

Recidiva e diritto transitorio nella “prescrizione breve” attraverso la lente della *lex mitior*

Giampiero Buonomo
Federica Resta (*)

1. Dal disegno di legge Gasparri all'emendamento Paniz

Non più la durata del processo, ma il tempo necessario a prescrivere il reato: è questo l'oggetto principale del disegno di legge, a prima firma Gasparri, A.S. n. 1880-B (recante, secondo il nuovo titolo: “*Disposizioni in materia di spese di giustizia, danno erariale, prescrizione e durata del processo*”), a seguito delle rilevanti modifiche introdotte dalla Camera dei deputati in seconda lettura, essenzialmente contenute nell'emendamento Paniz 4.0.200.

Tra le principali differenze rispetto alla versione originaria del disegno di legge, si segnalano in particolare: la disciplina degli effetti del superamento dei termini di fase, che comporta oggi non già l'estinzione del processo ma la mera comunicazione al Ministro della Giustizia e al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, da parte del capo dell'ufficio giudiziario; il regime transitorio; la nuova disciplina della prescrizione (del reato). Ma vediamo più in dettaglio.

Come noto, la parte più controversa del provvedimento, come approvato in prima lettura, concerneva l'estinzione del procedimento penale per “violazione dei termini di durata ragionevole” (come recitava la rubrica dell'art. 5), ovvero per il decorso di termini specificamente indicati in relazione a ciascun grado del processo in assenza della sua definizione, con termini di fase applicabili a procedimenti per qualsiasi reato (il testo originario escludeva invece dal sistema estintivo taluni più gravi reati e determinate categorie d'imputati, come i recidivi) e diversi in ragione della gravità dell'illecito - desunta dalla comminatoria edittale ovvero dall'appartenenza alla categoria dei c.d. reati distrettuali, - secondo il seguente schema:

	PENA PECUNIARIA O PENALE TENTATIVA INFERIORE NEL MASSIMO A 10 ANNI	PENA DETENTIVA PARI O SUPERIORE NEL MASSIMO A 10 ANNI DI RECLUSIONE	REATI DISTRETTUALI (art. 51, cp. 3-bis e 3-quater c.p.p.) (Con facoltà per il giudice di prorogare i termini fino a un terzo nei casi di particolare complessità del processo o di numero elevato di imputati.
Giudizio di I grado	Tre anni	Quattro anni	Cinque anni
Giudizio d'appello	Due anni	Due anni	Tre anni

* Le opinioni contenute in questo contributo sono espresse a titolo esclusivamente personale e non impegnano in alcun modo le Istituzioni di appartenenza.

ARCHIVIO PENALE 2011, n. 2

Giudizio di Cassazione	Un anno e sei mesi	Un anno e sei mesi	Due anni
Gradi ulteriori (<i>in caso di annullamento con rinvio</i>)	Un anno	Un anno	Un anno e sei mesi

I termini di fase (applicabili anche ai procedimenti per responsabilità da reato degli enti, ai sensi del d.lgs. 231 del 2001) sarebbero decorsi, per il primo grado, dall'emissione del provvedimento con cui il pubblico ministero ha esercitato l'azione penale formulando l'imputazione *ex art. 405 c.p.p.* (in assenza di determinazioni del p.m. in ordine all'esercizio dell'azione penale, entro tre mesi dal termine delle indagini, da tale data decorre comunque il termine di fase); per l'appello dalla pronuncia della sentenza di primo grado; per la Cassazione dalla pronuncia della sentenza di appello; per eventuali gradi ulteriori dalla sentenza della Cassazione di annullamento con rinvio.

Tali termini avrebbero potuto essere aumentati fino a tre mesi in caso di modifica dell'imputazione ai sensi degli artt. 516, 517 e 518 c.p.p. e sarebbero stati sospesi in presenza di attività della parte o del difensore volta a rallentare l'*iter* procedimentale (sospensione o rinvio dell'udienza per impedimento dell'imputato o del difensore, o su loro richiesta), specifiche previsioni normative o altre circostanze (autorizzazione a procedere; deferimento della questione ad altro giudizio; necessità di conseguire la presenza dell'imputato e-stradando). L'inutile decorso dei termini di fase avrebbe determinato la pronuncia di non doversi procedere per estinzione del processo, salvo fosse risultato evidente "che il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato"; casi nei quali il giudice avrebbe pronunciato sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere.

