti al con-

\* È il testo della relazione svolto al convegno su «Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento», Treviso, 18 novembre 2016, i cui atti sono stati pubblicati, con lo stesso titolo, a cura di C. Padula - Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

1. Si vedano, al riguardo, i diversi saggi contenuti in P. Gérard – F. Ost – M. Van De Kerchove (a cura di), *L'accélération du temps juridique*, Bruylant-Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000.

2. Il riferimento è al titolo della collettanea curata da G. Insolera, *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, Padova, 2006.

3. Cfr., ad esempio, M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, Napoli, 2008, con aneddoti testimoniati anche dalla letteratura greca, come la "legge del laccio", di cui narra Demostene nell'*Orazione contro Timocrate* (sulla quale vds. V. Ghezzi, *I Locresi e la legge del laccio*, in *Dike - Rivista di storia del diritto greco ed ellenistico*, n. 8/2006, pp. 101 ss.).

4. È la celebre domanda su cui si appuntava la critica di J.E.M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, riproduzione a cura del *Centre de philosophie politique et juridique* di Caen, Caen, 1992, p. 7 (pubblicazione: Presses universitaires de Caen, Caen, 2010).

5. Una più compiuta rassegna in M. Vogliotti, *Fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 12 ss.; dello stesso Autore, si veda già *La metamorfosi dell'incriminazione*, in *Pol. dir.*, 2011, pp. 633 ss., in particolare p. 642, ove si evidenziava già come i rapporti tra tempo e diritto penale apparissero ormai rovesciati, e «[l']incontro tra il registro temporale dell'incriminazione formale e quello dell'incriminazione reale sembra disegnare un chiasmo. Le mutazioni del campo penale sembrano aver determinato un'inversione dei rapporti tra le due componenti della temporalità moderna dell'incriminazione: l'*istantaneità* dell'atto creativo e la *durata* della norma creata. In effetti, è il modo di formazione dell'incriminazione ad apparire come una manifestazione della logica della *durata* (anzi, del flusso), mentre la vita dell'incriminazione sembra modularsi secondo la logica dell'*istantaneità*».

fronto con un “diritto effimero”: anche e sempre più in quel contesto ordinamentale – quale quello dove si esercita il massimo magistero punitivo – dove la solidità è sempre apparsa consustanziale al divieto (*durissima lex sed lex*) e le istanze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici più immediatamente riconnesse con i diritti di libertà e le garanzie individuali.

**1.2.** La crescente importanza e turbolenza dei problemi sottesi ai rapporti intertemporali in materia penale si è anche accompagnata a una loro tendenziale dislocazione: l'orizzonte di senso in cui si iscrivono le problematiche delle garanzie intertemporali in materia penale (irretroattività del reato e della pena e applicabilità della legge penale più favorevole) si sta spostando sempre più rapidamente – o forse si è già spostato – dal piano della “certezza del diritto” a quello della “certezza dei diritti”<sup>6</sup>, alimentata dall'interesse crescente delle diverse fonti internazionali (art. 7 Cedu, art. 49 Carta dei diritti fondamentali Ue, art. 15 Patto internazionale dei diritti civili e politici) e delle relative “vestali” (Corte Edu e Corte di giustizia).

Una certezza, quest'ultima, irruenta, asistematica, a trazione giudiziale, sul cui altare – come sappiamo bene – è stato sacrificato anche il “monolite” della “cosa giudicata”, sgretolato dalla forza corrosiva dei diritti fondamentali<sup>7</sup>: al loro impatto vacilla sempre più quello che era dogma indefettibile per il pensiero giuridico ottocentesco, la cui originaria matrice liberale si è via via colorata in senso assolutistico<sup>8</sup> apparendo, già da tempo, un tabù<sup>9</sup>; dogma ereditato dal

codice penale del 1930 (ad esempio, art. 2, comma 4, cp) e ancora costretto – seppur in misura minore – in “geometrie chiuse” nel ben più recente codice di procedura penale del 1988, emblematizzate dalla tassatività delle ipotesi di revoca di cui all'art. 673 cpp, della quale si discute, ormai da tempo, in diverse sedi (davanti alla Corte costituzionale così come davanti al giudice di legittimità)<sup>10</sup>.

E la caducità del giudicato – sia detto solo per inciso – deve ancora essere compiutamente misurata nei suoi effetti disordinati e disordinanti, e con essa le “nuove frontiere” della fase esecutiva, ormai sottratta alla rassicurante pace dei “rapporti esauriti”<sup>11</sup>.

**1.3.** In questa dimensione, la proiezione delle garanzie intertemporali nella prospettiva dei diritti fondamentali, e nella fucina formicolante della giurisprudenza europea, ha comportato una nuova declinazione dei problemi sul paradigma antiformalistico e sostanzialistico seguito – soprattutto – dalla Corte Edu, promuovendo indubbe progressioni garantistiche, da un lato, ma altrettante radicali trasformazioni, dall'altro; e suscitando, comunque, notevole con-fusione di concetti e categorie sempre nuovi e sempre in divenire.

A fronte dell'intensificarsi dei fenomeni intertemporali, in prospettive spesso nuove, non deve dunque sorprendere il tendenziale declino del diritto transitorio: tali fenomeni presentano infatti un metabolismo essenzialmente giurisprudenziale e il legislatore – sempre più – si guarda dall'intervenire con discipline

6. Il richiamo è alla felice immagine di A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, pp. 481 ss., e in molti altri lavori.

7. Tra gli altri, peraltro inquadrando il problema sotto diversi profili, si veda G. Ubertis, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2012, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/1615-diritti-umani-e-mito-del-giudicato](http://www.penalecontemporaneo.it/d/1615-diritti-umani-e-mito-del-giudicato)); F. Viganò, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2012, disponibile online (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/1431-giudicato-penale-e-tutela-dei-diritti-fondamentali>); F. Caprioli, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in M. Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 265 ss.; più di recente, D. Vicoli, *L'illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi alle Sezioni Unite* [nota a Cass., sez. unite, 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858], in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1006 ss.; P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/3783-flessibilita-del-giudicato-penale-e-tutela-dei-diritti-fondamentali](http://www.penalecontemporaneo.it/d/3783-flessibilita-del-giudicato-penale-e-tutela-dei-diritti-fondamentali)); L. Bin, *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2015; V. Manca, *Giudicato penale e lex mitior nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2016, pp. 28-40, disponibile online ([http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/manca\\_2\\_16.pdf](http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/manca_2_16.pdf)); V. Paziienza, *La “cedevolezza” del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all'abrogazione della norma incriminatrice*, in *Dir. pen. cont.*, 23 novembre 2015, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/5068-la-cedevolezza-del-giudicato-nelle-ipotesi-di-condanna-per-fatti-successivi-allabrogazione-della-no](http://www.penalecontemporaneo.it/d/5068-la-cedevolezza-del-giudicato-nelle-ipotesi-di-condanna-per-fatti-successivi-allabrogazione-della-no)).

8. Com'è stato evidenziato, nell'impostazione del codice Rocco, il giudicato diviene infatti «simbolo dell'autorità dello Stato, dell'infallibilità della pretesa punitiva esercitata contro il singolo e dell'inecepibilità della conoscenza acquisita attraverso il processo»: così P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 1.

