

CONVEGNI

MARCO GAMBARDELLA

Le norme penali e processuali nel tempo e nello spazio

1. In materia di successione di leggi penali nel tempo, il sistema delineato dalle regole codicistiche è stato profondamente trasformato dall'impiego dei principi sia costituzionali che convenzionali. E ciò è avvenuto non solo mediante l'interpretazione dei testi vigenti alla luce dei principi suddetti, ma anche tramite la costruzione di autonome regole tratte dai principi stessi.

Ora, leggendo il codice penale ci si accorge che quanto testualmente *ivi* riportato non corrisponde a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni. Perché? Tutto è cambiato proprio per l'ampio uso dei principi convenzionali e costituzionali.

Vediamone il motivo. La teoria del fatto concreto posta a fondamento della distinzione contenuta nell'art. 2 c.p. tra legge abolitiva e legge semplicemente modificativa. Se si indaga sulla genesi dell'art. 2 c.p., ci si accorge che alla base della disposizione codicistica c'è la teoria del fatto concreto. Come emerge dai lavori preparatori del codice Rocco (Relazione Appiani e Relazione Rocco), il fatto concreto rappresenta la teoria fatta propria dal legislatore nell'art.

2. È evidente, infatti, che il *test* per risolvere l'alternativa: legge abolitiva/legge semplicemente modificativa è costituito dalla possibilità o meno di qualificare ancora come reato il "fatto storico".

La dottrina della c.d. valutazione in concreto, che si fa concordemente risalire all'inizio del novecento (attribuendola al giurista tedesco Friedrich Oppenhoff), può enunciarsi secondo lo schema logico: "prima punibile; dopo punibile; dunque ancora punibile" (*vorher strafbar, nachher strafbar, also strafbar*). In Italia, la teoria del fatto concreto è stata magistralmente illustrata da Marcello Gallo e Antonio Pagliaro. Secondo questa tesi nella vicenda normativa delineata nell'art. 2, co. 2, c.p. non si esige che la legge successiva intervenga ad abrogare la fattispecie incriminatrice; bensì che alla stregua di una legge posteriore il fatto da qualificare non risulti più costitutivo di reato. Pertanto, non è necessario che sia eliminata una figura criminosa, ma occorre che non sia più possibile qualificare, secondo regole posteriori, un fatto concreto come reato.

Per aversi una successione di leggi modificativa, è sufficiente che la fattispecie concreta sia riconducibile sotto la qualificazione giuridica di due regole l'una consecutiva all'altra. Non serve, invece, che le due regole che si susseguono nel tempo siano tra loro in rapporto di specialità in astratto. Invero, il tema

può essere posto correttamente solo con il riferimento al fatto concreto, e non ai rapporti astratti tra fattispecie incriminatrici: il co. 4 dell'art. 2 c.p. si applica allorché il fatto concreto sia rimasto punibile per le diverse leggi che si sono succedute.

In definitiva, esaminando le regole contenute nell'art. 2 c.p. e indagando sulle sue matrici storiche, si può allora affermare che la logica codicistica della successione di leggi penali nel tempo è fondata sulla teoria del fatto concreto. Questo spiega perché, dal punto di vista storico, non si rinvencono studi, indagini, pronunce giurisprudenziali specificamente volte ad individuare criteri cui ancorare, con esattezza, la controversa distinzione tra legge abolitiva e legge modificativa: il criterio del fatto concreto risolve agevolmente gli eventuali casi dubbi. Basta stabilire se l'accadimento storico sia riconducibile anche al nuovo testo legislativo: la qualificazione come reato, in base alla nuova disposizione, elimina in radice ogni dilemma riguardo all'esatta delimitazione tra abolizione e modificazione della legge penale.

E veniamo adesso al superamento della teoria del fatto concreto coll'introduzione del principio costituzionale di irretroattività (art. 25, co. 2, Cost.). Perché dunque a partire dagli anni '80 si è cominciato, prima in dottrina e poi in giurisprudenza, a introdurre il tema della distinzione tra l'abrogazione e la modificazione normativa?

Il motivo risiede nella piena valorizzazione del principio costituzionale di irretroattività (art. 25, co. 2, Cost.). Come già accaduto per il principio di colpevolezza (art. 27 Cost.), dottrina e giurisprudenza hanno infatti tardato a dare al principio di irretroattività la giusta rilevanza nella interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni codicistiche.

Valorizzando dunque il principio di irretroattività, il criterio del fatto concreto è inaccettabile: giacché esso si pone in deciso contrasto con il principio costituzionale di irretroattività della norma incriminatrice. Infatti, alla stregua di tale criterio vi è successione modificatrice se il fatto concreto sia riconducibile a due fattispecie che si avvicendano nel tempo, anche se le due fattispecie sono costituite da elementi eterogenei tra loro: dando così *rilevanza penale a elementi che prima non l'avevano*. In sostanza, si applica qui retroattivamente la norma incriminatrice in contrasto con quanto disposto dall'art. 25 comma 2 Cost. Invece, il confronto deve instaurarsi necessariamente tra norme incriminatrici, tra tipi di reato, tra modelli astratti di reato.

Il punto di forza del criterio del fatto concreto risiede nella sua semplicità di applicazione, anzi nella sua semplicità si risolve in un "non criterio". La teoria del fatto concreto non risolve i cosiddetti "casi difficili", e rappresenta solo un primo dato per distinguere tra *abolitio* e modifica: giacché se il fatto storico

non è suscumbibile sotto entrambe le norme in successione il problema neppure si pone: siamo sicuramente in presenza di un fenomeno abolitivo.

La teoria del fatto concreto è stata altresì sottoposta a dure critiche dalla fondamentale sentenza “Giordano” delle Sezioni unite del 2003: seguendo questa teoria – secondo la Corte – si potrebbero applicare retroattivamente aspetti che prima erano sprovvisti di rilevanza penale. Nella motivazione della sent. “Giordano” si è così testualmente affermato che “se si optasse per la continuità quando un fatto concreto commesso sotto il vigore della legge abrogata rientra, per aspetti diversi, nella previsione della nuova legge si farebbe di questa un’applicazione retroattiva, in quanto quel fatto verrebbe punito solo per aspetti che prima erano privi di rilevanza penale”.

In definitiva, per escludere il fenomeno abolitivo, non è sufficiente, ai sensi del canone costituzionale di non retroattività della legge penale (art. 25, co. 2, Cost.), che il fatto concreto sia suscumbibile in entrambe le norme che si avvicendano nel tempo. Occorre altresì che la nuova norma non presenti, sul piano strutturale della fattispecie, elementi eterogenei rispetto a quelli della fattispecie previgente tali da doversi reputare espunta dall’ordinamento la precedente incriminazione. Infatti, se le due fattispecie sono incentrate su comportamenti strutturalmente non assimilabili, non si determina una successione di norme incriminatrici, bensì si produce la coppia *abolitio criminis*/nuova incriminazione.

Le critiche alla teoria del fatto concreto, formulate dalle Sezioni unite “Giordano”, sono state ribadite nella successiva pronuncia della Cassazione a sezioni unite “Magera” del 2007, in cui si è escluso altresì la possibilità di accogliere la teoria della doppia punibilità in concreto: perché, per individuare il campo di applicazione del co. 2 dell’art. 2 c.p., non ci si può limitare a verificare se il fatto storico, punito in base alla legge anteriore, sia punito o meno, anche in base alla legge posteriore.