La sentenza di non doversi procedere per estinzione del processo sarebbe stata impugnabile unicamente mediante ricorso per cassazione per violazione di legge, escludendosi dunque implicitamente la proponibilità dell'appello. Tale limitazione del diritto di difesa dell'imputato appariva tuttavia bilanciata dalla prevista rinunciabilità della prescrizione processuale, preordinata a garantire l'interesse dell'imputato ad un'assoluzione nel merito o a un proscioglimento con formula più favorevole. Al fine di limitare i pregiudizi suscettibili di essere arrecati dalla nuova disciplina ai diritti della persona offesa dal reato, promuovendo quindi una rapida trattazione del giudizio civile, si prevedeva inoltre la riduzione della metà dei termini a comparire (a difesa) di cui

all'art.163-*bis* c.p.p. e si attribuiva priorità a questi procedimenti nella fissazione dell'ordine delle cause.

La disciplina transitoria prevedeva infine l'applicabilità del regime estintivo ai soli procedimenti pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della legge, relativi ai reati commessi fino al 2 maggio 2006 (data prevista dalla legge n. 241 del 2006 per l'applicazione dell'indulto), puniti con pena pecuniaria o con pena detentiva, inferiore nel massimo a dieci anni di *reclusione* (così escludendosi, irragionevolmente, i reati contravvenzionali puniti con l'arresto) diversi da quelli cui non è applicabile l'indulto secondo la legge del 2006. In relazione a tali procedimenti, il regime estintivo avrebbe operato qualora non fosse stato definito il giudizio di primo grado nei confronti dell'imputato e fossero decorsi più di due anni (due anni e tre mesi nel caso di nuove contestazioni) dalla data di adozione del provvedimento con cui il pubblico ministero ha esercitato l'azione penale.

2. La segnalazione del capo dell'ufficio giudiziario

La disciplina ora richiamata - unitamente al regime transitorio previsto - era stata fortemente criticata (peraltro anche dal CSM in sede di parere del 14.12.2009 sul progetto di legge originario) in quanto idonea a determinare, sia a regime sia in sede di prima applicazione, l'estinzione di numerosi processi per decorso dei termini massimi, senza neppure stanziare risorse ulteriori per promuovere l'efficienza della funzione giurisdizionale.

Nel testo approvato in seconda lettura tale disciplina è radicalmente modificata: il superamento dei termini di durata previsti per le singole fasi processuali impone (soltanto) al capo dell'ufficio giudiziario di farne comunicazione al Ministro della Giustizia e al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione. Tale previsione - oltre ad essere avulsa dal contesto normativo attualmente esistente¹ - non sembra in realtà idonea, di per sé, a configurare

¹ L'art. 5 l. 24 marzo 2001, n. 89 (*Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile*), ad esempio, prevede che il decreto di accoglimento della domanda di equa riparazione "è comunicato a cura della cancelleria, oltre che alle parti, al Procuratore Generale della Corte dei conti, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, nonché ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici comunque interessati dal procedimento". Per Corte Conti, sezioni riunite, 20 febbraio 2006, n. 1, è proprio il giudizio sull'equa riparazione, in cui si conviene il Ministero della Giustizia, ad essere "un giudizio per responsabilità oggettiva (ritardo del processo)", mentre per addivenire ad un giudizio per colpa e per danno è stato previsto "il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile", in virtù della quale «il soggetto è chiamato a rispondere all'Erario - Ministero della Giustizia - in ragione della sussistenza di un rapporto di impiego o di un rapporto di servizio con la P.A. ed in ragione della sussi-

un'ulteriore ipotesi di responsabilità disciplinare del magistrato nell'esercizio delle funzioni, quantomeno in assenza di modifiche all'art. 2, co. 1, lett. q), d.lgs. n. 109 del 2006².

Qualora comunque si volesse delineare una fattispecie di illecito disciplinare *ad hoc*, sarebbe necessario prevedere accorgimenti idonei ad evitare di delineare una sorta di responsabilità oggettiva o per fatto altrui³, potendo non essere a tale scopo sufficiente il disposto di cui all'art. 205-*quater*, co. 7, delle norme di attuazione del codice di rito (introdotto dall'art. 4 del disegno di legge), che in proposito si limita a indicare al capo dell'ufficio i parametri valutativi rilevanti ai fini della comunicazione al Ministro della Giustizia e al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.