9. Per tutti, G. Leone, *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, pp. 167 ss.

10. Sul punto, esemplarmente, G. Canzio, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/4659-la-giurisdizione-e-la-esecuzione-della-pena](http://www.penalecontemporaneo.it/d/4659-la-giurisdizione-e-la-esecuzione-della-pena)).

11. Al riguardo, v. ancora D. Vicoli, *L'illegittimità*, *op. cit.*, pp. 1006 ss.

che difficilmente reggerebbero alla forza d'impatto – e all'impeto garantistico – dei principi fondamentali dell'irretroattività e della *lex mitior* (ce lo ricorda, *inter alia*, la normativa transitoria dell'art. 10, comma 4, l. n. 251/2005, cd. “legge ex-Cirielli”, oggetto di diversi incidenti di costituzionalità: sentenza n. 393 del 2006, di parziale accoglimento; n. 72 del 2008 e n. 236 del 2011, di rigetto); si preferisce, per così dire, fare *epoché*, evitando di scrivere norme che sarebbero, verosimilmente, “scritte sul ghiaccio”<sup>12</sup> e accettando che il problema sia rimesso alle *court-made doctrines*<sup>13</sup>.

**1.5.** In ogni caso, di fronte a queste trasformazioni – sempre più significative, e ormai pienamente dispiegate – si è tornato a indagare le garanzie che governano la legge penale nel tempo con rinnovato interesse e sotto diversi profili, ridiscutendone non solo l'*ambito di applicazione*, ma lo stesso *fondamento*, così come *limiti e deroghe* possibili per principi che, per molto tempo, hanno registrato una diversa intensità e un assetto variabile, e che peraltro costituiscono un campo di osservazione privilegiato anche del rapporto tra fonti (domestiche e sovranazionali) e del cd. dialogo tra corti.<sup>14</sup>

Da qui, dunque, riteniamo opportuno iniziare.

## 2. Il fondamento del principio (di irretroattività e) della *lex mitior* in materia penale: le deroghe ammissibili

**2.1.** Irretroattività della legge penale e retroattività della *lex mitior*, come noto, sono principi *logicamente e assiologicamente* diversi: se il primo viene tradizionalmente annesso al *Kern* del *nullum crimen sine lege*

e ai contenuti “astorici” della legalità penale – quale presidio garantistico dell'individuo (*Schutzrecht*) che vanta precise connessioni con le finalità della pena, nella prospettiva della libera autodeterminazione individuale e della funzione di orientamento e di richiamo (*Anruf*) della norma penale –, il secondo dimostra da sempre un fondamento meno stabile, e dunque uno statuto più poliedrico e, in certa parte, ambiguo.

“Assolutamente inderogabile” il principio della irretroattività, anche per un roccioso orientamento della giurisprudenza costituzionale (tra le altre, sentenze nn. 393 e 394 del 2006, n. 236 del 2011); soggetto a possibili limiti e deroghe la *lex mitior* (prima fra tutte la deroga espressamente stabilita – a livello codicistico – dal citato comma quarto dell'art. 2 cp, che ne limita l'operatività nel caso in cui «(...) sia stata pronunciata sentenza irrevocabile»). Al riguardo, come si sa, l'orientamento della Corte costituzionale italiana proietta infatti il fondamento dell'applicazione retroattiva della legge penale più mite nel prisma del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), ammettendo deroghe ragionevoli, ove poste a tutela di interessi di pari rilievo costituzionale.

Peraltro, i tracciati della giurisprudenza costituzionale, sul punto, hanno recentemente registrato una progressione, precisando come non sia sufficiente che le deroghe superino un mero vaglio negativo di “non manifesta irragionevolezza”, ma come sia necessario che le deroghe superino un “vaglio positivo di ragionevolezza” (così, ancora, le citate sentenze n. 393 del 2006, n. 72 del 2008, n. 236 del 2011): progressione non poco significativa<sup>15</sup>, specie se coltivata nella corretta impostazione suggerita dalla stessa giurisprudenza costituzionale in punto di regole di bilanciamento tra diritti fondamentali, evidenziando che «nelle operazioni di bilanciamento operate dal legi-

12. Solo a titolo di esempio: nell'introdurre l'art. 131-bis cp sulla «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto», il legislatore – pur dopo ampia discussione, in seno ai lavori della commissione, sull'opportunità di introdurre una norma transitoria – ha scelto di non intervenire e di affidare la soluzione delle conseguenti problematiche al travaglio giurisprudenziale.

13. Con ricadute non poco problematiche, specie in taluni contesti; basti pensare ai casi di cd. “successione impropria”, concernenti il regime intertemporale applicabile a fatti coperti da fattispecie incriminatrice successivamente depenalizzata e sostituita da illecito amministrativo: sul tema, accogliendo la tesi dell'inapplicabilità di ogni fattispecie sanzionatoria, alla luce – *inter alia* – della «piena autonomia dei connotati e dei principi delle violazioni amministrative rispetto a quelle penali» - Cass, sez. unite, 29 marzo 2012, n. 25457, in *Cass. pen.*, vol. 53, n. 4/2013, pp. 1372 ss., con nota di A. Scarcella, *Illecito penale “depenalizzato” ed esclusione della postuma sanzionabilità amministrativa del fatto*, e di F. Cangelli, *Depenalizzazione: ancora sull'unitarietà della funzione afflittiva. La discutibile soluzione delle Sezioni Unite penali*, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1211 ss., con nota di D. Bianchi, *La cd. “successione impropria”: una questione di garanzie*; al riguardo, vds. altresì il ricco studio di *Id.*, *Il problema della “successione impropria”: un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 322 ss.

14. Tra gli altri, si vedano di recente V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012; M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013.

15. Un tale scrutinio positivo è stato giudicato, peraltro, una «novità assai appariscente» (D. Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1035) e, secondo le indicazioni che si traggono nelle citate decisioni costituzionali, dovrebbe procedere secondo diverse fasi, imponendo di individuare – anzitutto – le ragioni poste dal legislatore alla base della norma impugnata e, poi, di verificare, da un lato, la rilevanza costituzionale di dette ragioni; dall'altro, la congruenza con esse della norma impugnata.

slatore non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»<sup>16</sup>.

**2.2.** Peraltro, in merito al fondamento della *lex mitior* la dottrina ha posto in giusto rilievo che la retroattività del trattamento penale favorevole – oltre a farsi carico, indubbiamente, di una istanza di eguaglianza tra offese di identico disvalore, che altrimenti subirebbero conseguenze punitive differenziate solo *ratione temporis* – può rintracciare una più solida giustificazione nel principio di proporzione (giacché solo il più mite trattamento punitivo risulterebbe proporzionato<sup>17</sup>), così ancorandosi anche al principio rieducativo (giacché solo una pena proporzionata può vantare *chance* rieducative nella prospettiva dell'art. 27, comma 3, Cost.).

Anche questa ricostruzione, tuttavia, presenta profili di ambiguità, giacché la proporzione – è noto – così come è in grado di limitare la necessità di pena, può al contempo fondarla: lo dimostra la recente sentenza della Corte Edu *Ruban c. Ukraine*, ove il giu-

dice europeo ha ritenuto la non proporzionalità del trattamento sanzionatorio risultante dall'applicazione del principio della *lex mitior* un valido limite all'operatività del principio stesso<sup>18</sup>.