Sulla scorta di tali premesse, è possibile formulare un’affermazione di ordine generale, imprescindibile per una corretta analisi della distinzione tra fenomeno abolitivo e modificativo: a seguito dell’entrata in vigore della Costituzione, occorre rileggere e integrare la disciplina codicistica della successione nel tempo di leggi penali alla luce del canone costituzionale di irretroattività (art. 25, co. 2, Cost.).

2. Alla luce del principio costituzionale d’irretroattività (art. 25, co. 2, Cost.), si deve rimeditare la tematica della successione di leggi penali nel tempo, superando l’ottica strettamente codicistica, e di conseguenza identificare il concetto di *abolitio criminis* con quello teorico-generale dell’abrogazione di una

legge (art. 15 disp. prel. c.c.): la legge spiega la sua efficacia nel tempo sino a quando una legge successiva (fonte di pari grado) non la abroghi. Il meccanismo dell'abrogazione comporta, dunque, la cessazione della vigenza di una norma (valida). Con l'espressione *abolitio criminis* va denotato, dunque, il fenomeno dell'abrogazione di una norma incriminatrice: la norma successiva prevale su quella anteriore, eliminandola dall'ordinamento penale, quando si è in presenza di norme che scaturiscono da fonti poste sullo stesso livello gerarchico. Si tratta del tipico meccanismo dell'abrogazione basato sulla idoneità dell'atto legislativo susseguente a produrre l'inefficacia del precedente.

Al riguardo si può, inoltre, in tal senso osservare che nell'enunciato dell'art. 673, co. 1, c.p.p. – corrispettivo, in materia processuale, della disciplina sostanziale della successione di leggi penali nel tempo – è, testualmente, impiegata l'espressione "abrogazione" della norma incriminatrice, quale presupposto della revoca della sentenza di condanna definitiva. Sicché, il concetto di *abolitio criminis* all'interno dell'art. 673 c.p.p. – disposizione formulata (a differenza dell'art. 2 c.p.) dopo l'entrata in vigore della Costituzione – corrisponde in modo esplicito col fenomeno dell'abrogazione di una norma incriminatrice: intesa quest'ultima come enunciato sintatticamente condizionale che collega una sanzione penale ad una classe di fattispecie (c.d. fattispecie astratta).

Pertanto, se si muove dalla premessa che il nostro ordinamento penale in senso stretto è costituito dall'insieme delle norme incriminatrici, l'*abolitio criminis* deve essere considerata un fenomeno normativo, che si sostanzia nell'eliminazione (o rimozione) di una norma incriminatrice. Nel senso che una fattispecie astratta, che il legislatore sanzionava penalmente, viene espunta dal catalogo dei reati, ponendosi così fine alla vigenza di una specifica incriminazione. L'abolizione del reato manifesta una scelta politico-criminale del legislatore, che reputa non più meritevole o bisognosa di repressione penale una classe di fatti in precedenza inclusi nell'elenco dei reati. Viene meno il precedente giudizio di disvalore astratto, eliminandosi la qualificazione d'illiceità penale di un determinato tipo di comportamento.

In realtà, il fenomeno dell'*abolitio criminis* non si ha unicamente in presenza della totale soppressione di una incriminazione dal sistema penale (c.d. abolizione integrale o totale). Può accadere, altresì, che vi sia soltanto una riduzione della fattispecie: situazione che si verifica allorché una o più delle possibili sottofattispecie ricavabili dalla fattispecie base venga esclusa o eliminata a seguito di una novazione legislativa. Si tratta del fenomeno della cosiddetta *abolitio criminis* parziale o più precisamente dell'abrogazione parziale di una norma.

L'affermarsi del modello della comparazione strutturale tra fattispecie astratte ha generato l'importante conseguenza di "far scoprire" il concetto di *abolitio criminis* parziale: il restringimento dell'area incriminatrice, a seguito della sostituzione di una norma generale con una speciale che determina una limitata continuità normativa.

Si pensi, ad esempio, alla questione rimessa alle Sezioni unite Giordano del 2003 relativa alla bancarotta societaria da falso in bilancio: la modifica dell'art. 2621 c.c. e dell'art. 223 l.fall. (d.lg. n. 61/2002) ha determinato o meno un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie? Si tratta di un lessico incompatibile con il codice penale (nelle qualificazioni non si parla di parziale *abolitio*: in tal caso c'è solo la necessità di verificare se quel fatto storico è sussumibile nelle norme che si avvicendano nel tempo). Il discorso di una parziale abolizione non avrebbe senso rispetto alle regole del codice penale ex art. 2 c.p. Si plasma dunque un nuovo paradigma che consente di passare dal criterio del fatto concreto ad un sistema completamente diverso.

L'*abolitio criminis* si caratterizza non solo per essere riconducibile al concetto di abrogazione nel suo significato originario romanistico: espressa e specifica revoca o ritiro della legge; ma altresì per l'altro aspetto peculiare del significato originario dell'espressione, ossia quello di abrogazione inteso come fenomeno incentrato sulla contrarietà, contraddittorietà, incompatibilità tra la legge antecedente e la legge successiva. Invero, nella concezione moderna, l'abrogazione si sostanzia nella incompatibilità tra norme cronologicamente disposte: il fenomeno abrogativo si verifica quando una norma contrasta, espressamente o implicitamente, con una norma di legge precedente, con l'effetto di rendere quest'ultima inapplicabile ai casi futuri.

Ebbene, la disposizione dell'art. 2 c.p. co. 2 c.p. deve essere ascritta al diritto intertemporale penale e può essere riletta proprio come una previsione normativa rivolta a comporre o eliminare le antinomie tra norme del medesimo livello, a risolvere i conflitti diacronici tra norme penali. In particolare, l'art. 2 comma 2 c.p. appare espressione di quella tecnica per risolvere le antinomie che va sotto il nome di "criterio cronologico". Si tratta del principio *lex posterior derogat legi priori*, principio che attribuisce preferenza alla legge successiva (art. 15 disp. prel. c.c.); e dove in realtà la norma posteriore non deroga alla norma anteriore, ma la abroga. L'eventualità di conflitti derivanti dalla successione di norme nel tempo è dunque eliminata, se la nuova legge si sostituisce meccanicamente alla precedente secondo il rapporto cronologico di priorità-posteriorità.

Il criterio cronologico (*lex posterior*) esprime la temporalità di ogni ordinamento giuridico; e costituisce in pratica un corollario della natura nomodi-

namica del diritto positivo, in mancanza del quale “la norma successiva sarebbe inutile e non sarebbe possibile, appunto, la produzione autoritativa e dinamica del diritto”. In presenza di due norme poste sullo stesso livello gerarchico, emanate in tempi diversi, che prevedono in relazione alla stessa fattispecie astratta (classe di fattispecie) conseguenze giuridiche incompatibili (sanzione penale/non sanzione penale), va applicata la norma successiva nel tempo. Nel senso che la norma proveniente dalla fonte anteriore nel tempo deve considerarsi abrogata. Si tratta di un'antinomia che può essere riconosciuta in sede di interpretazione degli enunciati legislativi, in astratto, senza alcun riferimento al caso concreto. Si tratta, inoltre, di un'antinomia di tipo assoluto: le due norme che si avvicendano nel tempo disciplinano classi di fattispecie che si sovrappongono interamente, prevedendo conseguenze giuridiche incompatibili per esse; ad esempio, una norma qualifica come penalmente illecita una determinata fattispecie astratta, la successiva come penalmente lecita la medesima fattispecie.