D'altro canto, per i soggetti coinvolti (titolari dell'azione disciplinare) e gli elementi considerati, non sembra si sia voluta delineare una peculiare procedura informativa finalizzata, in ipotesi, ad acquisire elementi conoscitivi utili alla risoluzione di eventuali problematiche di singoli uffici giudiziari, ostantive al rispetto dei termini di durata delle singole fasi processuali.

Né, peraltro, in assenza di riferimento alcuno alle norme sulla valutazione della professionalità dei magistrati di cui al d.lgs. n. 160 del 2006, sembra che la segnalazione prevista dal progetto di legge possa contribuire a fornire elementi conoscitivi utili a tale procedura valutativa. Peraltro, la disciplina sul superamento dei termini di fase di cui all'art. 2 del progetto di legge sembra riguardare soltanto il giudice e non anche il magistrato del pubblico ministero che, in ipotesi, non abbia assunto le proprie determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale entro sei mesi dal termine delle indagini preliminari. E ciò, nonostante da tale momento inizino a decorrere i termini di fase relativi all'attività del giudice⁴.

stenza di un comportamento ascrivibile a colpa grave o a dolo nel procedimento presupposto che poi ha dato luogo all'equa riparazione per i ritardi al medesimo imputabili>>.

² Cfr., in tal senso, risoluzione CSM aprile 2011

³ Depone peraltro in favore di una maggiore personalizzazione dell'illecito disciplinare - oltre, ovviamente, all'art. 3 legge n. 689 del 1981, applicabile alla responsabilità disciplinare secondo Cass. Civ., sez. III, 8 maggio 2001, n. 6383 (in *Dejure*) - la scelta del legislatore di richiedere l'intenzionalità di condotte originariamente previste nella loro materialità: cfr. art. 2, co. 1, lett. cc) del d. lgs. n.109 del 2006, che - dopo un emendamento Maritati approvato dall'Assemblea del Senato - sanziona "l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo".

⁴ E. MARZADURI, *Non sono le qualità personali dell'imputato a dover scandire i tempi della prescrizione*, in *Guida dir.*, 2011, n. 18, p.12 ss..

3. La 'prescrizione breve'

Una delle principali innovazioni contenute nel testo attuale concerne invece le modifiche alla disciplina della prescrizione (del reato), disponendosi la riduzione da un quarto a un sesto dell'aumento del termine prescrizionale per i non recidivi, salvo che si proceda per un delitto distrettuale.

Si attribuisce pertanto rilievo determinante, ai fini della stessa responsabilità penale e della punibilità, ad un elemento - quale, appunto, la recidiva dell'imputato - che, in seguito alle modifiche apportate dalla legge n. 251 del 2005, appare in misura ancora più rilevante esterno alla condotta e avulso dalla dimensione della colpevolezza; esso pare espressivo di una forma di "colpa d'autore" (o per la condotta di vita), come del resto può evincersi dalla stessa collocazione sistematica dell'istituto della recidiva, all'interno della sezione codicistica relativa al reo.

Il rilievo così attribuito - ben oltre quanto previsto dall'art. 133, co. II, n. 2), c. p. per la commisurazione (comunque) infraeditale della pena- allo *status* soggettivo dell'autore e alla condotta tenuta precedentemente al reato, appare di dubbia compatibilità con il principio di colpevolezza⁵ per *il fatto* (e non per gli *status* soggettivi), la presunzione di non colpevolezza e con la finalità rieducativa della pena, di cui agli artt. 25, co. II, 27, co. I, 2 e 3, Cost.. In tal senso depone una consolidata giurisprudenza costituzionale, secondo cui i precedenti penali dell'imputato non possono assurgere a elementi costitutivi del reato o presupposti della punibilità (cfr. Corte cost., sent. n. 354 del 2002, a proposito del reato di ubriachezza).