Questa posizione giustificativa potrebbe meglio essere focalizzata, dunque, rintracciando al fondo della *lex mitior* – in ambito penale – il principio del “minimo sacrificio necessario”, principio che vanta una chiara ascendenza illuministica<sup>19</sup> e che è ormai entrato a far parte del corredo dei principi fondamentali in materia penale, grazie a un solido orientamento della Corte costituzionale<sup>20</sup>: solo la pena che impone il sacrificio minore dei diritti in gioco, del resto, sarebbe legittima nella prospettiva della massima tutela della libertà e dell'*extrema ratio*<sup>21</sup>.

Solo per inciso – e al di là delle specificità e venature che caratterizzano la *ratio* del principio in materia penalistica –, l'istanza di proporzionalità allo stesso sottesa dovrebbe comunque sollecitarne una estensione generalizzata anche all'universo delle sanzioni amministrative (non solo quelle sostanzialmente penali)<sup>22</sup>, essendo il principio di proporzione un “sovraprincipio” che esercita il suo influsso sull'intero

16. Così la sentenza n. 143 del 2013 (in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2164 ss., con osservazioni di M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, 2176 ss., e di F. Fiorentin, *Regime speciale del “41-bis” e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, pp. 2180 ss.; sulla pronuncia, volendo, cfr. anche V. Manes e V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2013, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/2395-incostituzionali-le-restrizioni-ai-colloqui-difensivi-dei-detenuti-in-regime-di-carcere-duro-nuovi](http://www.penalecontemporaneo.it/d/2395-incostituzionali-le-restrizioni-ai-colloqui-difensivi-dei-detenuti-in-regime-di-carcere-duro-nuovi)), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. b, ultimo periodo, della l. n. 354/1975, nella parte in cui tale norma limitava quantitativamente i colloqui tra detenuti soggetti al regime “speciale” e difensore (anche alla luce di una puntuale ricognizione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, specie in punto di bilanciamento e di “assoluta necessità” di ogni misura limitativa dei colloqui difensivi).

Nella importante pronuncia, la Corte – dopo aver rilevato l'adeguatezza della limitazione legislativamente prevista a impedire il contatto tra il detenuto e l'esterno per il tramite del difensore eventualmente “colluso” (essendo comunque i colloqui sottratti all'ascolto e non essendo soggetti a videoregistrazione, cosicché i limiti stabiliti «non valgono ad impedire, neppure parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno») – conclude evidenziando che «alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini», su tali basi fondando l'illegittimità della disposizione impugnata.

17. In questa direzione, ad esempio, C. Sotis, *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012, pp. 91 ss. e 109 ss.; nella dottrina spagnola, J.A. Lascrain Sánchez, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 31 ss.

18. Corte Edu, *Ruban c. Ucraina*, 12 luglio 2016.

19. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Tipografia A. Bonfanti, Milano, 1823 (1764), p. 319: «Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è dunque certo, che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso, e non giustizia; è fatto, non già diritto».

20. Il riferimento è alla copiosa schiera di decisioni di accoglimento sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare (sentenze nn. 265 del 2010, 164 del 2011, 231 del 2011, 119 del 2012, 57 del 2013, 232 del 2013, 331 del 2011, 48 del 2015) e in materia di misure di sicurezza (sentenze nn. 253 del 2003 e 367 del 2004).

21. Si avvicina molto a questa idea chi pone alla base della *lex mitior* la proporzionalità in senso ampio e/o la necessità di pena: cfr. ad esempio J.M. Silva Sánchez., *Sullo stato della legalità penale*, in A.M. Stile – S. Manacorda – V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, ESI, Napoli, 2015, pp. 181 ss., in particolare p. 190.

22. La Corte costituzionale ha, viceversa, negato che il principio di retroattività della *lex mitior* fosse *sic et simpliciter* estensibile – in forza della giurisprudenza della Corte Edu – al complesso delle sanzioni amministrative, ritenendo obbligata una valutazione “caso per caso” e, dunque, non accoglibile una soluzione generalizzata, quale quella richiesta dal rimettente, ritenendo infondate le questioni proposte *sub artt. 3 e 117, comma 1, Cost.*: così, in particolare, la sentenza n. 193 del 2016, ritenendo non irragionevole la scelta legislativa dell'ap-

diritto dei pubblici poteri, sovrastando controesigenze di stampo generalpreventivo<sup>23</sup>.

**2.3.** I maggiori sussulti sul punto – in ogni caso – sono stati determinati, ancora una volta, dalla giurisprudenza europea, nella nota pronuncia della Grande Camera, *Scoppola c. Italia*, del 17 settembre 2009, che – ravvisata la progressiva emersione di un «consenso a livello europeo» sul punto – ha riconosciuto il principio della *lex mitior* quale proiezione implicita dell'art. 7 Cedu, e dunque quale *diritto fondamentale* da riconoscersi al reo<sup>24</sup>: un diritto, si noti, che proprio in forza del particolare statuto riconosciuto dalla

stessa Convenzione all'art. 7 non ammette – ai sensi dell'art. 15 – «alcuna deroga»<sup>25</sup>.

**2.4.** Questa decisione ha aperto subito interrogativi di rilievo circa la persistente ammissibilità di deroghe – a livello domestico – con riferimento a un principio ormai riconosciuto – in sede sovranazionale –, ascritto al rango dei diritti fondamentali<sup>26</sup>.

La Corte costituzionale, nella nota sentenza n. 236 del 2011, ha sostanzialmente negato che il *novum* della sentenza *Scoppola c. Italia* fosse realmente capace di alterare le posizioni consolidate a livello interno, ribadendo la derogabilità della *lex mitior* (nella

---

plicabilità della *lex mitior* limitatamente ad alcuni settori dell'ordinamento, giacché «la qualificazione degli illeciti, in particolare di quelli sanzionati in via amministrativa, in quanto espressione della discrezionalità legislativa si riflette sulla natura contingente e storicamente connotata dei relativi precetti», e precisando anche che «Essa giustifica, quindi, sul piano sistematico, la pretesa di potenziare l'effetto preventivo della comminatoria, eliminando per il trasgressore ogni aspettativa di evitare la sanzione grazie a possibili mutamenti legislativi» (sulla decisione, vds. M. Galdi, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, in *Osservatorio costituzionale – AIC*, n. 3/2016, pp. 87-92; G.L. Gatta, *La Corte costituzionale su sanzioni amministrative e principio di retroattività della lex mitior*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016 ([www.penalecontemporaneo.it/d/4912-la-corte-costituzionale-su-sanzioni-amministrative-e-principio-di-retroattivita-della-lex-mitior](http://www.penalecontemporaneo.it/d/4912-la-corte-costituzionale-su-sanzioni-amministrative-e-principio-di-retroattivita-della-lex-mitior)); da ultimo, approfonditamente, A. Chibelli, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, *ivi*, n. 3/2016, pp. 247-269 in particolare pp. 257 ss., evidenziando da un lato l'evoluzione – e la progressiva afflittività – dell'illecito amministrativo nell'ordinamento italiano, dall'altro ritenendo già applicabile in via generalizzata il principio della *lex mitior*, quanto meno alle sanzioni amministrative intrinsecamente punitive).