Classificando le antinomie con riguardo all'estensione delle norme in conflitto, siamo allora di fronte ad un caso di c.d. incompatibilità totale-totale, e dunque la norma successiva abroga integralmente la precedente perché vi è una completa incompatibilità nel loro ambito normativo.

Riguardo alle conseguenze del fenomeno abolitivo sulle sentenze di condanna irrevocabili, a differenza di quanto previsto per l'ipotesi della sopravvenienza di una legge meramente modificativa più favorevole al reo (art. 2 comma 4 c.p.), all'*abolitio criminis* viene attribuita dal comma 2 dell'art. 2 c.p. una efficacia retroattiva illimitata (c.d. iperretroattività), in grado di travolgere anche le pronunce di condanna passate in giudicato.

3. Quale statuto ha il principio di irretroattività? E quale contenuto ha? Che cosa copre il principio? Qual è la sua quotazione? Quanto vale il principio di irretroattività?

I dubbi appena sollevati saranno probabilmente risolti dalla Corte costituzionale, chiamata a breve a pronunciarsi sulla disapplicazione con effetti *in malam partem* in materia di prescrizione e sui c.d. “controlimiti” del nostro ordinamento nel “caso Taricco”.

Ora, per stabilire la compatibilità degli obblighi di disapplicazione che discendono dalla sentenza Taricco della Corte di Lussemburgo con il diritto fondamentale alla irretroattività della legge penale sfavorevole tutelato nella nostra Carta costituzionale, sembra opportuno, in primo luogo, escludere dal discorso che segue le condotte penalmente rilevanti tenute successivamente alla sentenza Taricco. I fatti di reato accaduti dopo la pronuncia della Corte

di giustizia sono soggetti solo alla eventuale garanzia del principio di legalità-riserva di legge e non più a quello di irretroattività che potrebbe venire in rilievo solo per i fatti antecedenti alla sentenza pregiudiziale della Corte di Lussemburgo. Si può dunque parlare di una “fase transitoria” e di una “fase di pieno regime” rispetto agli effetti della sentenza Taricco.

In secondo luogo, bisogna sottolineare come tale principio abbia contenuti e livelli di tutela distinti in ambito sovranazionale e in ambito nazionale. Non vi è in realtà coincidenza fra l'estensione e lo standard di protezione accordato dagli artt. 49 Carta dei diritti UE e 7 Cedu e quello ricavabile dall'art. 25 Cost. in materia di irretroattività.

Non v'è dubbio infatti che, come esplicitamente affermato nella sentenza Taricco dalla Corte di Lussemburgo (§ 54), il diritto fondamentale garantito dall'art. 49 Carta dei diritti UE (principio di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene) non osta alla soluzione di far operare gli effetti scaturenti dalla disapplicazione *in malam partem* anche rispetto a fatti verificatisi prima della sentenza Taricco.

Quest'ultimo principio copre le applicazioni retroattive delle modifiche sfavorevoli relative soltanto al binomio fattispecie/sanzione. Dunque, nessuna violazione dell'art. 49 Carta diritti UE perché i medesimi “fatti astratti” e le stesse “sanzioni” erano configurabili sia quando l'agente ha tenuto la condotta storica sia attualmente. Non rientra pertanto nel contenuto di tutela dell'art. 49 l'istituto della prescrizione.

Anche, poi, le garanzie intertemporali accordate dai principi convenzionali non si oppongono ad una disapplicazione con esiti *in malam partem*. In particolare, l'art. 7 Cedu è stato interpretato dalla Corte di Strasburgo nel senso che il termine di prescrizione prorogato può essere applicato immediatamente a “fatti ancora non prescritti” (cfr. sul tema C. cost. n. 236 del 2011, secondo cui l'istituto della prescrizione non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 § 1 Cedu).

La disciplina della prescrizione viene trattata dalla Corte Edu, a livello di garanzie intertemporali, come un istituto processuale valendo la regola del *tempus regit actum* (cfr. la sentenza della Corte di Strasburgo 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio).

Insomma, nell'ambito dei procedimenti penali pendenti (e quindi per i fatti antecedenti alla sentenza Taricco), secondo la Corte di Lussemburgo non viola i diritti fondamentali garantiti dall'art. 49 Carta UE e dall'art. 7 Cedu la disapplicazione con effetti *in malam partem*, da parte del giudice penale italiano, della disciplina degli atti interruttivi della prescrizione, a patto però che i reati contestati non si siano già prescritti.

Che il reato addebitato non si debba essere già prescritto è chiarissimo non solo perché ciò viene evocato esplicitamente dalla Corte di Lussemburgo in relazione all'art. 7 Cedu (così come interpretato dalla sentenza della Corte Edu Coëme c. Belgio cit.), ma perché la Corte di Giustizia afferma che l'art. 7 Cedu "sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'art. 49 Carta".

Il punto però che deve essere sottolineato è che quando la Corte di Giustizia Taricco si sofferma sul contenuto delle garanzie degli artt. 49 Carta UE e 7 Cedu lo fa non per esaurire la tutela dell'imputato, bensì per delineare appunto l'ambito di protezione che la Carta dei diritti UE e la Convenzione europea accordano a tale riguardo agli interessati (§ 54 - 57).

La Corte di giustizia prende, dunque, in considerazione gli artt. 49 Carta e 7 Cedu solo per "autodeterminare" il perimetro di copertura delle due disposizioni (fattispecie/sanzione con esclusione della prescrizione), e non già per circoscrivere attraverso il contenuto di tali principi l'ambito di tutela interna dei diritti fondamentali nei confronti di una disapplicazione della normativa penale con effetti sfavorevoli. E non potrebbe essere diversamente, spettando unicamente alla Corte costituzionale di delineare i tratti identitari del nostro ordinamento costituzionale (*Verfassungsidentität*).

La Grande Sezione nel § 53 della sentenza Taricco, pertanto, si preoccupa di precisare che se "il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali ... dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati".

E quali siano questi "diritti fondamentali" va ricavato dalla seconda parte del paragrafo 53 della decisione: occorre evitare in pratica che per i procedimenti penali in corso siano inflitte condanne che, alla luce della disciplina antecedente alla sentenza Taricco, non lo sarebbero state.

Questa netta presa di posizione non contrasta in realtà con l'ambito di applicazione degli artt. 49 Carta e 7 Cedu, i quali lasciano fuori dal loro perimetro operativo le modifiche sfavorevoli in materia di prescrizione.

La Grande Sezione ci ha solo voluto offrire la sua "interpretazione autentica" sul contenuto (fattispecie/sanzione) e sul campo di estensione ("fuori" la prescrizione) dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta UE e dalla Cedu.

Resta impregiudicata la questione per il giudice nazionale di individuare il rispetto di tutti i diritti fondamentali anche quelli interni.