Ancora, la Consulta ha sancito l'illegittimità di previsioni che aggravino la responsabilità penale in ragione di mere condizioni soggettive derivanti dall'aver previamente realizzato atti «del tutto estranei al fatto-reato», sul paradigma della colpa d'autore (Corte cost., sent. n. 249 del 2010). Parimenti illegittimo è stato dichiarato dalla Consulta (sent. 10 giugno 2011, n. 183) l'inasprimento sanzionatorio previsto per l'art. 62-*bis*, co. II, c.p., come sostituito dall'art. 1, co. 1, l. 5 dicembre 2005, n. 251, in relazione agli autori dei delitti di cui all'art. 407, co. 2, lettera a), c.p.p., che siano stati dichiarati recidivi reiterati, nei confronti dei quali il giudice non pot(eva) tener conto dei criteri di cui all'art. 133, co. I, n. 3), e co. II, c.p., ai fini dell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche. In particolare, la censura della Corte si è riferita all'impossibilità, per il giudice, di tenere conto, ai suddetti fini, del parametro relativo al comportamento susseguente al reato (art. 133, co. II, n. 2, c.p.).

⁵ Intesa, ovviamente, in senso normativo: cfr. Corte cost., sentenze nn. 364 e 1085 del 1988.

Ciò perché privilegiare sino a questo punto un profilo general-preventivo elude la funzione rieducativa della pena, in violazione dell'art. 27, co. III, Cost., il quale impone di tener conto del comportamento del reo anche quando è particolarmente meritevole ed espressivo di un processo di rieducazione intrapreso, o addirittura già concluso.

La compatibilità di una disciplina della prescrizione del reato fondata su di un istituto, quale la recidiva, ispirato alla logica della colpa d'autore, appare del resto ancor più dubbia in considerazione dei mutamenti apportati dalla legge n. 251 del 2005 alla struttura stessa della recidiva, che è stata privata della necessaria selettività, essendosene prevista l'aspecificità e la perpetuità. Al contrario, i requisiti su cui si fonda l'istituto della recidiva - che di per sé comunque deroga al principio della colpevolezza per il fatto - consistono proprio nella identità dell'indole del nuovo reato commesso (sintomo dell'inefficacia deterrente della pena) rispetto agli illeciti precedenti, e nella adeguata limitazione dell'ambito temporale di rilevanza.

Peraltro, appare di dubbia compatibilità con il principio di ragionevolezza la scelta di far dipendere - non solo l'efficacia general-preventiva del diritto penale (e quindi la tutela dei beni giuridici di riferimento), ma anche - la garanzia dei diritti delle vittime, da un elemento del tutto contingente ed esterno alla fattispecie di reato, quale la non recidività dell'imputato.

Del resto, il canone di cui all'art. 3 Cost. potrebbe operare anche contro (la conferma del)l'esclusione dei reati di cui all'art. 51, co. 3-bis e 3-quater, c.p.p. dalla previsione dei limiti al prolungamento dei termini di prescrizione, in quanto, come noto, quella dei reati distrettuali è categoria costruita su esigenze investigative e non sul (la persistenza dell') interesse punitivo dello Stato connesso alla gravità del reato.

Né, in favore della legittimità dell'odierna disciplina, varrebbe obiettare che la differenziazione dei termini di prescrizione in ragione della recidività dell'imputato, già prevista dalla legge n. 251 del 2005, non sia stata sinora dichiarata incostituzionale: come può evincersi dalle sentenze nn. 324 del 2008 e 34 del 2009 della Consulta, nei confronti di una simile disciplina, quale *lex mitior* rispetto a quella previgente, la Corte incontrerebbe il limite del divieto di retroattività *in malam partem* delle norme penali, ogniqualvolta s'invochino pronunce additive (appunto *contra reum*) tese ad estendere, ai casi non previsti, il più lungo termine di prescrizione applicabile ai recidivi. È quindi un argomento in rito (con tutti i limitati effetti che ciò comporta), ad aver inibito sin qui pronunce di merito sui dubbi che già la legge "ex Cirielli" sollecitava; a

fronte di ciò, vasta parte della dottrina ha criticato l'ancoraggio della prescrizione alla qualità personale dell'imputato e non più all'oggettività del reato⁶.

4. Il regime transitorio

Quanto al regime transitorio, l'art. 3, co. 2, del disegno di legge, come licenziato dalla Camera, sancisce l'inapplicabilità della novella alla disciplina della prescrizione ai procedimenti nei quali sia stata già pronunciata sentenza di primo grado alla data di entrata in vigore della legge. Al di fuori dell'ambito applicativo di tale disposizione, opererà il principio di retroattività della *lex mitior*, in ragione della natura sostanziale della prescrizione: come sancito dalla Consulta, con sentenza n. 393 del 2006 (in relazione alla legge n. 251 del 2005), infatti, "la locuzione «disposizioni più favorevoli al reo» di cui al co. 4 dell'art. 2 del codice penale deve ritenersi comprensiva non solo delle norme che attengono alla sanzione penale in senso stretto, ma anche di tutte le disposizioni che - più in generale - siano suscettibili di determinare un miglioramento del trattamento riservato all'imputato. Tra queste figurano senz'altro anche le norme sulla prescrizione le quali, essendo di natura pacificamente sostanziale, devono dunque soggiacere anche esse al disposto del co. 4 dell'art. 2 c.p.".