23. Peculiare, peraltro, restando il tema della cd. successione impropria tra illecito penale depenalizzato e illecito amministrativo, sul quale vds. ancora D. Bianchi, *La cd. "successione impropria"*, *op. cit.*

24. Corte Edu [GC], *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, §§ 106-108: «106. La Corte ne deduce che, dalla decisione *X c. Germania*, si è progressivamente formato un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale. È altresì significativo che la legislazione dello Stato interessato riconosca questo principio dal 1930 (si veda l'articolo 2 § 3 del CP, citato al paragrafo 32, *supra*). 107. Certo, l'articolo 7 della Convenzione non fa espressamente menzione dell'obbligo, per gli Stati contraenti, di far beneficiare l'imputato di un cambiamento legislativo intervenuto dopo la perpetrazione del reato. È proprio sulla base di questo argomento, legato al testo della Convenzione, che la Commissione ha rigettato il motivo di ricorso del ricorrente nella causa *X c. Germania*. Tuttavia, tenuto conto degli sviluppi sopra menzionati, la Corte non può considerare questo argomento come determinante. Del resto, essa osserva che vietando di infliggere una "pena più severa di quella che era applicabile nel momento in cui è stato commesso il reato", il paragrafo 1 *in fine* dell'articolo 7 non esclude che l'imputato possa beneficiare di una pena meno grave, prevista dalla legislazione posteriore al reato. 108. Agli occhi della Corte, è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'articolo 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive. La Corte osserva che l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa a un altro elemento fondamentale dell'articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni».

25. Peraltro, nella sentenza *Scoppola c. Italia* il principio della *lex mitior* è stato affermato in relazione a un caso peculiare, concernente una *lex intermedia*, e una giurisprudenza più recente è ritornata sul tema giungendo a conclusioni in parte diverse (si veda, in particolare, Corte Edu, *Ruban c. Ucraina*, 12 luglio 2016, in cui la Corte nega che comporti violazione dell'art. 7 Cedu, in specie nella forma del principio di retroattività della *lex mitior*, il fatto che il ricorrente fosse stato condannato all'ergastolo per un fatto punito al tempo della condotta con la pena di morte, benché prima della condanna quest'ultima fosse stata dichiarata incostituzionale e conseguentemente, per un periodo di circa tre mesi, fosse rimasta in vigore solamente la pena alternativa di quindici anni di reclusione, prima che una modifica legislativa trasformasse la pena di morte originariamente prevista in pena perpetua).

26. Si veda, ad esempio, F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, in M. D'Amico e B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 2005 ss. (anche in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011, disponibile online: [www.penalecontemporaneo.it/d/838-sullo-statuto-costituzionale-della-retroattivita-della-legge-piu-favorevole](http://www.penalecontemporaneo.it/d/838-sullo-statuto-costituzionale-della-retroattivita-della-legge-piu-favorevole)); *Id.*, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Treccani - Il libro dell'anno del diritto 2014*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2014, pp. 105-114 (e in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2013 - [www.penalecontemporaneo.it/d/2722-retroattivita-della-legge-penale-piu-favorevole](http://www.penalecontemporaneo.it/d/2722-retroattivita-della-legge-penale-piu-favorevole)), suggerendo un ambito di operatività del principio "a tre cerchi concentrici".

specie, la più favorevole disciplina dei termini di prescrizione per taluni reati introdotta con la cd. “legge ex-Cirielli”) a fronte di controinteressi costituzionali quali «l'efficienza del procedimento» penale e «la salvaguardia dei diritti dei destinatari» (“valori” già evidenziati a giustificazioni di possibili deroghe nella sentenza n. 72 del 2008), ulteriormente corroborati dal riferimento – originale e innovativo – al «principio di effettività del diritto penale».

A nostro sommo avviso, nonostante la perdurante ambiguità della giurisprudenza convenzionale sul punto<sup>27</sup>, questa posizione meriterebbe di essere riesaminata: se può (forse) essere eccessivo ritenere il principio della *lex mitior* assolutamente inderogabile (così accostandolo allo statuto del principio di irretroattività), dovrebbe quanto meno ammettersi che la derogabilità della retroattività favorevole possa essere giustificata solo a fronte di controinteressi di rango omogeneo: controinteressi, cioè, assiologicamente comparabili – e capaci di esprimere un medesimo *ethos* costituzionale – rispetto al diritto fondamentale in gioco<sup>28</sup>.

Questo diverso approccio, in definitiva, schiuderebbe la strada a un bilanciamento ben più rigoroso di quello accolto nella sentenza n. 236 del 2011, in linea con una diversa prospettiva seguita – pur in diversa materia – dalla stessa Corte più di recente, ove si è riconosciuta sempre e comunque preminenza al rispetto delle garanzie rispetto alle esigenze di difesa sociale (efficienza processuale, diritti delle vittime, effettività del diritto penale, etc.).

Il riferimento è alla recente sentenza n. 200 del 2016<sup>29</sup>, concernente il principio del *ne bis in idem* (in merito ad una questione di legittimità sollevata nel noto processo Eternit) e al passaggio – di significativo impatto assiologico – ove la Corte si premura di sottolineare che «nell'ordinamento nazionale non si può avere un soddisfacimento di pretese punitive che non sia contenuto nelle forme del giusto processo, ovvero che non si renda compatibile con il fascio delle garanzie processuali attribuite all'imputato. Né il principio di obbligatorietà dell'azione penale, né la rilevanza costituzionale dei beni giuridici che sono stati offesi, cui le parti private si sono ampiamente riferite, possono rendere giusto, e quin-

di conforme a Costituzione, un processo che abbia violato i diritti fondamentali, e costituzionalmente rilevanti, della persona che vi è soggetta» (punto 6, corsivo nostro).

Al riguardo, se è vero che il discorso concerne, in quest'ultimo caso, garanzie “procedurali” quale quella concernente il divieto di un doppio procedimento, è altrettanto chiara l'impostazione valoriale di fondo, che assegna precedenza – e primazia – ai diritti fondamentali del soggetto sottoposto alla pretesa punitiva statale (dell'imputato come del reo) rispetto alle esigenze di difesa sociale e di tutela dei beni giuridici (ancorché di rilievo costituzionale) offesi.

### 3. L'ambito di applicazione delle garanzie intertemporali: il nodo delle norme processuali a valenza sostanziale e l'irretroattività dell'interpretazione giurisprudenziale

**3.1.** Il sempre maggior interessamento, da parte della giurisprudenza della Corte Edu, in merito alle garanzie intertemporali in materia penale non ha prodotto sussulti solo sul piano del *fondamento* e dei limiti ai suddetti principi, ma ha avuto ricadute significative anche sul fronte del relativo *ambito di applicazione*, estendendone la portata oltre i confini originari e tracciando un perimetro ancora in via di compiuta definizione.

Da un lato, l'approccio “*behind the appearances*” della Corte Edu, veicolato attraverso il concetto “aformalistico” di “materia penale” e volto a ricomprendere, sotto l'ombrello garantistico dell'art. 7 Cedu, ogni illecito e sanzione suscettibile di essere considerato “intrinsecamente punitivo” secondo i noti criteri Engel; dall'altro, l'estensione delle garanzie non solo al diritto di produzione “politica”, ma anche alla *judge-made law*, ossia al “diritto giurisprudenziale”, secondo una prospettiva epistemologicamente rivoluzionaria, almeno per il penalista continentale.