Ebbene, nell'ordinamento italiano attribuiamo al principio costituzionale di irretroattività un diverso contenuto e livello di tutela rispetto a quanto avviene in sede europea o convenzionale. Questa conclusione fa leva su quanto chiaramente si è sostenuto in proposito nella giurisprudenza costituzionale: si tratta di un vero e proprio "superiore principio di civiltà", un valore assoluto che

non è suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali né è derogabile in qualche modo (cfr. Corte cost., n. 51 del 1985; n. 389 del 1991; n. 394 del 2006).

Quanto, poi, in dettaglio al contenuto del principio, lo rapportiamo in genere alle modifiche sfavorevoli del sistema penale; e non solo alla coppia concettuale: fattispecie/sanzione, come invece nel diritto eurolunitario e convenzionale. Fattispecie e sanzione che in realtà non sono altro che gli elementi costitutivi della norma incriminatrice.

In base al nostro ordinamento, insomma, qualsiasi modifica sfavorevole del sistema “chiuso” penalistico (e non solo quelle concernenti fattispecie/sanzione) non può che operare per il futuro, altrimenti si viola il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole: un allargamento e innalzamento del rango di tutela rispetto a quanto enucleabile dal diritto europeo e convenzionale.

E dunque anche una modifica sfavorevole della disciplina della prescrizione è coperta dal superiore principio di irretroattività della legge penale. Prescrizione dell'illecito penale che, come insegna la giurisprudenza costituzionale, ha natura sostanziale (cfr. così, ad esempio, la sent. n. 393 del 2006 sulla c.d. legge *ex Cirielli*). Nella pronuncia costituzionale n. 393 del 2006 si è, inoltre, affermato – con riferimento al principio di retroattività della *lex mitior*, che ha oltretutto uno statuto di garanzia meno forte di quello di irretroattività – che la garanzia del principio di applica a tutte “le norme ... che incidono sulla prescrizione del reato”. Perciò non solo sul termine ordinario di prescrizione, ma pure con riferimento agli istituti della sospensione e della interruzione della prescrizione.

Nonostante che la Corte di giustizia prenda in esame nello specifico il tema delle cause di interruzione della prescrizione e il “tetto massimo” di aumento previsto dall'art. 161 c.p. e non già in generale il tema della prescrizione, è tuttavia innegabile che la prescrizione e tutta la sua disciplina (sospensione, interruzione, decorrenza del termine) è regolata nel nostro codice penale quale causa di estinzione del reato. Attiene quindi al diritto sostanziale e non al processo penale; principi e garanzie della materia penale e non piuttosto di quella processuale.

Non si può di conseguenza accogliere l'argomento proposto dalla pronuncia della III sez. della Corte di cassazione n. 2210/2016, la quale fa discendere l'esclusione della prescrizione dalla copertura costituzionale dell'art. 25, comma 2, Cost. per effetto di quanto affermato dalla Consulta nella sentenza n. 236 del 2011. In realtà quest'ultima decisione concerne l'esclusione

dell'istituto della prescrizione dalla garanzia convenzionale della retroattività *in mitius* (art. 7 Cedu).

4. Dal punto di vista della retroattività più favorevole, che cosa è successo a fronte del veemente irrompere dei principi convenzionali? Emblematica dal punto di vista delle profonde trasformazioni del diritto penale intertemporale è proprio la vicenda relativa alla retroattività della *lex mitior*. La sentenza della Corte europea "Scoppola" del 2009 ha ricondotto allo spettro di tutela dell'art. 7 Cedu il principio di retroattività della legge penale più favorevole, che oggi deve perciò essere annoverato a pieno a titolo tra i diritti fondamentali dell'uomo.

Le conseguenze di tutto ciò si possono apprezzare in considerazione della prassi e del cambiamento di mentalità che sta investendo la giurisprudenza. Un esempio su tutti deriva dall'interpretazione dell'art. 131-*bis* c.p. in tema di causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Quando è stato introdotto il nuovo istituto favorevole, si è posto il problema circa la sua immediata applicabilità (specie davanti alla Corte di cassazione). Se non ci fosse stata la sentenza Scoppola e la diversa quotazione del principio della *lex mitior*, probabilmente l'art. 131-*bis* c.p. non sarebbe stato applicato nell'immediato. Tant'è che proprio in considerazione dell'art. 7 Cedu, il problema è stato superato con facilità, affermandosi che l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto ha natura sostanziale ed è applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015, compresi quelli pendenti in sede di legittimità, nei quali la Suprema Corte può rilevare di ufficio, ex art. 609, co. 2, c.p.p., la sussistenza delle condizioni di applicabilità del predetto istituto (Cass., Sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742).

Nel passato la Corte costituzionale ha più volte escluso che l'art. 25, co. 2, abbia elevato al rango di principio costituzionale la retroattività della legge penale favorevole. Dalla lettura della disposizione costituzionale emerge che solo il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole ha acquisito valenza costituzionale ai sensi di tale testo, e non già quello di retroattività *in mitius* (cfr. C. cost. 6 marzo 1995, n. 80; C. cost. 12 ottobre 2012, n. 230). In effetti, il principio di retroattività della legge penale più favorevole *non* ha ricevuto nel nostro ordinamento una esplicita consacrazione in una disposizione costituzionale; a meno di non voler considerare le regole contenute nell'art. 2 c.p. (co. 2-4) materialmente costituzionali, giacché concernono diritti fondamentali del cittadino. Il principio trova peraltro la sua espressa enunciazione positiva a livello internazionale, europeo e comunitario: per esempio, sia all'art. 15 paragrafo 1 del Patto internazionale sui diritti civili e

politici, sia nell'art. 49 comma 1 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea (oggi richiamata dal Trattato di Lisbona) (cfr. C. cost. 23 novembre 2006, n. 393). Nella giurisprudenza della Corte di giustizia si è inoltre affermato che il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite deve essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto comunitario (Corte Giust., sent. 3 maggio 2005, Grande sezione, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, Berlusconi e altri; Corte giust., sent. 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, che ha dichiarato l'incompatibilità con la c.d. direttiva rimpatri della nostra disciplina penale in materia di immigrazione). E da ultimo nella giurisprudenza della Corte europea, con la sentenza 17 settembre 2009 "Scoppola c. Italia", si è ritenuto che l'art. 7 Cedu garantisca anche il principio di retroattività della *lex mitior*.

La mancata previsione di un'apposita disposizione costituzionale, non esclude tuttavia che il principio di retroattività della norma più favorevole al reo abbia *status* costituzionale. Secondo una prima impostazione, infatti, il fondamento costituzionale del principio in questione affonda 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 essi non appaiono suscettibili di essere congiuntamente realizzati. Il sindacato di ragionevolezza in senso stretto appare costituire, nel giudizio costituzionale, 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. Corte cost., n. 393 del 2006; e, precedentemente, sulla stessa linea, Corte cost. n. 74 del 1980; Id., n. 330 del 1995; in particolare, cfr. poi, Corte cost., n. 215 del 2008).

Secondo un diverso orientamento, il principio di retroattività *in mitius* trova il suo fondamento costituzionale nel principio di eguaglianza (art. 3 comma 1 Cost.), che impone di equiparare, in linea di massima, il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti in presenza di una mutata valutazione legislativa del loro disvalore, 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. Il principio dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* non ha però carattere assoluto, potendo essere derogato dalla legislazione ordinaria allorché ricorra una sufficiente ragione giustificativa (cfr. Corte cost., n. 230 del 2012; Id., cost., n. 394 del 2006).

