

Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali *in bonam partem*: due decisioni dall'impostazione divergente

di Irene Pellizzone *

Con le sentt. nn. 393 e 394, depositate lo stesso giorno (il 23 novembre 2006), la Corte si sofferma su rango e limiti del principio di retroattività delle norme penali *in bonam partem* e, in particolare, nella sent. n. 394, effettua considerazioni originali rispetto alla precedente giurisprudenza.

Con la sent. n. 393, di accoglimento parziale, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del regime transitorio sulla prescrizione disciplinato dalla c.d. legge ex Cirielli: risulta irragionevole la previsione per cui i nuovi e più brevi termini di prescrizione non avrebbero dovuto essere applicati retroattivamente nei procedimenti penali già pendenti in primo grado, di cui fosse già stata dichiarata l'apertura del dibattimento. Nella sent. n. 394, invece, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcune norme penali di favore in materia di reati elettorali, perché prevedevano un trattamento sanzionatorio di favore manifestamente irragionevole.

Con la sent. n. 394, la Corte riconosce, per la prima volta in modo esplicito, che il principio di retroattività della legge penale *in bonam partem* ha un fondamento anche costituzionale, che rinviene nell'art. 3 Cost. Si legge infatti nella sentenza che «[i]l principio di eguaglianza (...) impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice».

Una prima osservazione merita di essere compiuta riguardo a questo passaggio della decisione: come da consolidata giurisprudenza costituzionale, nelle materie diverse da quella penale, «il fatto che alla stessa categoria di soggetti si applichi un trattamento differenziato per effetto del mutamento della disciplina non contrasta col principio di eguaglianza, poiché il trascorrere del tempo costituisce di per sé un elemento differenziatore» (così v. la sent. n. 18/94). Dunque, negli altri settori dell'ordinamento, le questioni sollevate su norme irretroattive, per violazione del principio di uguaglianza, vengono risolte dalla Corte con considerazioni in un certo senso opposte rispetto a quelle che, nella sent. n. 394, sono poste alla base della retroattività delle norme penali *in bonam partem*.

La regola della retroattività delle norme penali più miti si giustifica alla luce della peculiare funzione che la Corte attribuisce, nel passaggio immediatamente successivo della sent. n. 394, alla pena. Il legame tra retroattività *in bonam partem* e principio di uguaglianza poggia sulla concezione oggettivistica del diritto penale, accolta «dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali», per cui la pena deve essere posta a presidio di interessi che il legislatore, in quanto "interprete della coscienza sociale", si prefigge di tutelare con la sanzione penale. Pertanto, una volta che la legge e, presumibilmente, la coscienza sociale sono mutate, non ha senso punire ancora con la legge più severa in vigore al momento del fatto: la distinzione, pur sussistente, tra rimproverabilità dei fatti commessi nel vigore della precedente norma più severa e rimproverabilità dei medesimi fatti commessi nel vigore della successiva norma più mite non deve influire, quindi, sul trattamento sanzionatorio.

Va peraltro segnalato che la retroattività *in bonam partem* gode di uno *status* costituzionale "debole", in quanto, per usare le parole della Corte, «il collegamento del principio della retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza ne segna (...) anche il limite». Ciò significa che il principio può essere derogato legittimamente, ogni volta

che le deroghe risultino, in seguito ad uno scrutinio di stretta ragionevolezza, giustificate da esigenze di tutela di altri interessi rilevanti (su questo specifico punto la sent. n. 394 si riallinea alla sent. n. 393 ed a diversi precedenti, ivi richiamati).

Con un secondo passaggio del tutto innovativo, nella sent. n. 394 la Corte individua un'importante eccezione al principio di retroattività *in bonam partem*. Si legge infatti che detto principio «in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima». Ciò comporta che ai fatti compiuti quando era in vigore la norma più severa, non potrà essere applicata con effetto retroattivo la norma di favore incostituzionale (auspicava una simile soluzione D'Amico, *Ai confini (nazionali e sopranazionali) del favor rei*, in *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005, 29 s.). Le parole usate dalla Corte sul punto paiono particolarmente incisive: per il Giudice costituzionale non si può «ammettere che una norma costituzionalmente illegittima – rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno – determini, paradossalmente, l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa».

Nella coeva sent. n. 393, invece, nonostante la Corte si sia posta il problema del "regime" del principio di retroattività *in mitius*, non viene fatta menzione del legame tra principio di retroattività e principio di uguaglianza: infatti, in tale decisione, l'art. 3 Cost. viene in rilievo unicamente ai fini del giudizio di intrinseca ragionevolezza sulle deroghe al principio - vero punto nodale della pronuncia - . A questo riguardo si consideri inoltre come, nella sent. n. 393, la ricostruzione effettuata sulla retroattività *in mitius* si incentri su un'ampia panoramica del diritto internazionale e comunitario, comprensiva anche di un significativo richiamo alla sent. del 3 maggio 2005 della Corte di Giustizia sul caso Berlusconi, con cui era stato riconosciuto, seppure in un *obiter dictum*, che «il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri».