Si tratta di un mutamento di prospettiva tanto significativo da aver fagocitato la gran parte dei pro-

27. La Corte europea non sembra offrire indicazioni chiare, in merito: non la citata sentenza *Scoppola c. Italia* (in particolare, § 109), né la più recente Corte Edu, *Gouarré Patte c. Andorra*, 12 gennaio 2016, §§ 28 ss., pur avendo rilevato che l'intangibilità del giudicato è garanzia del «principio di sicurezza giuridica» (così Corte Edu, *Perez Arias c. Spagna*, 28 giugno 2007).

28. Sul punto, con ulteriori considerazioni, si rinvia a V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, pp. 155 ss., 158 ss. e 161 ss.; vds. sul punto, anche A. Martufi, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 488 ss.

29. Corte cost., n. 200 del 2016, sulla quale vds. S. Zirulia, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 cpp nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit prosegue)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/4913-ne-bis-in-idem-la-consulta-dichiara-l-illegittimita-dell-art-649-cpp-nell-interpretazione-datane-da](http://www.penalecontemporaneo.it/d/4913-ne-bis-in-idem-la-consulta-dichiara-l-illegittimita-dell-art-649-cpp-nell-interpretazione-datane-da)).

blemi: e alla luce del quale, oggi, si può dire che le questioni sul tappeto più delicate, per chi guardi alle garanzie intertemporali in materia penale, concernono la loro applicazione all'interpretazione giudiziale e alle norme (solo) "intrinsecamente penali".

**3.2.** Muovendo da quest'ultimo fronte di problemi, si è ormai preso atto di come talune distinzioni/dicotomie tradizionali care al formalismo classificatorio di stampo giuspositivistico ereditato dal tecnicismo giuridico – *in primis*, quella che assoggettava al *nullum crimen sine praevia lege poenali* le sole pene, e al *tempus regit actum* le misure di sicurezza, le norme processuali, la disciplina dell'esecuzione penale, etc. – non soddisfino più, specie in una prospettiva – quale quella coltivata dalla Corte Edu – volta a dare alle garanzie in rilievo "una protezione non illusoria e astratta, ma effettiva e concreta".

**3.2.1.** Ne ha preso atto la stessa Corte costituzionale, ormai da tempo, al cospetto di ipotesi speciali di confisca contrassegnate da note di afflittività (si veda, ad esempio, la sentenza n. 196 del 2010, relativa alla confisca dell'autoveicolo per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza; ma anche, prima, l'ordinanza n. 97 del 2009, in relazione alla confisca per equivalente), inaugurando una *nouvelle vague* che promette altre importanti bonifiche garantistiche su un terreno spesso preda di autentiche "truffe delle etichette".

Una analoga verifica deve oggi interessare il regime delle garanzie intertemporali da applicarsi alle cd. *sanzioni nascoste*, ossia alle sanzioni (formalmente) amministrative ma contenutisticamente afflittive, e, dunque, "sostanzialmente penali"<sup>30</sup>.

**3.2.2.** In questa stessa prospettiva, come si anticipava, resta aperto, e tutto da sondare, il tema delle *norme processuali a rilevanza sostanziale*: sulla trac-

cia della più volte citata sentenza *Scoppola c. Italia*, che ha ritenuto la norma dell'art. 442, comma 2, cpp una «disposizione di diritto penale materiale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato»<sup>31</sup> e di altre decisioni orientate a una analoga impostazione (ad esempio, in tema di *reformatio in pejus*<sup>32</sup>), potrebbe condurre a esiti simili l'analisi di diverse modifiche introdotte nel codice di procedura penale, ma aventi ricadute consequenziali sulla concreta penalità sostanziale.

Solo per fare un esempio, si pensi al neointrodotta comma 1-bis dell'art. 444 cpp, ai sensi del quale «Nei procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319-quater e 322-bis del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato»: non si tratta, anche in questo caso, di una disposizione processuale che – introducendo una condizione ostativa alla possibilità di fruire di un procedimento speciale con effetti di mitigazione sanzionatoria – incide indirettamente sul trattamento punitivo concretamente patito dal soggetto? A nostro avviso la risposta deve essere positiva, ogni volta che la modifica (formalmente) processuale incida non solo sul *quantum* ma – ancor prima – sull'*an* della cornice edittale concretamente irrogabile all'imputato.

**3.2.3.** Ovviamente, in direzione – per così dire – simmetrica e contraria si pone anche il problema delle norme "sostanziali" a rilevanza (meramente) processuale: il pensiero corre, ovviamente, agli "atti interruttivi" della prescrizione, e alla famosa – o famigerata – sentenza *Taricco* della Corte di giustizia dell'Ue.

Così, se si conviene che la prescrizione, nel nostro ordinamento, è «sostanza della legalità penale, non semplice morte del processo»<sup>33</sup> – come conferma un roccioso orientamento della Corte costituzionale<sup>34</sup> –,

30. Sul punto, si veda, ad esempio, F. Mazzacava, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1899 ss.; più di recente, A. Massaro, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2015, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/4064-europeizzazione-del-diritto-penale-e-razionalizzazione-del-sistema-sanzionatorio-il-superamento-dei](http://www.penalecontemporaneo.it/d/4064-europeizzazione-del-diritto-penale-e-razionalizzazione-del-sistema-sanzionatorio-il-superamento-dei)).

31. Cfr. ancora Corte Edu [GC], *Scoppola c. Italia*, cit., § 113: «Alla luce di quanto precede, la Corte ritiene che l'articolo 442 § 2 del CPP sia una disposizione di diritto penale materiale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato. Essa ricade dunque nel campo di applicazione dell'ultimo capoverso dell'articolo 7 § 1 della Convenzione».

32. Cfr., ad esempio, Corte Edu, 7 luglio 2015, *Gaetano Davide Greco c. Italia*, 7 luglio 2015: «La Corte è pronta ad accettare che, benché faccia parte del CPP, le cui disposizioni regolano di norma la procedura da seguire per perseguire e giudicare i reati, l'articolo 597 comma 3 sopra citato possa essere considerato una disposizione di diritto penale materiale, in quanto verte sulla severità della pena da infliggere quando l'appello viene interposto unicamente dall'imputato».

33. P. Gaeta, *Rapporti tra fonti europee e Cassazione in tema di legalità: alcune icone*, relazione dattiloscritta presentata al convegno «Cassazione e legalità penale», Parma, 9-10 ottobre 2015, p. 4; assume come dato incontrovertibile che le scelte in materia di prescrizione siano scelte sulla punibilità, sopra tutti, D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2015, pp. 20 ss.

34. Tra le altre, sentenze nn. 393 del 2006, 72 e 324 del 2008; nonostante talune ambiguità, tale inquadramento è confermato, di fatto,

non sembrano esservi spazi per modificazioni peggiorative (legislative o giurisprudenziali) *sine praevia lege poenali*; ma può dirsi lo stesso – come da più parti si domanda – per le disposizioni che disciplinano il fenomeno dell'interruzione del termine di prescrizione<sup>35</sup>, o siamo al cospetto di intarsi processuali di un fenomeno sostanziale, che dovrebbero essere affidati al regime del *tempus regit actum*?