La necessaria retroattività della legge favorevole sembrerebbe, inoltre, potersi ancorare in materia penale al principio di proporzione. Il principio in parola tende infatti ad impedire che la pena diventi “ingiusta” perché non più meritata, essendo la sanzione penale non più necessaria, e si finisca così per trattare ingiustificatamente in modo diverso situazioni ormai uguali. La sanzione penale non è più proporzionata al disvalore della condotta posta in essere, sulla scorta delle nuove valutazioni consolidate nell’ordinamento giuridico. E pertanto il costo sociale per il sacrificio del bene della libertà personale non risulta più controbilanciato dalla dannosità sociale di quella classe di fatti, che secondo il legislatore non meritano più il ricorso alla pena criminale. La connessione tra retroattività *in mitius* e proporzione è d’altronde ricavabile anche dall’art. 49 della Carta di Nizza, nel quale sono racchiusi sia il principio di legalità penale che quello di proporzione formale.

Come accennato, con la sentenza del 2009 “Scoppola c. Italia”, la Corte europea, riunita in Grande Camera, ribaltando la giurisprudenza precedente, ha riconosciuto che l’art. 7 Cedu comprende anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Dalla sentenza “Scoppola” sono scaturite importanti conseguenze per l’assetto del nostro sistema di diritto penale intertemporale. L’aver ricondotto la retroattività della *lex mitior* all’area della legalità convenzionale affermata dall’art. 7 Cedu, ha infatti trasformato le sembianze del principio, che è assunto al rango di diritto fondamentale dell’uomo. Il riconoscimento all’interno della giurisprudenza della Corte europea, tramite l’importante *overruling* che il principio di retroattività *in mitius* è garantito dall’art. 7 Cedu quale principio della Convenzione, impone che le eventuali deroghe da parte del legislatore italiano al principio siano oggi giustificate pure alla luce dell’art. 7 Cedu (così come interpretato dalla Corte europea); disposizione che, per mezzo del parametro dell’art. 117 Cost., assume quindi il ruolo di norma interposta di legittimità costituzionale. Ormai lo *status* costituzionale della retroattività della norma penale più favorevole deve avere come punto di riferimento non solo i principi costituzionali interni, ma anche l’art. 7 Cedu attraverso l’intermediazione dell’art. 117 Cost., nei limiti in cui però il principio della *lex mitior* è stato identificato dalla Corte europea, e quindi con riferimento esclusivo all’avvicendamento di disposizioni che definiscono i reati e le loro pene.

Bisogna comunque escludere che il riconoscimento da parte della Corte europea del principio di retroattività della norma più favorevole e la sua inclusione tra le garanzie sancite dall’art. 7 Cedu, oltre a fargli acquisire autonomia, ne abbia mutato natura e caratteristiche, facendolo divenire assoluto e inderogabile (come il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole) (cfr.

Corte cost., n. 236 del 2011; Id., n. 230 del 2012). Resta dunque ancora possibile – pure dopo la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso “Scoppola” – l’introduzione di limiti o deroghe al canone della retroattività *in mitius* nell’ipotesi di “successione meramente modificativa”, grazie alla tecnica del bilanciamento ragionevole tra gli interessi in collisione. Mentre, sembrano difficilmente applicabili limitazioni o deroghe al principio in esame nel caso di “*abolitio criminis*”: in tale ipotesi la tutela è fondata sul principio di eguaglianza-disparità di trattamento (art. 3 Cost.), che obbliga a disciplinare allo stesso modo i medesimi fatti verificatisi prima o dopo l’abolizione della figura di reato (cfr. Corte cost. n. 394 del 2006 e n. 230 del 2012). Il controllo di eguaglianza deve essere qui compiuto sulla base di uno schema di giudizio a struttura trilaterale, con una norma assunta come *tertium comparationis*, presa cioè a paragone per stabilire se sia legittima la diversa disciplina prevista per la norma oggetto di sindacato.

5. L’art. 7 Cedu ha cambiato i contenuti anche nel settore del “mutamento giurisprudenziale sfavorevole”, rispetto al quale la disciplina non è d’altronde ricavabile dall’art. 25, co. 2, Cost. Oggi, invece, i principi convenzionali sembrano essersi estesi anche a quel campo disciplinandolo.

Ora, nell’ambito di operatività dell’art. 7 Cedu è rinvenibile una sostanziale equiparazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale: all’atto normativo scritto prodotto da uno specifico procedimento di produzione (*statutory law*) deve essere parificato il diritto giurisprudenziale (*judicial law*). E pertanto all’interno delle garanzie penalistiche enucleabili dal principio convenzionale di legalità, la prevedibilità – che, insieme all’accessibilità, deve caratterizzare la nozione di legge penale – riguarda pure l’applicazione giudiziaria di tale legge. Sulla scorta di queste premesse, la garanzia dell’irretroattività deve essere estesa anche alla nuova interpretazione giurisprudenziale con effetti sfavorevoli, precludendo tale garanzia la retroattività dell’*overruling* imprevedibile *in malam partem*. Il problema si pone oggi soprattutto per quanto concerne i mutamenti *in peius* di preesistenti indirizzi giurisprudenziali. Si parla, ad esempio, di “*retroattività occulta*” quando un *revirement* della Corte di cassazione dia vita in sostanza ad una nuova ipotesi criminosa, pervenendosi così “occultamente” a farla operare retroattivamente in violazione del principio costituzionale di irretroattività.

Per la *Corte europea*, viola l’art. 7 Cedu l’applicazione retroattiva di un nuovo orientamento giurisprudenziale che, in modo non ragionevolmente prevedibile, determini (anche attraverso le disposizioni relative al calcolo dei benefici penitenziari) un *inasprimento della pena* inflitta al reo. Il principio di legalità

contenuto nell'art. 7 Cedu impedisce infatti che una nuova interpretazione giurisprudenziale aggravi retroattivamente il trattamento sanzionatorio, dovendosi comprendere nel concetto di pena tutte quelle misure che nella sostanza prolungano la durata dell'imprigionamento del reo (Corte europea, 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*, n. 42750/09). Del pari, nella giurisprudenza della *Corte di giustizia*, richiamando l'art. 7 della Cedu, si è consolidato l'orientamento secondo cui il principio di irretroattività delle norme penali – il quale è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza – impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli all'accusato, quando il loro risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa alla luce dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza (cfr. Corte giustizia, sez. II, 8 febbraio 2007, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-3/06 P). Figlio di tale nuova visione è anche il “caso Contrada”, sotto il profilo dell'applicazione di nuovo diritto giurisprudenziale, in tema di concorso esterno, a condotte poste in essere prima che lo stesso si sia consolidato (Corte Edu, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, n. 66655/13). La figura di reato del concorso esterno in associazione mafiosa si è assestata solo dopo la sentenza delle Sezioni unite *Demir* del 1994 e dunque sarebbe inapplicabile ai fatti contestati all'imputato Bruno Contrada, avvenuti alcuni anni prima. Al consolidamento della giurisprudenza accede, quindi, un atteggiamento di prevedibilità del comportamento penalmente illecito.