A questo punto, viene da chiedersi perché, nelle due sentenze in commento, depositate lo stesso giorno, la motivazione della Corte abbia seguito due percorsi logici in parte differenti. Guardando all'oggetto di entrambe le sentenze ed alla tecnica di giudizio usata, va rilevato che il principio di retroattività gioca un ruolo centrale, più ancora che nella sent. n. 394, nella n. 393: è in quest'ultima decisione, infatti, che vengono dichiarate illegittime le deroghe al principio perché irragionevoli. Nella sent. n. 394, invece, il principio di cui si tratta viene in rilievo per via degli effetti *in malam partem* delle sentenze d'accoglimento, mentre il cuore della pronuncia sta nella definizione delle norme penali di favore e nella c.d. automatica riespansione delle norme penali generali più severe a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità delle norme di favore (per considerazioni critiche sul punto cfr. Zanon, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007). Ci si sarebbe dovuti aspettare, dunque, una posizione di maggior risalto del principio in questione nella sent. n. 393.

La differenza, forse, si può spiegare in questo modo: nella sent. n. 393 la Corte ha semplicemente applicato uno schema di giudizio consolidato, consistente nel vaglio di intrinseca ragionevolezza sulle deroghe al principio di retroattività; nella sent. n. 394, invece, ha effettuato per la prima volta un bilanciamento tra principio di retroattività *in mitius* e principio della cessazione di efficacia delle norme incostituzionali e non ha potuto, perciò, sottrarsi dall'affrontare il problema del rilievo costituzionale del principio di retroattività.

Rimane da capire, a questo punto, quali sono le conseguenze del riconoscimento esplicito del legame tra retroattività *in bonam partem* e principio di uguaglianza. Per la

verità, va notato, come si accennava sopra, che, accanto all'esplicito richiamo all'art. 3 Cost., il principio di retroattività viene indirettamente connesso anche al «complessivo tessuto dei precetti costituzionali» ed al principio di offensività, da cui emerge la concezione oggettivistica del diritto penale.

Quel che preme sottolineare, in ogni caso, è che la copertura costituzionale del principio in questione non viene desunta da una *ratio* di garanzia della libertà di autodeterminazione o dal c.d. *favor rei*, ma da esigenze di parità di trattamento, a loro volta connesse alla concezione oggettivistica del diritto penale.

Tale impostazione ha delle ricadute sul bilanciamento cui può essere sottoposto il principio di retroattività *in mitius* (per approfondimenti e spunti al riguardo v. Manes, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo «multilevel»*, in *Quad. Cost.*, 2/2007, 374 ss.): questo principio acquista infatti rango costituzionale, ma non quello *status* di «valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali», che nella sent. n. 394 viene conferito invece al principio di irretroattività delle norme *in malam partem* proprio in quanto posto a garanzia delle libertà del cittadino dagli arbitri del legislatore.

La novità sarebbe peraltro da ridimensionare se si accogliesse l'impostazione seguita dalla dottrina, soprattutto penalistica, che aveva già ricavato per implicito dalla giurisprudenza costituzionale il nesso tra retroattività *in bonam partem* e principio di uguaglianza, ritenendolo una conseguenza dello scrutinio di stretta ragionevolezza condotto sulle deroghe al principio (così di recente Marinucci, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 89). A questo proposito, va dato atto, da un punto di vista pratico, che anche dopo la sent. n. 394 il giudizio di legittimità sulle deroghe continuerà ad essere condotto con lo stesso schema del giudizio di stretta ragionevolezza. Tuttavia, a livello teorico, pare possibile distinguere l'affermazione, nuova, per cui la retroattività *in mitius* trova fondamento nel principio di uguaglianza, dall'affermazione, ripetuta più volte dalla Corte, per cui le deroghe alla retroattività *in mitius* sono legittime solo se ragionevoli.

Infine, rimane da capire se il rinvenimento del fondamento costituzionale della retroattività *in mitius* nel principio di uguaglianza possa comportare la costituzionalizzazione dell'art. 2 c. p., II, III e IV comma. Una simile conseguenza sembra da escludere, sicuramente per quanto concerne il III ed il IV comma dell'art. 2 c. p., nella parte in cui prevede che la *lex intermedia*, più favorevole di quella in vigore al momento del fatto e di quella in vigore al momento del giudizio, trovi applicazione anche per i fatti pregressi. Si tratta, in effetti, di regole specifiche, frutto di una scelta discrezionale del legislatore, mentre è il II comma a costituire il nucleo dell'art. 2 c.p. che, se mai, potrebbe dirsi definitivamente costituzionalizzato (Pulitanò, *Principio di uguaglianza e norme penali di favore*, in *Il corriere del merito*, 2/2007, 212).

Sia consentito, a questo punto, soffermarsi brevemente sulla regola dell'applicazione retroattiva della legge intermedia più favorevole, pur se non strettamente attinente all'oggetto delle due decisioni. Nel caso di ripetuta successione di norme nel tempo, la concezione oggettivistica del diritto penale, messa in luce dalla sent. 394, sembrerebbe imporre l'applicazione retroattiva della norma *in bonam partem* in vigore al momento del giudizio, che contiene la valutazione sulla meritevolezza della pena attuale. Invece, l'applicazione retroattiva della norma intermedia più mite ai fatti pregressi sembra creare, nel caso di repentino mutamento di politica criminale da parte del legislatore con ritorno alla scelta originaria, una ingiustificata disparità di trattamento tra quanti hanno commesso il fatto nel vigore della norma originaria e vengono giudicati nel vigore della norma di ripristino, e quanti hanno commesso il

fatto nel vigore della norma di ripristino: la rimproverabilità dei fatti è la stessa, la valutazione di meritevolezza di pena anche, tuttavia i primi godono, in base all'applicazione retroattiva della legge più mite, di un trattamento di favore.

Dottoranda in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano,
irene.pellizzone@unimi.it

Forum di Quaderni Costituzionali

Costituzionali