A noi sembra che debba comunque emanciparsi la soluzione da partizioni formalistiche, valutando – con riguardo a quella che si è efficacemente descritta come «norma penale reale»<sup>36</sup> – l'effetto della modifica legislativa in termini di concreta afflittività: se il risultato è – quale che ne sia la fonte – una ricaduta peggiorativa sulla sfera giuridico-penale del singolo, una istanza di tutela individuale, di eguaglianza e di «affidamento» dei singoli di fronte allo Stato, meriterebbe di attrarre il problema sotto la copertura garantistica della irretroattività (così come a tutti i corollari del *nullum crimen*): non – si noti – l'affidamento sulla recondita speranza di poterla «fare franca» grazie all'intervento salvifico di quella «creatura teratologica» che è la prescrizione, ma l'affidamento sul fatto che – a prescindere da ogni valutazione in chiave di

prevedibilità soggettiva – lo Stato non «cambi le carte in tavola» alle spalle (e a detrimento) degli individui, dovendo sempre garantire – in un sistema basato sul principio di *prééminence du droit* e sulla *rule of law* – una *fairness*, sostanziale o processuale<sup>37</sup>.

Questa soluzione ha del resto trovato l'autorevole conforto della Corte costituzionale, proprio a margine della vicenda *Taricco*, ove si è evidenziato senza ambiguità né tentennamenti che «il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost.» e che, sotto tale ombrello garantistico, devono essere ricondotte tutte le modifiche della relativa disciplina – ivi compresi gli atti interruttivi – giacché il principio della «ragionevole prevedibilità» – «in base al quadro normativo vigente al momento del fatto» – del trattamento punitivo concretamente applicabile al reo è «principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale»<sup>38</sup>.

**3.2.4.** Dalla medesima prospettiva assiologica dovrebbe essere affrontato il tema delle variazioni normative concernenti la disciplina delle misure cautelari, dove ancora si registra un atteggiamento

---

anche dalla sentenza n. 236 del 2012; più di recente, vds. la sentenza n. 143 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2363 ss., con nota di C. Piergallini, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, pp. 2371 ss.

35. Ritengono comunque riferibili alla scelta su «se punire», ad esempio, V. Maiello, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 1258 ss. e C. Sotis, *Il limite come controlimite*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/4962-il-limite-come-controlimite](http://www.penalecontemporaneo.it/d/4962-il-limite-come-controlimite)) e anche in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 185 ss.

36. Per tutti, autorevolmente, M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 15, il quale propone, appunto, il concetto di «norma penale reale», composta da regole sostanziali e da regole processuali che si compongono in un tutto unitario, alla luce del quale si potrebbe ritenere che la natura processuale di una norma non costituisca ostacolo all'applicazione delle garanzie in materia penale.

37. Del resto, non si comprenderebbe altrimenti perché la Corte Edu, con l'autorevolezza della Grande Camera (*Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013), abbia sanzionato la retroattività occulta di un mutamento giurisprudenziale imprevedibile in materia sanzionatoria esecutiva.

38. Così Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, punto 5, ove si sottolinea, con ancor più chiarezza: «Occorre infatti che la disposizione scritta con cui si decide quali fatti punire, con quale pena, e, nel caso qui a giudizio, entro quale limite temporale, permetta «una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» (corsivo nostro).

Sulla decisione, F. Palazzo, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in corso di pubblicazione in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2017, pp. 285 ss.; C. Amalfitano, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus*, 20 gennaio 2017, disponibile online (<http://rivista.eurojus.it/la-vicenda-taricco-nuovamente-al-vaglio-della-corte-di-giustizia-qualche-breve-riflessione-a-caldo/>); C. Cupelli, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2017, pp. 199-205; P. Faraguna, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: «Gauweiler in the Roman Campagna»*, in *VerfBlog*, 31 gennaio 2017, disponibile online (<https://verfassungsblog.de/the-italian-constitutional-court-in-re-taricco-gauweiler-in-the-roman-campagna/>); O. Pollicino e M. Bassini, *When cooperation means request for clarification, or better for «revisitation»*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2017, pp. 206-211; M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea: dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017, pp. 216-230; A. Massaro, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, n. 3/2017, disponibile online ([www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/03/massaro\\_taricco\\_gp\\_2017\\_3.pdf](http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/03/massaro_taricco_gp_2017_3.pdf)); inoltre, volendo, V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/5215-la-corte-muove-e-in-tre-mosse-da-scacco-a-taricco](http://www.penalecontemporaneo.it/d/5215-la-corte-muove-e-in-tre-mosse-da-scacco-a-taricco)); C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/5317-tra-antigone-e-creonte-io-sto-con-porzia](http://www.penalecontemporaneo.it/d/5317-tra-antigone-e-creonte-io-sto-con-porzia)); G. Riccardi, *«Patti chiari, amicizia lunga». La Corte costituzionale tenta il «dialogo» nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017, disponibile online ([www.penalecontemporaneo.it/d/5304-patti-chiari-amicizia-lunga-la-corte-costituzionale-tenta-il-dialogo-nel-caso-taricco-esibendo-la](http://www.penalecontemporaneo.it/d/5304-patti-chiari-amicizia-lunga-la-corte-costituzionale-tenta-il-dialogo-nel-caso-taricco-esibendo-la)).

ondivago della giurisprudenza, tanto europea quanto nazionale, e una certa ritrosia ad abbandonare il tradizionale canone del *tempus regit actum*<sup>39</sup>.

Anche qui, tuttavia, non mancano sentenze più coraggiose, interessate alla sostanza afflittiva, ben più che alla forma o all'etichetta di una certa misura; un orientamento sulla cui traccia si dovrebbe precludere – quanto meno – ogni valenza retroattiva a modificazioni *in pejus* concernenti presupposti, caratteri e limiti di durata della coercizione o della interdizione cautelare<sup>40</sup>.

**3.3.** Un profilo altamente problematico, infine, concerne le garanzie intertemporali cui va assoggettata (non l'incriminazione penale, formalmente o contenutisticamente tale, bensì) l'interpretazione giurisprudenziale.

Qui si registrano le evoluzioni più significative, giacché l'equiparazione *a fini garantistici* tra legge e giurisprudenza – da tempo acquisita nella giurisprudenza della Corte Edu – appare epistemologicamente rivoluzionaria per ordinamenti di *civil law*, declinati sul paradigma della riserva di legge parlamentare<sup>41</sup>.

Si tratta, però, di una semplice constatazione da parte della Corte di Strasburgo, piuttosto che di una scelta di campo per ricostruzioni dell'ordinamento democratico – per così dire – di matrice “neo-costi-

tuzionalista”<sup>42</sup>: preso atto che l'incriminazione possa avere e di fatto abbia – nei diversi contesti ordinamentali di *common law* e di *civil law* – una genesi tanto legislativa quanto giurisprudenziale (a partire dai fondamenti primordiali dei diversi contesti ordinamentali), la preoccupazione del sistema convenzionale di tutela dei diritti umani è quella di apprestare presidi, sia in relazione alla nuova interpretazione sfavorevole (*casus novus*), sia in relazione al mutamento giurisprudenziale peggiorativo (cd. *overruling in malam partem*): entrambi non potranno retroagire, a detrimento dell'individuo *nel caso concreto*, se imprevedibili.

In altri termini, muovendo da una indifferenza sul piano della legittimazione genetica della potestà punitiva, la prospettiva coltivata dalla Corte di Strasburgo fonde diverse istanze sottese al *nullum crimen* (istanze che nella prospettiva continentale guarderebbero non solo all'irretroattività, ma alla determinatezza e alla libera autodeterminazione individuale): da questa composita prospettiva, la fonte giurisprudenziale deve rispettare gli stessi *qualitative requirement* imposti dall'art. 7 Cedu alla legge, ossia “prevedibilità” e “accessibilità” del comando legale, in una dimensione oggettiva e impersonale – requisiti in assenza dei quali la pena non avrebbe una base legale; non, quanto meno, una base legale convenzionalmente accettabile<sup>43</sup>.

39. Di recente, ad esempio, Cass., sez. VI, 25 ottobre 2016, n. 51378, secondo la quale «nella materia cautelare si applica la regola del *tempus regit actum*, con la conseguenza che la nuova norma trova applicazione dal momento della sua entrata in vigore anche in rapporto alle misure cautelari da adottare per fatti commessi anteriormente alla data in vigore della novella legislativa» (caso relativo all'applicazione retroattiva del nuovo termine massimo della misura cautelare dell'interdizione dai pubblici uffici, esteso a dodici mesi – ai sensi del nuovo art. 308, comma 2, cpp – a differenza del più breve limite temporale massimo precedentemente vigente).

40. Così, ad esempio., Cass., sez. V, 20 maggio 2015, n. 38094, secondo la quale ««vero è che in tema di successioni di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari. Tale principio, tuttavia, come affermato da un condivisibile arresto della giurisprudenza di legittimità, è applicabile alla norma cautelare che, al di là della sua collocazione formale, produce effetti afflittivi per l'indagato».

41. Sul punto, volendo, V. Manes, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017.

42. Sul “neo-costituzionalismo” si veda, ad esempio, la ricostruzione critica di N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 919 ss.; al riguardo, vds. anche C. Pinelli, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, pp. 1 ss. (in particolare il par. 3, *Creatività della giurisprudenza, Stato costituzionale e neocostituzionalismo* - [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2016\\_Pinelli.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2016_Pinelli.pdf)).

43. Emblematica, al riguardo, *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006, che per prima ha riconosciuto la violazione del divieto di retroattività occulta; ma anche la già citata *Del Rio Prada c. Spagna*, relativa a un mutamento giurisprudenziale imprevedibile in materia sanzionatoria esecutiva, come tale escluso da valutazioni di prevedibilità soggettiva (e dal perimetro delle scusanti).

Diverso, invece, il caso della retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole (oggetto della celebre sentenza della Corte costituzionale, n. 230 del 2012, che ha rigettato la questione di legittimità sollevata invocando una pronuncia additiva che ampliasse il campo di applicazione dell'art. 673 cpp): se, al riguardo, la Corte Edu non ha mai preso posizione è perché, in questi casi, non si lamenta la mancanza di prevedibilità di una norma in relazione a un caso concreto, ma l'estensione di una determinata interpretazione giurisprudenziale (non di una legge generale e astratta) più favorevole a casi che risultano (o potrebbero risultare) solo analoghi a quello deciso da altro giudice, in una prospettiva che sembra trascendere, dunque, l'ambito di incidenza della Convenzione – situazione che, per essere considerata (lo diciamo con le parole della citata sentenza della Corte cost., n. 230 del 2012), richiederebbe «una vicenda modificativa che determini la caduta della rilevanza penale di una determinata condotta con connotati di *generale vincolatività* e di *intrinseca stabilità*». *In effetti, il problema potrebbe porsi in sede convenzionale se si ammettesse – pur dopo il diniego della Corte costituzionale – la possibilità di applicare in chiave analogica l'art. 673 cpp – come già ha ritenuto, ad esempio, Trib. Torino, sez. GIP, ord. 30 gennaio 2012, in Dir. pen.*

Sulla base di questo approccio, è stata di recente rilevata la violazione dell'art. 7 Cedu – nell'ambito di una casistica crescente<sup>44</sup> – a fronte di mutamenti giurisprudenziali che avevano condotto a qualificare gli impiegati di istituti di credito come funzionari pubblici<sup>45</sup> e ad estendere la nozione di “danno” in una fattispecie di abuso d'ufficio<sup>46</sup>, così come in presenza di contrasti sincronici concernenti elementi costitutivi del reato<sup>47</sup>.

**3.3.1.** È quanto la Corte Edu ha affermato anche nella recente e notissima decisione *Contrada c. Italia*, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 7 Cedu, ritenendo che l'incriminazione del concorso esterno «all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (...) non era sufficientemente chiara e prevedibile per quest'ultimo»<sup>48</sup>: sentenza concettualmente non originale, ma che rappresenta, di fatto, «la prima vera “messa in mora” del sistema giuridico italiano rispetto all'irresponsabilità dell'interprete in materia penale»<sup>49</sup>.

A questo riguardo, la discussione suscitata, specie a livello giurisprudenziale, da questa importante decisione di condanna sembra (volutamente?) fraintenderla e andare *ultra petitem*: la critica rivolta alla pronuncia di condanna europea si indirizza sempre più spesso, infatti, sulla ritenuta genesi giurisprudenziale del concorso esterno in associazione per delinquere per stampo mafioso – quasi che, se non fosse così (come in effetti è), la conseguenza sarebbe una sottrazione al dominio della garanzia convenzionale, essendo l'interpretazione giurisprudenziale, per così dire, uno *ius naturaliter exceptum* in un sistema fondato sulla riserva di legge – e, comunque, sulla prevedibilità soggettiva dello schema di incriminazione, al momento dei fatti<sup>50</sup>.

Questa critica, tuttavia, non sembra cogliere nel segno: quale che ne fosse la fonte (legislativa o giurisprudenziale), la violazione dell'art. 7 Cedu sarebbe stata comunque ravvisata, giacché l'incriminazione non risultava “chiara” al momento dei fatti per il *quibus de populo*, ossia a prescindere da valutazioni

---

*cont.*, 19 ottobre 2012, con nota di F. Viganò, *Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?* ([www.penalecontemporaneo.it/d/1780-mutamento-in-bonam-partem-del-diritto-giurisprudenziale-e-revo-ca-del-giudicato-la-palla-torna-al-gi](http://www.penalecontemporaneo.it/d/1780-mutamento-in-bonam-partem-del-diritto-giurisprudenziale-e-revo-ca-del-giudicato-la-palla-torna-al-gi)) e come più ampiamente sostenuto, in dottrina, da *Id.*, *Retroattività, op. cit.*, pp. 15 ss. –, a fronte di un eventuale rigetto dell'incidente di esecuzione e a un successivo ricorso (che, tuttavia, rischierebbe di essere ritenuto irricevibile perché l'incidente di esecuzione è considerato rimedio extra-ordinario insuscettibile di rimettere in termini il ricorrente...).

44. Riferimenti, da ultimo, in F. Mazzacava, *Art. 7*, in F. Viganò e G. Ubertis (a cura di), *Corte di Strasburgo e ordinamento penale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 236 ss. e 239 ss.

45. Corte Edu, *Dragotoni e Militaru-Pidhorni c. Romania*, 24 maggio 2007, § 33 ss., in un caso ove si è affermata la violazione dell'art. 7 Cedu a fronte di una condanna per corruzione pronunciata nei confronti dei ricorrenti.

46. Corte Edu, *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, §§ 92 ss.

47. Corte Edu, *Plechkov c. Romania*, 16 febbraio 2015, §§ 58 ss., ove si rilevava un'incertezza dei giudici nazionali circa la natura imperativa o di principio della norma che definiva la zona economica esclusiva e da cui dipendeva l'applicabilità di un reato in materia di pesca.

48. Corte Edu, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015 (in particolare punti 64 ss.), che ha appunto riconosciuto la violazione dell'art. 7 Cedu ritenendo non sufficientemente chiara né prevedibile la “fattispecie” del concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso (artt. 110-416-bis cp), evidenziandone la genesi giurisprudenziale *posteriore* all'epoca dei fatti per i quali il ricorrente era stato condannato e ritenendo tale “fattispecie giurisprudenziale” consolidata solo a partire dal (primo) intervento chiarificatore delle sezioni unite della Cassazione (1994).

La sentenza è stata particolarmente discussa nel contesto della dottrina italiana: tra gli altri, evidenziano, tuttavia, cortocircuiti e paradossi della legalità convenzionale in rapporto alla legalità costituzionale, F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1061 ss.; D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 46-54; V. Maiello, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1022 ss.; A. Esposito, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 26-39; S.E. Giordano, *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio penale*, n. 2/2015, disponibile online ([www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=aedb4e89-bd9f-4c11-a26e-dcd95054f080&idarticolo=9122](http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=aedb4e89-bd9f-4c11-a26e-dcd95054f080&idarticolo=9122)); M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 347 ss., e *Id.*, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2016, pp. 13-38; R. Bartoli, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, pp. 283-303.

49. M. Donini, *Il caso Contrada*, *op. cit.*, p. 347.

50. Così, emblematicamente, Corte appello Caltanissetta, sez. I pen., 18 novembre 2015 (dep. 17 marzo 2016), n. 924, di rigetto del ricorso in revisione di *Contrada*, sulla quale vds. le osservazioni critiche di F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2016 ([www.penalecontemporaneo.it/d/4660-il-caso-contrada-e-i-tormenti-dei-giudici-italiani-sulle-prime-ricadute-interne-di-una-scomoda-sent](http://www.penalecontemporaneo.it/d/4660-il-caso-contrada-e-i-tormenti-dei-giudici-italiani-sulle-prime-ricadute-interne-di-una-scomoda-sent)), e di M. Donini, *Il caso Contrada*, *op. cit.*, p. 256, nota 19, nonché la ricca nota di P. Maggio, *Nella “revisione infinita” del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 3432 ss.).

e accertamenti individualizzanti; secondo il parere della Corte, sarebbe risultata tale solo dopo – appunto – il chiarimento intervenuto con la decisione delle sezioni unite *Demistry*, del 1994, perché a essa si deve – anzitutto – l'aver proceduto a una (temporanea, precaria, ma compiuta) “tipizzazione” delle condotte concretamente punibili.

**3.3.2.** Al di là di ciò – e assunto dunque che, nella prospettiva oggettiva e impersonale seguita dalla Corte Edu, la *prevedibilità della qualificazione giuridica di un fatto come specifico reato* rappresenta un corollario del *nullum crimen* (convenzionale e costituzionale), e dunque un *diritto del cittadino* alla conoscibilità della materia del divieto cui corrisponde un *dovere dello Stato* di non punire retroattivamente quei comportamenti<sup>51</sup> –, si profilano diversi interrogativi al cospetto della “legalità non legale”: in base a quali criteri può essere giudicata (non) prevedibile una applicazione giurisprudenziale evolutiva (una determinata, innovativa *Rechts-anwendung*) e, così, mettere al riparo il singolo da nuove interpretazioni e *revirement* che nascondano forme di criptoretroattività *in malam partem*? Basta un contrasto sincronico tra decisioni, magari protrattosi (ma quanto?) a lungo<sup>52</sup>? L'irretroattività deve garantire solo evoluzioni interpretative *in malam partem* che abbiano a oggetto norme incriminatrici, o deve estendersi anche a norme di parte generale (direttamente estensive della punibilità – tentativo, concorso di persone – o anche

solo indirettamente tali)? Più in generale, «Come evitare», si è chiesto il primo presidente della Corte di cassazione Giovanni Canzio «che (...) la tensione fra la dimensione giurisprudenziale del “diritto vivente” e il principio di legalità incida negativamente sulle garanzie convenzionali di conoscibilità del comando e di prevedibilità, stabilità e uniformità della decisione, perciò nel declino della certezza del diritto?»<sup>53</sup>.

Muovendo da questi primi interrogativi, la creatività interpretativa dei giudici, e la tendenza a farsi fonte e non solo formante, ne suscita molti altri, anche oltre la prospettiva di interesse della Convenzione europea dei diritti umani: in un sistema dove al precedente – anche della Cassazione – è riconosciuto valore solo e squisitamente persuasivo, è necessario introdurre meccanismi di stabilizzazione del diritto giurisprudenziale e assegnare, ad esempio, vincolatività almeno alle decisioni delle sezioni unite, per garantire certezza al diritto<sup>54</sup>? Abbiamo giudici culturalmente preparati per questa rivoluzione che li responsabilizza (al fianco dello Stato)? Quale sanzione per l'“illecito giurisprudenziale” sotteso all'applicazione di un “tipo” formatosi solo dopo i fatti<sup>55</sup>?

Sono tutti interrogativi aperti, e vertiginosi<sup>56</sup>: a fronte dei quali, la sola sensazione è che – tramontata ormai l'illusione della modernità giuridica di “incatenare l'azione del tempo” attraverso la legge – sia urgente ricostruire i termini di una legalità (anche) intertemporale che possa, anzitutto, responsabilizzare lo Stato e il potere giudiziario.

51. Ancora M. Donini, *Il caso Contrada*, op. cit., p. 362; ma vds. altresì N. Recchia, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte Edu*, in *Giur. it.*, n. 5/2017, pp. 1205 ss.

52. Su questi profili, ampiamente, ancora M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, op. cit.

53. Cfr. G. Canzio, *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 425 ss.

54. Soluzione da tempo invocata in dottrina: per primo, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 318 ss. (e ora anche, con nuove posizioni, nella seconda edizione del 2014, in particolare pp. 330 ss., e in *Id.*, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto/pen.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2016, pp. 407 ss.); inoltre, S. Riondato, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, CEDAM, Padova, 2000, pp. 239 ss.; M. Donini, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 1165 ss. – e, più di recente, *Id.*, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 153 ss. e *Id.*, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 92 ss. (Cap. II: *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*); da ultimo, *Id.*, *Il diritto penale giurisprudenziale*, op. cit., p. 36 –; G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss. e 1736 ss.; M. Vogliotti, *Penser l'impossible: le principe de la non-rétroactivité, du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *Rev. fac. de droit*, Université Libre de Bruxelles, 2002, pp. 59 ss.

55. E ancora: l'imprevedibilità del diritto può trasformarsi – paradossalmente – nella maggior prevedibilità delle decisioni giudiziarie? Al riguardo, di recente, G. Insolera, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2016, pp. 1999 ss.

56. Molte risposte si trovano nei recenti saggi di M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, op. cit., e A. Cadoppi, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, op. cit., in particolare pp. 411 ss.