Nel concorso esterno è stata la stessa giurisprudenza che ha “creato” una nuova fattispecie, cambiandone l'elemento soggettivo dal punto di vista della sua configurazione. Tanto che si è passati da reato a dolo generico a un reato a dolo specifico; quindi più che consolidamento di un pregresso, si ha una creazione vera e propria di elementi costitutivi di una fattispecie penale.

Ora, la questione affrontata dalla Corte Edu è stata se nel caso di condanna inflitta dai giudici italiani per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. nella forma del concorso esterno, vi sia stata violazione del principio di legalità, essendo la fattispecie del concorso esterno in associazione di tipo mafioso il prodotto di un'evoluzione giurisprudenziale. La Corte Edu ha riconosciuto in questa sentenza che il “mutamento giurisprudenziale favorevole” non può retroagire, pena la violazione dell'art. 7 § 1 Cedu. E inoltre che viola il principio di legalità convenzionale (nel senso di prevedibilità e irretroattività della legge) l'applicazione di un nuovo diritto giurisprudenziale (in tema di concorso

esterno nel delitto di associazione mafiosa) a condotte che sono state poste in essere prima che lo stesso si sia consolidato.

In particolare, la Corte Edu ha fatto notare che non è oggetto di contestazione tra le parti il tema che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale. Ebbene, come ha giustamente ricordato il tribunale di Palermo nella sua sentenza del 5 aprile 1996, l'esistenza di questo reato è stata oggetto di approcci giurisprudenziali divergenti.

Tuttavia, è solo nella sentenza *Demiry*, pronunciata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest'ultima ha fornito per la prima volta un'elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno. La Corte Edu ha osservato anche che, nella sua sentenza del 25 febbraio 2006, la corte d'appello di Palermo, pronunciandosi sull'applicabilità della legge penale in materia di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, si è basata sulle sentenze *Demiry*, n. 16 del 5 ottobre 1994, *Mannino* n. 30 del 27 settembre 1995, *Carnevale*, n. 22327 del 30 ottobre 2002 e *Mannino*, n. 33748 del 17 luglio 2005, tutte posteriori ai fatti ascritti al ricorrente. 73. La Corte Edu ha osservato per di più che la doglianza del ricorrente relativa alla violazione del principio della irretroattività e della prevedibilità della legge penale, sollevata dinanzi a tutti i gradi di giudizio, non è stata oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici nazionali, essendosi questi ultimi limitati ad analizzare in dettaglio l'esistenza stessa del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno senza tuttavia stabilire se un tale reato potesse essere conosciuto dal ricorrente all'epoca dei fatti a lui ascritti.

In queste circostanze, la Corte Edu ha constatato che il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza *Demiry*. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti. La Corte Edu ha ritenuto che questi elementi siano sufficienti per concludere che vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione.

6. Un tema di diritto intertemporale molto ricorrente negli ultimi anni è quello relativo al “mutamento giurisprudenziale in senso favorevole”: si applica retroattivamente anch’esso con il superamento del giudicato?

In altre parole, viene in rilievo la possibile efficacia retroattiva – col travolgimento finanche delle sentenze di condanna irrevocabili ex art. 673 c.p.p. – del *mutamento giurisprudenziale favorevole*; l’eventuale *iper-retroattività* di una *lex mitior* che proviene non già da una fonte legale, bensì scaturisce da una fonte di matrice giurisprudenziale (cfr. Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Mass. Uff.*, n. 617905). Occorre stabilire in pratica se l’*overruling* giurisprudenziale favorevole, che si sia risolto in una *abolitio criminis* per una determinata classe di fattispecie, sia *assimilabile* a una vera propria abrogazione normativa con tutte le sue conseguenze.

Ora, è vero che si è determinata un’apprezzabile riduzione della distanza del nostro sistema giuridico rispetto ai sistemi di *common law* nel riconoscere al diritto giurisprudenziale (*Richterrecht*) la natura di fonte di diritto. E tale avvicinamento si è compiuto soprattutto tramite il modello di protezione dei diritti fondamentali adottato dalla Cedu. Pertanto il fatto che l’*overruling* giurisprudenziale produca un mutamento del “diritto”, che appare antinomico riguardo a un’accezione stretta della “legalità penale”, è sostanzialmente un fenomeno ormai accettato nel nostro ordinamento qualora provochi effetti *in bonam partem*.

Tutt’altro discorso è invece collegare all’*overruling* giurisprudenziale favorevole *efficacia abrogativa*: il conflitto tra il principio di retroattività della *lex mitior* e quello della divisione dei poteri non può che risolversi qui nella prevalenza di quest’ultimo principio. Resta dunque fermo che nel nostro ordinamento la volontà del legislatore costituisce l’unico metro di riconoscimento degli effetti abrogativi di una norma. L’abrogazione non può, infatti, dipendere neanche in minima parte da valutazioni giurisprudenziali. L’abrogazione è frutto non di una pronuncia giurisdizionale, ma di una decisione politica del legislatore nazionale. Il mutamento del diritto con l’effetto abrogativo si realizza, insomma, solamente con un atto di volontà novativa da parte del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*). In caso contrario si determina la violazione del principio della divisione dei poteri così come configurato dalla nostra Carta costituzionale. Perciò, “al pari della creazione delle norme, delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore” (Corte cost., n. 230 del 2012. Si veda inoltre Cass., Sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144 la quale ha escluso

che il mutamento di indirizzo giurisprudenziale possa essere equiparato ad una sorta di *ius superveniens*).

In particolare, nell'ordinamento italiano il principio della soggezione soltanto alla legge dei giudici (*ex art. 101, co. 2, Cost.*) implica che la creazione giurisprudenziale di nuovo diritto sia vietata (In tal senso, v. ora Corte cost., n. 230 del 2012). Le decisioni dei giudici (eccetto quelle dei giudici costituzionali) hanno dunque effetti circoscritti al caso deciso e i precedenti giurisprudenziali non sono vincolanti. E pertanto il giudice non ha poteri nella determinazione degli effetti abrogativi di una norma, altrimenti violerebbe l'assetto costituzionale su cui si fonda la divisione del potere.

La sentenza di condanna definitiva può essere revocata dal giudice dell'esecuzione solo nel caso di abrogazione di una norma incriminatrice, come espressamente sancito dall'art. 673 c.p.p. Mentre deve escludersi che essa possa essere revocata in ragione di un intervento delle Sezioni unite penali che, nel dirimere un contrasto giurisprudenziale, non ammettano – in una vicenda identica a quella coperta dal giudicato di condanna, in assenza di una espressa modifica legislativa –, la sussistenza del reato affermando invece l'irrilevanza penale della condotta (in tal senso, v. Cass., Sez. I, 13 luglio 2006, La Cara, in *Mass. Uff.*, n. 234978; Id., Sez. I, 11 luglio 2006, Aliseo, *ivi*, n. 235265. Cfr. poi Corte cost., n. 230 del 2012, che ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna anche il “mutamento giurisprudenziale”, determinato da una decisione delle Sezioni unite penali, in base al quale il fatto giudicato non è più previsto dalla legge come reato). Il semplice *overruling* giurisprudenziale in senso favorevole, a prescindere da una modifica legislativa, non può comportare una *abolitio criminis*: né totale né tantomeno parziale; ma vale solo per il caso da decidere e come “precedente” giurisprudenziale persuasivo e autorevole. Si è prodotta una semplice successione nel tempo di divergenti interpretazioni giurisprudenziali di un testo legislativo invariato nella sua dimensione diacronica (e dunque un nuovo significato dello stesso testo normativo) (Cfr. Corte cost., n. 230 del 2012).