Pertanto, la disciplina transitoria di cui all'art. 3, co. 2, introduce una deroga al principio di retroattività della *lex mitior* finalizzata, probabilmente, ad evitare che la prevista riduzione dei termini massimi di prescrizione pregiudichi la funzionalità dell'azione giudiziaria incidendo anche su processi definiti in primo grado.

Sul punto va ricordato che l'art. 10, co. 3, legge n. 251 del 2005 aveva escluso dall'ambito di applicazione della novellata (e più favorevole) disciplina della prescrizione i processi già pendenti in primo grado (alla data di entrata in vigore della legge) ove vi fosse stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché quelli già pendenti in grado di appello o innanzi alla Corte di Cassazione. Con sentenza n. 393 del 2006, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato co. 3, limitatamente alle parole: "dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibat-

⁶ Cfr. l'autorità scientifica degli Autori citati nell' "Appello contro la prescrizione "breve": ennesima certezza di impunità" firmato da novanta docenti di diritto penale e da otto docenti di diritto processuale penale e pubblicato in allegato a G. MARINUCCI, *La prescrizione breve: una proposta di legge ad personam, ai danni di tante vittime di reato*, in *Il Corriere del merito*, 2011, p. 562.

timento, nonché”, ritenendo non ragionevole la scelta di individuare il “discrimine fra i processi di primo grado soggetti ai nuovi termini di prescrizione (più brevi) e quelli nei quali continuano ad applicarsi i termini vecchi (più lunghi) in un momento (apertura del dibattimento) che, nel complesso della disciplina del processo di primo grado, non è indefettibile (infatti non riguarda i riti alternativi, miranti a deflazionare il dibattimento, e, in specie, il giudizio abbreviato), né è incluso fra gli atti considerati rilevanti dall’art. 160 c.p. ai fini della prescrizione (sentenza o decreto di condanna ed altri atti processuali). L’apertura del dibattimento, quindi, come momento eventuale, non è significativamente correlabile ad un istituto di carattere generale come la prescrizione e al complesso delle ragioni che ne costituiscono il fondamento, legate al rilievo sopra ricordato – anch’esso di portata generale – che il decorso del tempo non solo attenua l’allarme sociale, ma rende più difficile l’acquisizione del materiale probatorio e, quindi, l’esercizio del diritto di difesa dell’imputato” (Corte cost., sent. n. 72 del 2008).

Il disegno di legge in esame tiene certamente conto di tali precedenti, nella parte in cui individua il discrimine per l’applicazione retroattiva della nuova disciplina nella pronuncia della sentenza di primo grado.

E tuttavia, nonostante l’assunzione di tale diverso parametro, la ragionevolezza della scelta compiuta oggi dal legislatore è subordinata alla dimostrazione della coerenza della deroga al regime della retroattività della *lex mitior* con la “funzione assegnata dall’ordinamento all’istituto della prescrizione” e con esigenze di tutela di “interessi di analogo rilievo rispetto a quelli soddisfatti dalla prescrizione (efficienza del processo, salvaguardia dei diritti dei soggetti destinatari della funzione giurisdizionale) o relativi a esigenze dell’intera collettività connesse a valori costituzionali” (Corte cost., sent. n. 72 del 2008; in senso analogo, cfr. sent. n. 393 del 2006).

Sul punto, va certamente rilevato che simile scelta è stata dichiarata non irragionevole dalla Consulta con la citata sentenza n. 72 del 2008, osservandosi tra l’altro come “la circostanza che nel processo sia stata pronunciata una sentenza (di primo grado) è significativamente correlata all’istituto della prescrizione, come si desume dall’art. 160 c.p. che considera rilevante ai fini della prescrizione la sentenza (oltre il decreto di condanna ed altri atti processuali)”.

E in tal senso si è pronunciata anche, di recente, la VI Sezione della Cassazione⁷, affermando che la ragionevolezza della scelta del legislatore del 2005

⁷ Cass, Sez. VI, 1° dicembre 2010, (in *Mass. Uff.*, n. 249165), in *Guida dir.*, 2011, n. 18, 69 ss..

di escludere l'applicazione retroattiva della prescrizione più breve ai processi pendenti in appello o avanti alla Corte di Cassazione "conduce a ritenere manifestamente infondata la sollevata questione di costituzionalità, con riferimento all'art. 117 Cost., in relazione alla norma interposta di cui all'art. 7 Cedu, in quanto il generale principio ricavabile da quest'ultima norma circa l'applicazione retroattiva della disposizione più favorevole all'imputato ben può essere derogato per soddisfare, all'esito proprio di un vaglio di ragionevolezza, esigenze meritevoli di uguale tutela".

In senso contrario, invece, si è pronunciata la II Sezione, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117 Cost., dell'art. 10, co. 3, legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione⁸: per effetto dell'art. 7 CEDU - da ritenere "norma interposta" rispetto al parametro dell'art. 117 Cost. (secondo lo schema delineato dalla Corte cost. con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007) - dovrebbe, nell'interpretazione della Corte EDU⁹, operare non solo il principio della irretroattività della legge penale più severa, ma anche, implicitamente, il principio di retroattività della legge penale meno severa, dovendo peraltro restare devoluta al solo giudizio della Corte costituzionale la verifica di eventuali aspetti di conflitto della norma convenzionale con altri principi della Costituzione.

La Corte costituzionale ha già consolidato la sua giurisprudenza sulla possibilità che una norma convenzionale sia da considerare "norma interposta": con le sent. n. 348 e n. 349 del 2007, aveva rilevato, infatti, che l'art. 117, co. I, Cost., ed in particolare l'espressione "obblighi internazionali" in esso contenuta, si riferisce alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost.; la conseguenza è che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, co. I, Cost. Quanto poi all'insindacabilità dell'interpretazione della Convenzione offerta dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte costituzionale s'è già pronunciata con la sent. n. 93 del 2010 (§ 4 del Considerato in diritto), fermo restando che essa si riserva la ben diversa verifica del fatto che "la norma della Convenzione, come da quella Corte interpretata - norma che si colloca pur sempre ad un livello sub-costituzionale - si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi eccezionale nella quale

⁸ Ord. 27 maggio 2010, n. 22357 (rv. 247321), in *Dejure*.

⁹ V. Corte eur., Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato (sent. n. 311 del 2009, n. 349 e n. 348 del 2007)".

L'«ipotesi eccezionale» ricorrerebbe, in questo caso? È d'uopo ricordare come la Corte costituzionale riserva a sé stessa il giudizio di idoneità della Convenzione ad integrare la norma interposta del giudizio di costituzionalità¹⁰. La Corte di cassazione - che pure nella citata sentenza n. 12400 del 2010 ha operato il vaglio di ragionevolezza sollecitato dalla citata sentenza n. 393 del 2006 sulla deroga al principio di retroattività della *lex mitior*¹¹ - non era però titolata a sottrarre al giudice delle leggi il sindacato che esso si è riservato con la citata giurisprudenza¹². Non solo l'esito di tale sindacato non può essere

¹⁰ La Corte costituzionale aveva, con la citata giurisprudenza inaugurata dalle sent. nn. 348 e 349 del 2007, precisato che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti. Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, co. I Cost., ovvero anche dell'art. 10, co. I, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta.

¹¹ "Eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*, ai sensi dell'art. 3 Cost., possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa": così Corte costituzionale, sentenza n. 393 del 2006, secondo cui "la giurisprudenza di questa Corte, costante nell'affermare che il regime giuridico riservato alla *lex mitior*, e segnatamente la sua retroattività, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25, co. II, Cost., in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo".

¹² La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, co. I, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto. Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta alla Corte costituzionale il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, co. I, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU.

dato per scontato, visto che la Corte costituzionale è chiamata a decidere¹³ la questione sollevata dalla II sezione; va anche rammentato che recentemente gli stessi giudici di palazzo della Consulta hanno delineato dei margini di operatività della disciplina convenzionale ulteriori, derivanti dalla compresenza di analoghi ambiti di tutela sia nella CEDU che nella Carta dei diritti fondamentali¹⁴, entrata a far parte del diritto dell'Unione europea col trattato di Lisbona. Nella sentenza n. 80 del 2011, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato che tale presupposto opera quando “la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto”.

Orbene, la scelta del disegno di legge (come già della legge n. 251 del 2005) di introdurre, per i giudizi definiti in primo grado, una deroga al principio di retroattività della *lex mitior*, coinvolge il tema del rispetto dell'art. 49, paragrafo 1, della Carta di Nizza (che tale principio sancisce), almeno in relazione ai reati di derivazione europea (in quanto norme non prive di legame con il diritto dell'Unione). Pertanto, quando il *thema decidendum* - del giudizio in cui opererebbe la norma transitoria di cui all'art. 3, co. 2 del disegno di legge - coinvolga il diritto derivato dall'Unione europea, il suo escludere i giudizi conclusi con sentenza di primo grado dall'applicazione della più favorevole disciplina novellata, rischia di contrastare con la necessaria retroattività delle norme penali più favorevoli al reo sancita dal citato art. 49, par. 1. Ciò dovrebbe precludere al giudice nazionale di applicare la normativa interna con esso incompatibile⁽¹⁵⁾.

5. La compatibilità convenzionale

Che vi sia un legame di molte fattispecie sanzionatorie nazionali con il diritto europeo è non solo acclarato per varie norme vigenti¹⁶, ma anche ulterior-

¹³ Nell'udienza del 21 giugno 2011, secondo il ruolo delle cause consultato il 17 giugno 2011 in www.cortecostituzionale.it/documenti/lavori/doc/CC_CL_UP_20110610114129.pdf.

¹⁴ Ai quali tra l'altro ha fatto riferimento la stessa Corte europea nella sentenza Scoppola, quando (§ 104) ha richiamato, per la sua nuova interpretazione dell'art. 7 CEDU, proprio l'art. 49 §1 della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea (c.d. Carta di Nizza) e la sentenza 3 maggio 2005 della Corte di giustizia delle Comunità europee.

¹⁵ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. n. 125 del 2009, n. 168 del 1991 e n. 170 del 1984.

¹⁶ Si pensi, ad esempio, a quelli di cui alla decisione 2008/801/CE del Consiglio, del 25 settembre 2008 relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della conven-

mente in estensione *de iure condendo*, come dimostra l'art. 335-ter c.p. proposto¹⁷ con l'A.S. n. 2156. Il disegno di legge così presentato dal Governo¹⁸, all'art. 1 del testo licenziato dal Senato¹⁹, individua un'autorità nazionale anti-corruzione incaricata dell'attuazione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata a Merida dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, con risoluzione n. 58 del 4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata ai sensi della legge n. 116 del 2009. Si tratta proprio del testo di diritto pattizio il cui art. 29 era invocato nel citato parere del CSM: esso obbliga, tra l'altro, gli Stati firmatari a prevedere "un lungo termine di prescrizione entro il quale i procedimenti» per i reati previsti dalla Convenzione «possono essere avviati». L'ulteriore riduzione dei termini di prescrizione del reato, almeno nei confronti dei non recidivi, perciò, rischia di contrastare con gli impegni assunti dall'Italia in sede internazionale; ciò in riferimento al contrasto di delitti - quali, in particolare, quelli di corruzione - per i quali la relazione del disegno di legge, anzi, precisa che "l'attività di prevenzione e contrasto al fenomeno costituisce uno dei profili maggiormente sintomatici in tema di attrattività, credibilità, affidabilità per la *World Bank*, l'ONU, l'OCSE, l'Unione europea" (²⁰).

La ricaduta convenzionale europea del disegno di legge, comunque, potrebbe essere più vasta della travagliata questione della *lex mitior*.

La materia era stata analizzata da tempo presso il Consiglio d'Europa dal GRECO (Gruppo degli Stati contro la corruzione), che vi aveva dedicato la V raccomandazione del *Joint First and Second Round Evaluation Report on Italy*²¹. I dati raccolti dal Governo italiano, sull'effetto della prescrizione sulle

zione delle Nazioni Unite contro la corruzione, e alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, nonché alla decisione 1999/394/CE, Euratom del Consiglio, del 25 maggio 1999, riguardante le condizioni e le modalità delle indagini interne in materia di lotta contro le frodi, la corruzione e ogni altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari delle Comunità, e successive modifiche.

¹⁷ Ove si introduce una circostanza aggravante, per il solo pubblico ufficiale, in caso di atti commessi al fine di far conseguire indebitamente contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati - tra l'altro - dalle Comunità europee.

¹⁸ Recante: *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*.

¹⁹ Nella seduta del 15 giugno 2011.

²⁰ A.S. n. 2156, p. 13.

²¹ Adottato a Strasburgo nella sessione del 29 giugno-2 luglio 2009, e reso pubblico il 16 ottobre 2009 con il documento Greco Eval I-II Rep (2008) 2E, reperibile in www.coe.int/greco.

inchieste in atto in ordine alla corruzione, non hanno tranquillizzato il Gruppo, che il 27 maggio 2011 ha reso pubblico un nuovo rapporto²² specificamente indirizzato, per questa parte, ad una prima valutazione degli effetti del disegno di legge n. 1880-B. Partendo dal riconoscimento del "detrimental effect" che hanno sin qui avuto i precedenti interventi sulla prescrizione, il *Report on Italy* ha preso atto con cautela dell'argomento secondo cui le previsioni avrebbero avuto un limitato effetto sulle inchieste future o in corso; esso ha proseguito contrapponendo tale asserzione (governativa) soprattutto con i possibili rischi che la repressione del fenomeno corruttivo fallisca in ragione del vano decorso del limite temporale introdotto; vi è poi l'importante sottolineatura della necessità di una percezione pubblica della persistente volontà di combattere il fenomeno (§ 39).

Ma anche al di fuori dell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, una disciplina della prescrizione tale da ostacolare - e in taluni casi impedire - l'accertamento delle responsabilità per delitti di particolare gravità (quali in particolare delitti contro la vita e l'incolumità individuale), in ragione del mero decorso del tempo, potrebbe poi violare i diritti delle persone offese e dei loro familiari. Si tratta di un diritto che, ancora una volta, trova tutela nella giurisprudenza EDU, in questo caso relativa all'art. 2 della Convenzione: i precedenti²³, in proposito, sono stati riconfermati recentemente - proprio contro l'Italia - dalla II Sezione della Corte EDU nella sentenza 29 marzo 2011 sul caso *Alikaj e altri*, che prescrive di esaminare in maniera estremamente attenta le doglianze di violazione del diritto alla vita quando, ad essere accusato, è un'agente dello Stato. Qualsiasi carenza dell'inchiesta che affievolisca la capacità di accertare le responsabilità rischia di violare il principio dell'effettività della tutela, che fa parte degli obblighi positivi degli Stati: nell'ambito dell'accertamento delle responsabilità nel ricorso alla forza che possa aver cagionato la morte dell'interessato, il procedimento o la condanna non possono essere vanificati da una prescrizione²⁴.

²² *Compliance Report on Italy*, adottato nella sessione del 23-27 maggio 2011 con il documento Greco Greco RC-I/II (2011) 1E, reperibile in www.coe.int/greco.

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, casi *Makaratzis c. Grecia* (20 dicembre 2004) e *McKerr c. Regno Unito* (4 maggio 2001).

²⁴ "Il s'agit d'observer que l'application de la prescription relève sans conteste de la catégorie de ces « mesures » inadmissibles selon la jurisprudence de la Cour, puisqu'elle a eu pour effet d'empêcher une condamnation" (L'applicazione della prescrizione rientra incontestabilmente nella categoria di quelle "misure" inammissibili secondo la sua giurisprudenza, in quanto ha avuto come effetto quello di impedire una condanna): sentenza 29 marzo 2011 sul caso *Alikaj e altri c. Italia*, § 108.

ARCHIVIO PENALE 2011, n. 2

Ancora un altro caso in cui le condanne italiane nelle sedi giurisdizionali internazionali hanno messo il dito nelle piaghe del sistema giustizia²⁵, nei cui confronti il disegno di legge n. 1880-B non pare risolutivo.

²⁵ Come fa lo stesso *Report on Italy* sopra citato, lamentando che - anche al di fuori dell'ambito di competenza del Gruppo sulla corruzione - l'eccessiva lunghezza dei procedimenti giurisdizionali civili, penali ed amministrativi rappresenta un problema strutturale della giustizia italiana (come riconosciuto dalla *Interim Resolution* del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa CM/ResDH(2010)224), ancora lungi dall'essere risolto (§ 40).