Diversa è l'ipotesi in cui l'*overruling* giurisprudenziale *in mitius* si è formato in relazione a una *espressa innovazione legislativa*. Il *revirement* di giurisprudenza ha determinato qui effetti favorevoli, che si ripercuotono retroattivamente anche sulle sentenze ormai passate in giudicato (è quanto accaduto nel caso della riformulazione del reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del documento da parte dello straniero: cfr. Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, Alacev, n. 16453). In questa ipotesi, il mutamento giurisprudenziale favorevole si è avuto sulla scorta di una diversa lettura di un'esplicita innova-

zione legislativa; in presenza di una reale modifica del testo e non solo sulla variazione del valore semantico della disposizione. La precedente interpretazione dell'innovazione legislativa viene ritenuta non corretta, sopraggiungendo un ripensamento rispetto all'antecedente esegesi giurisprudenziale della novella. Non è certamente il *revirement* giurisprudenziale la fonte della vicenda abolitiva con effetti iper-retroattivi: a fondamento dell'abrogazione vi è pur sempre l'atto del legislatore che incide sull'ordinamento penale, circoscrivendolo. E pertanto non vi è dubbio che in tale ipotesi il giudice dell'esecuzione possa revocare ex art. 673 c.p.p. la sentenza di condanna definitiva pronunciata sulla base della norma incriminatrice abrogata (almeno parzialmente) all'esito della modifica legislativa.

7. Affrontiamo infine il tema cruciale nell'architettura del nostro sistema integrato penale/processuale, costituito dalla distinzione tra abrogazione normativa e invalidità di una norma penale a seguito di una sentenza costituzionale. Ebbene, il fenomeno dell'abrogazione – al quale è riconducibile, come detto, sul piano teorico-generale l'istituto dell'*abolitio criminis* ex art. 2, co. 2, c.p. – va tenuto separato da quello dell'*annullamento* di una norma incriminatrice, che consegue alla dichiarazione della sua illegittimità costituzionale Corte cost., n. 49 del 1970. La declaratoria di incostituzionalità di una norma penale non configura una abrogazione, e non è dunque in alcun modo riconducibile alla disciplina penale della successione di leggi nel tempo. Invero, non essendovi due leggi in successione tra loro, manca il presupposto per l'applicazione dell'art. 2 c.p.

Il nucleo essenziale della distinzione tra il fenomeno della abrogazione e quello dell'annullamento di una norma per illegittimità costituzionale sta nel fatto che l'abrogazione discende da una scelta politica del legislatore: esprime un indirizzo di politica del diritto ed ha a che vedere con la *vigenza* della legge; l'annullamento, invece, consegue ad una decisione della Corte costituzionale che accerta l'invalidità della norma censurata. Orbene, mentre il fenomeno abrogativo si fonda sul criterio cronologico (principio di preferenza della legge successiva), quello dell'annullamento per illegittimità costituzionale trova la sua *ratio* nel criterio gerarchico (principio di preferenza della legge superiore): in caso di conflitto tra norme provenienti da fonti disposte su livelli diversi, la norma gerarchicamente inferiore deve considerarsi priva di validità. L'abrogazione elimina pertanto le antinomie che si producono dal succedersi nel tempo di norme provenienti da fonti omogenee, la dichiarazione di incostituzionalità comporta viceversa la cessazione di efficacia di norme scaturite da fonti eterogenee, attribuendo preferenza alla legge costituzionale ri-

petto alla legge ordinaria (artt. 134, 136 e 138 Cost.) (cfr. Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Mass. Uff.*, n. 260695).

Per quel che concerne gli *effetti*, l'*annullamento* di una norma conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale opera *ex tunc* (art. 136 Cost., art. 30, co. 3, legge n. 87 del 1953), provocando la sua espulsione dall'insieme di tutte le norme appartenenti all'ordinamento giuridico: le norme dichiarate costituzionalmente illegittime sono dunque estromesse definitivamente dal nostro ordinamento con effetti retroattivi, e perciò non possono essere più applicate ai procedimenti in corso. In ambito penale tuttavia un limitato spazio di applicazione, nonostante la dichiarazione di illegittimità costituzionale, deve essere assegnato alle cosiddette "norme di favore" (ossia - secondo l'impostazione consolidatasi con la sent. n. 394 del 2006 della Corte costituzionale - di quelle norme penali che sottraggono una determinata classe di soggetti o di condotte dall'ambito applicativo di un'altra norma comune o comunque più generale, accordandogli un trattamento privilegiato) rispetto ai fatti commessi prima della declaratoria di incostituzionalità. Se l'annullamento costituzionale riguarda invero una norma speciale incriminatrice, che prevede un trattamento penale di favore per una certa classe di condotte o di soggetti, tale norma deve essere necessariamente ancora applicata a tutti i fatti commessi prima della sentenza costituzionale di accoglimento e anche nel giudizio *a quo*. La dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice di favore non ha qui efficacia retroattiva, non impedisce ai giudici di applicare egualmente la norma annullata ai fatti che si sono verificati durante la sua vigenza.

Quanto alle vicende chiuse in modo definitivo, la regola generale è che il giudicato resiste alla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale. Una espressa deroga tassativamente prevista al principio dell'intangibilità del giudicato è disposta proprio in campo penale dall'art. 30, co. 4, legge n. 87 del 1953 (e successivamente dall'art. 673 c.p.p.) per le sentenze della Consulta che hanno dichiarato l'incostituzionalità della "norma sulla quale la sentenza di condanna penale irrevocabile si fondava".

La questione importantissima che si è posta negli ultimi tempi è come reagisce il sistema se ad essere dichiarata incostituzionale non è una vera e propria norma incriminatrice, ma una mera norma penale la cui portata incide soltanto sul trattamento sanzionatorio: si pensi al caso di declaratoria di incostituzionalità dell'aggravante della clandestinità oppure al testo unico sugli stupefacenti e alla venuta meno equiparazione sanzionatoria tra droghe leggere e pesanti.

Il problema appunto si è profilato per i fatti commessi durante la vigenza dell'art. 73 t.u. stup. nella formulazione della legge "Fini-Giovanardi", che beneficiano di una disciplina sanzionatoria *in mitius* a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 e che sono già stati giudicati con una sentenza di condanna definitiva (ad esempio, per le droghe "leggere"). E' possibile qui rideterminare la pena in via esecutiva?

Si tratta inoltre di individuare lo "strumento processuale" per rideterminare il trattamento sanzionatorio, una volta che la Corte costituzionale abbia annullato la norma penale meno favorevole che incide sull'esecuzione ancora in corso della pena inflitta. Va comunque subito osservato che si tratta di una "competenza" del giudice dell'esecuzione: costui deve soltanto incidere sul titolo esecutivo, rimodulando la pena inflitta per conformarla a quanto discende dalla sentenza della Corte costituzionale (cfr. Corte cost., n. 210 del 2016).

Bisogna allora individuare la disposizione che attribuisca in modo specifico tale competenza. Per fornire una adeguata risposta al quesito, non è sufficiente la constatazione che, configurandosi una ipotesi di invalidità, l'effetto della declaratoria di incostituzionalità debba logicamente estendersi fino al momento di entrata in vigore della legge. E pur vero che la determinazione degli effetti nel passato della pronuncia di accoglimento deve essere contemperata con il principio di certezza dei rapporti giuridici esauriti.

Punto di equilibrio che, in relazione al diritto penale in senso stretto, è del tutto spostato verso il pieno riconoscimento della preminenza del *favor libertatis*: il legislatore ha riconosciuto in tale ambito, ai sensi dell'art. 30, ult. co., l. n. 87 del 1953 e art. 673 c.p.p., una efficacia iperretroattiva alle sentenze di accoglimento relative ad incriminazioni; efficacia che travolge il giudicato di condanna ed elimina tutte le sue possibili conseguenze sul piano giuridico.

Nel resto dell'ordinamento, invece, l'efficacia retroattiva della pronuncia di accoglimento viene contemperata in modo diverso con il principio di certezza dei rapporti giuridici. Il limite alla operatività in chiave retroattiva della declaratoria di incostituzionalità è infatti costituito dai rapporti giuridici esauriti, dalle situazioni ormai cristallizzatesi in maniera definitiva sotto il profilo giuridico. Ipotesi tra cui rientra a pieno titolo il passaggio in giudicato della sentenza: la pronuncia di accoglimento non può dispiegare i suoi effetti sulla cosa giudicata, il caso non può più essere rimesso in discussione (in relazione alla deroga alla piena operatività della *lex mitior* ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., la Corte costituzionale ha individuato una pertinente ragione giustificativa della regola dell'intangibilità del giudicato nell'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti: Corte cost., n. 74 del 1980; così anche le sent.

n. 164 del 1974 e n. 6 del 1978. Nella giurisprudenza della Suprema Corte, cfr. in senso analogo Sez. VI, 8 aprile 1994, De Angelis).

Pertanto, una volta esclusa l'operatività dell'art. 30, commi 3 e 4, l. n. 87 del 1953 rispetto alle previsioni circostanziali o più in generale sulle norme penali che incidono solo sul trattamento sanzionatorio dichiarate incostituzionali, la sentenza di condanna definitiva, come per il resto dell'ordinamento, non può più essere modificata in senso favorevole al reo. Ma la ragionevolezza di tale esito appare molto dubbia, trattandosi di una norma che incide comunque sulla quantificazione della sanzione penale, e dunque in ultima analisi sul diritto fondamentale della libertà personale (art. 13 Cost.). Inoltre, il *quid pluris* di pena derivante dalla circostanza costituzionalmente illegittima non può qui svolgere, in modo indiscutibile, alcuna funzione rieducativa ex art. 27, co. 3, Cost., essendo stato inflitto sulla base di una norma dichiarata contraria ai principi costituzionali.

Il principio di certezza dei rapporti giuridici esauriti, che fonda le deroghe alla piena retroattività degli effetti delle decisioni di accoglimento della Corte, non solo non può avere influenza sugli annullamenti di norme incriminatrici, ma nemmeno può limitare l'efficacia della pronuncia di incostituzionalità rispetto alle norme che incidono sulla sanzione penale aggravandola. Tale esigenza di certezza delle situazioni consolidate sembra essere espressione di una logica giuridica estranea al diritto penale; e in ogni caso non potrebbe mai prevalere, in ambito penale, quando sussista una contemporanea esigenza connessa al *favor libertatis*.

Si tratta qui della medesima *ratio* che giustifica la scelta del citato art. 30, co. 4: ossia che il rispetto della libertà personale compromessa, seppure solo per la maggior pena applicata mediante l'aggravante, si impone sul principio della certezza dei rapporti ormai esauriti; a meno di non voler vulnerare il principio di uguaglianza, sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte legislative.

Ebbene la strada maestra, ad opinione di chi scrive, resta quella dell'impiego della disciplina contenuta nell'art. 673 c.p.p. (in tema di revoca della condanna a seguito di abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice): da estendere non attraverso una proibita qui applicazione analogica (manca infatti la lacuna normativa), ma attraverso una "sentenza additiva" della Corte costituzionale ovvero per mezzo di una modifica legislativa; per permettere finalmente in fase esecutiva la rideterminazione della pena inflitta sulla scorta della norma - concernente il trattamento sanzionatorio del reo - dichiarata costituzionalmente illegittima.

Nonostante le incertezze per il mancato intervento del legislatore, la questione sembra essere stata risolta in via giurisprudenziale, attraverso l'intervento

delle Sezioni unite penali, le quali in due pronunce molto ravvicinate nel tempo hanno tracciato le coordinate per consentire al giudice dell'esecuzione di modificare il giudicato di condanna al fine di ricondurre il trattamento sanzionatorio alla disciplina costituzionalmente e convenzionalmente ritenuta legittima.

Una prima parola chiarificatrice è intervenuta con *le* Sezioni unite "Ercolano", la quale – alla luce della menzionata pronuncia della Consulta n. 210 del 2013 – ha fornito risposta positiva al quesito se il giudice della esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla sentenza della Corte di Strasburgo "Scopola", possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione della legge più favorevole, nei casi in cui la questione controversa sia identica a quella decisa dalla Corte europea (Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, n. 18821, in *C.E.D. Cass.*, n. 258649).

Per le Sezioni unite "Ercolano" è necessario correggere il giudicato di condanna rivelatosi *ex post* intrinsecamente illegale nella parte riguardante l'esecuzione della pena irrogata convenzionalmente e costituzionalmente illegittima. Invero, l'esecuzione della pena che comporta la restrizione della libertà personale deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27 comma 3 Cost. Nel bilanciamento il diritto fondamentale della libertà personale prevale qui sul valore costituzionale della intangibilità del giudicato.

Lo strumento per incidere sul titolo esecutivo per sostituire la pena inflitta con quella conforme alla Cedu e già determinata nella specie e nella misura è quello dell'incidente di esecuzione *ex artt.* 665, 666 e 670 c.p.p., sulla scorta della disciplina stabilita dall'art. 30 l. n. 87 del 1953 (commi 3 e 4). Per contro, la Corte ha escluso che la questione relativa alla non eseguibilità del giudicato di condanna nella parte concernente la specie e l'entità della sanzione irrogata, giacché investita da una sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 117 Cost. e 7 Cedu, possa essere risolta facendo leva su quanto disposto dall'art. 673 c.p.p.

Nel giro di pochissimo tempo le Sezioni unite "Gatto" hanno poi esaminato il ricorso riguardante la più generale questione se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (nel caso di specie l'art. 69, co. 4, c.p., a seguito della sent. n. 251 del 2012 della Corte costituzionale) comporti o meno la rideterminazione della pena *in executivis*, vincendo così la preclusione del giudicato. Al quesito è stata data soluzione affermativa, precisandosi che nella specie il giudice della

esecuzione, ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta, qualora ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, ai fini della rideterminazione della pena dovrà tenere conto del testo di tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza Corte cost. n. 32 del 2014, senza prendere in considerazione invece le successive modifiche legislative. Invero, essendo queste ultime solo modifiche favorevoli di disciplina non può valere la successiva *lex mitior* per lo sbarramento del co. 4 dell'art. 2 c.p. all'applicazione della legge più favorevole in presenza di una sentenza di condanna passata in giudicato (Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto).