

Retroattività della *lex mitior*.

Una riflessione sul diritto intertemporale tra principio del favor, tutela dell'affidamento, e libertà di autodeterminazione del singolo*

Agatino Lanzafame**

(8 aprile 2015)

1. *La retroattività della legge più favorevole tra giurisprudenza italiana e Cedu.*
– 2. *L'ambito di operatività della retroattività in mitius.* – 3. *L'abolitio criminis nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.* – 4. *Sulla retroattività della (proposta e momentaneamente ritirata) causa di non punibilità in materia di reati fiscali ex art. 15 dello schema di decreto legislativo sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente approvato il 24 dicembre 2014 dal Consiglio dei Ministri.* – 5. *Conclusioni: l'attualità delle questioni di diritto intertemporale tra tutela dell'affidamento e libertà di autodeterminazione del singolo.*

1. La retroattività della legge più favorevole tra giurisprudenza italiana e Cedu.

L'art. 2 cod. pen., sancisce il cd. canone del *favor*, secondo cui di regola si dà applicazione retroattiva alla legge penale più favorevole intervenuta dopo il fatto commesso, sia che si tratti di vera e propria *abolitio criminis*, sia nel caso che si preveda solo un più favorevole trattamento.

* Scritto sottoposto a *referee*.

A differenza del principio di irretroattività della legge penale che ha trovato una esplicita formulazione nella nostra Costituzione ¹, e che, come pacificamente riconosciuto in dottrina e nella giurisprudenza, “si connota come valore assoluto non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali” ², l’esigenza di non punire fatti che dopo essere stati commessi abbiano cessato di costituire reato (o siano stati comunque sottoposti ad una pena meno afflittiva) non ha trovato un esplicito richiamo nella Costituzione del 1948 e ciò nonostante le ragioni a sostegno di tale principio siano ampiamente radicate nella cultura giuridica italiana ³.

Da ciò l’opportunità di interrogarsi, in via preliminare, sulla posizione che nel nostro ordinamento riveste il principio di retroattività della legge più favorevole, anche alla luce di recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale ed europea.

¹ Come è noto, art. 25 Cost. e art. 7 CEDU. Tale principio è altresì pacificamente riconosciuto nel diritto internazionale tra i diritti fondamentali dell’uomo (Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo, art. 11, comma 2). Ciò in quanto il divieto di retroattività, che in ogni settore dell’ordinamento giuridico trova fondamento nell’esigenza della previa conoscibilità delle regole da osservare e delle conseguenze della loro violazione, assume in materia penale un particolare significato a tutela della libertà del cittadino, costituendo un “essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell’esigenza della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale” (Corte Costituzionale n. 394/2006).

² Così Corte costituzionale, n. 394/2006.

³ Si vedano le riflessioni sul codice penale sardo di COSENTINO V., *Il Codice penale del 20 novembre 1859*, IV ed., Napoli, 1879, pag. 29, secondo cui “punire l’azione, che più maturato e saggio giudizio del legislatore ha riconosciuta lecita solo perché commessa precedentemente, sarebbe una mostruosità giudiziaria (...) una manifesta ingiustizia.” Cfr altresì CIVOLI C., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, pag. 65 secondo cui “collo scriminare un fatto prima punibile si riconosce come (...) lo Stato non abbia al presente alcun interesse a cercar di distogliere i cittadini dal compierlo, sicché non v’è alcuna ragione a perseverare nell’applicazione di quelle pene, che tendevano appunto a questa meta”.

La riflessione svolta in dottrina e in giurisprudenza è stata fortemente condizionata dalla mancata esplicita costituzionalizzazione del principio della *retroattività in mitius*, consacrato invece nel diritto internazionale all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici ⁴; ciononostante è possibile riscontrare come nel tempo si sia registrata un'evoluzione, soprattutto grazie al contributo della Corte di Strasburgo, nel senso di una maggiore tutela delle istanze sottese al pieno riconoscimento della portata costituzionale di tale principio.

In contrapposizione con parte della dottrina ⁵, la Corte costituzionale ha, infatti, più volte escluso che la regola della retroattività della legge penale favorevole abbia acquisito dignità costituzionale alla stregua dell'art. 25, comma 2, Cost. ⁶: affermazione di recente ribadita con la sentenza 236/2011.

⁴ Tale atto adottato a New York il 16 dicembre del 1966 dall'Assemblea Generale dell'ONU ed entrato in vigore nel nostro ordinamento il 15 dicembre 1978 recita all'art. 15 che "*Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier*".

⁵ Sulla riconducibilità della regola della retroattività della legge favorevole all'art. 25 comma 2 della Costituzione cfr. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, pag. 115 secondo cui il fondamento del divieto di irretroattività della legge penale non è da rinvenirsi nell'esigenza di certezza del diritto bensì costituisce un mero corollario del superiore principio di *favor libertatis*.

⁶ Va rilevato come la regola della legge penale favorevole era stata inserita nel progetto di Costituzione approvato dalla Commissione per la Costituzione e presentato all'Assemblea costituente il 31 gennaio 1947 che all'art. 20 prevedeva espressamente che "nessuno può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo". Tale ultima parte della disposizione è stata però oggetto di un emendamento soppressivo, presentato dagli onorevoli Leone, Bettiol ed altri, approvato dall'Assemblea nella seduta del 15 aprile 1947.

Ciò non comporta “l’irrelevanza costituzionale” del principio di retroattività della *lex mitior*, il cui fondamento costituzionale è stato individuato dal giudice delle leggi, in accordo con la dottrina prevalente ⁷, nel principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost. “che impone, in linea di massima di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi sono stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto *l’abolitio criminis* o la modifica mitigatrice” ⁸. Integreerebbe pertanto una discriminazione punire in maniera differenziata soggetti responsabili della medesima violazione, soltanto in ragione della diversa data di commissione del reato ⁹.

In dottrina ¹⁰ si è rilevato come attraverso alcune pronunce la Corte abbia individuato nel diritto all’applicazione retroattiva della norma penale più mite un principio fondamentale che può essere derogato soltanto al fine di tutelare interessi di rilievo costituzionale, pena l’irragionevolezza della deroga ¹¹. La scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo

⁷ In tal senso FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, pag. 93; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale*, Bologna, 2009, pag. 76; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, pag. 88.

⁸ Corte costituzionale, 23 novembre 2006, n. 394.

⁹ Così VIGANO F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, pag. 4, che sottolinea altresì come tale discriminazione è ancor più evidente dei casi di *abolitio criminis* affermando che risulta a fortiori discriminatorio “che uno di tali soggetti continui ad essere punito e l’altro si sottragga a qualsiasi sanzione penale in ragione soltanto del diverso tempus commissi delicti”.

¹⁰ In tal senso GAMBARDELLA M., *Il Caso Scoppola: per la Corte europea l’art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cassazione penale*, 2010. pag. 2037 ss.

¹¹ Corte costituzionale, n. 393/2006, n. 72/2008, n. 215/2008.

deve superare quindi un vaglio positivo di ragionevolezza secondo lo “scrutinio stretto” effettuato dalla Corte.

La prima di tali pronunce è rappresentata dalla sentenza 393/2006 nella quale la Corte costituzionale ha trattato della legittimità costituzionale della legge 251/2005, cd. ex-Cirielli ¹²: l'art. 10 di tale legge prevedeva che le disposizioni sui tempi di prescrizione dell'art. 157 c.p., nel caso in cui tali termini fossero risultati più brevi, non si sarebbero applicate ai procedimenti in corso già pendenti in primo grado ove vi fosse stata la dichiarazione di apertura del dibattimento.

Chiamata a valutare se la scelta compiuta dal legislatore di derogare con la norma in esame alla regola della *lex mitior* (fondata sia nella Costituzione che sul diritto sovranazionale) fosse assistita da ragioni che la giustificassero, la Corte ha dichiarato incostituzionali le disposizioni impugnate in quanto la deroga operata dal legislatore non era diretta a tutelare interessi costituzionali di pari rilevanza ¹³.

¹² Tale legge (la cui denominazione è da ricondurre al fatto che il suo primo firmatario, Edmondo Cirielli, la sconfessò pubblicamente, votando contro la sua approvazione, a seguito delle modifiche apportata dal Parlamento) ha introdotto modifiche in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione. La questione maggiormente controversa, proprio relativamente alle disposizioni relative alla modifica del calcolo dei termini di prescrizione, per la quale la legge è stata oggetto delle numerose pronunce della Corte costituzionale analizzate nel testo, riguarda l'esplicita previsione da parte del legislatore della irretroattività delle disposizioni in essa contenute.

¹³ Secondo la Corte inoltre la norma impugnata nell'agganciare la deroga all'irretroattività *in mitius* al criterio dell'apertura del dibattimento, ha adottato un criterio “non idoneo a correlarsi significativamente all'istituto della prescrizione ed al complesso delle ragioni che ne costituiscono il fondamento”. Così VIGANO F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit. pag. 5, il quale sottolinea come la Corte ritenga tale scansione processuale scarsamente significativa anche perché non presente nei riti alternativi

Nella sentenza n. 72/2008, la Corte è tornata a occuparsi della disciplina transitoria in materia di prescrizione di cui all'art. 10, comma 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte che non era stata oggetto della sentenza n. 393 del 2006, giungendo però ad un esito opposto. In questo caso ha fatto salva la disposizione impugnata perché non soltanto “la circostanza che nel processo sia stata pronunciata una sentenza (di primo grado) è significativamente correlata all'istituto della prescrizione”, ma soprattutto perché la deroga ivi prevista dal legislatore al principio della retroattività della *lex mitior* trova il proprio fondamento nell'esigenza di “evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base a tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento” e tutelando così “interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo”.

Meritevole di attenzione è altresì la sentenza n. 215/2008 con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità delle disposizioni intertemporali contenute nella legge n. 266 del 2005, che, nel trasformare in illecito amministrativo le fattispecie contravvenzionali finalizzate al contrasto del gioco d'azzardo con apparecchi vietati, disponevano l'applicazione della legge vigente al momento del fatto, alle violazioni commesse in epoca antecedente alla novella, così derogando al principio di retroattività della *lex mitior*.

La deroga a tale principio nel caso di specie è stata ritenuta illegittima dalla Corte, così come avvenuto nel caso della sentenza 393/2006, per la mancata individuazione di contrapposti interessi di rilievo costituzionale che la con i quali si definisce un gran numero di procedimenti in primo grado.

giustificassero; insufficiente, se non meramente pretestuosa, è stata considerata la giustificazione fornita dal legislatore di “garantire chiarezza relativamente all’applicazione del nuovo apparato sanzionatorio”.

Dall’analisi delle tre decisioni risulta chiaro che la Corte ritiene che “il principio di retroattività della *lex mitior* ha una valenza ben diversa, rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole”, in quanto “quest’ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell’esigenza della calcolabilità delle conseguenze giuridico penali della propria condotta quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale”; mentre “il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l’ovvia ragione che la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto al quale l’autore si era liberamente autodeterminato”¹⁴.

Tale posizione “di chiusura” nei confronti del riconoscimento della dignità costituzionale del principio della retroattività *in mitius* adottata dai giudici della Corte Costituzionale, è stata destinata a mutare nell’ambito del “dialogo” con le Corti europee, ed in particolar modo con la Corte europea dei diritti dell’uomo.

Per tale motivo, prima di procedere all’analisi dei più recenti orientamenti della Corte costituzionale sul tema, appare necessario ricordare brevemente la collocazione del principio della retroattività della legge più favorevole dell’ordinamento europeo, anche e soprattutto alla luce di recenti pronunce della giurisprudenza europea.

¹⁴ Corte costituzionale, n. 394/2006.

Il principio di retroattività favorevole ha trovato una propria consacrazione anche nell'ordinamento dell'Unione Europea, attraverso l'art 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che dopo aver stabilito, con una formulazione identica a quella dell'art. 7 CEDU, che “nessuno può essere condannato per una azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”, e “se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima”¹⁵.

Un riconoscimento esplicito di tale principio è stato effettuato anche dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea che, con la sentenza sul caso Berlusconi, ha affermato che l'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole rappresenta un principio internazionalmente riconosciuto, richiamato inoltre nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Pertanto esso fa “parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”¹⁶ e non va assolutamente considerato un principio giuridico puramente nazionale, ma

¹⁵ L'affermazione guadagna ovviamente ancora più importanza alla luce della rinnovata forza acquisita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE in seguito all'approvazione del Trattato di Lisbona, attraverso il quale viene sancito che la Carta “ha lo stesso valore giuridico dei trattati” (Art. 6.1 TUE).

¹⁶ CGCE, sent. 3 maggio 2005, § 68. Un'affermazione apodittica quella della Corte di Giustizia criticata aspramente dalla dottrina, cfr. CABIDDU M. A., *L'orologio, la bilancia e la spada*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005, 132; DAVIGO P., *I reati concernenti le false comunicazioni sociali. Tra prospettive comunitarie e legittimità costituzionale*, in DRAETTA U. – PARISI N. – RINOLDI D. (a cura di), *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007, pag. 188.

anche un principio generale del diritto comunitario di cui il giudice nazionale deve tenere conto.”

Questa affermazione della Corte di Giustizia, sebbene sia riferibile alle fattispecie alle quali risulta applicabile il diritto comunitario, arricchisce le argomentazioni di chi sostiene che il principio di retroattività della *lex mitior* dovrebbe aver riconosciuta una maggiore tutela all'interno del nostro ordinamento.

Per quanto riguarda la posizione del principio della retroattività della *lex mitior* nell'ordinamento della CEDU, è possibile constatare che fino alla pronuncia sul caso Scoppola¹⁷, la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo aveva affermato che l'art. 7, pur non impedendo un'applicazione retroattiva delle leggi penali di favore¹⁸, non garantisse il diritto a beneficiare della applicazione di una pena più mite prevista da una legge posteriore al reato. L'orientamento fu espresso per la prima volta nel caso *X c. Germania*¹⁹, e successivamente ripreso nelle pronunce relative ai casi *Le Petit c. Regno Unito* (2000) e *Zaprianov c. Bulgaria* (2003).

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009.

¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, G. c. Francia 27 settembre 1995.

¹⁹ In tale caso, nel quale il ricorrente era stato condannato a una multa per la violazione del codice sulle imposte nonostante la successiva abrogazione della disposizione interessata, i Giudici di Strasburgo rilevano che “nel caso di specie, una parte dei fatti posti a carico del ricorrente sono stati in qualche misura, oggetto di decriminalizzazione. Nondimeno l'azione del ricorrente, al momento in cui era stata commessa, costituiva un reato secondo il diritto nazionale ai sensi dell'art. 7,1, cosicché il ricorso è manifestamente infondato”.

Tale giurisprudenza è stata mutata dalla Corte nella già citata pronuncia sul caso Scoppola ²⁰ con la quale per la prima volta, così come auspicato in precedenza da autorevole dottrina ²¹, si è riconosciuto il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite "quale ulteriore proiezione del *nullum crimen sine lege*" ²².

Nella pronuncia in oggetto i giudici di Strasburgo hanno seguito un approccio "dinamico ed evolutivo" ed hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU. Si è affermato che dalla decisione *X. c Germania* del 1978, "si è formato progressivamente un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che contempla una pena più mite, anche posteriore alla commissione del reato, sia diventata un principio fondamentale del diritto penale" ²³.

²⁰ Con il ricorso davanti alla Corte Europea, Scoppola, condannato all'ergastolo con il rito abbreviato per omicidio, tentato omicidio e altri reati minori, sosteneva che lo Stato Italiano, in violazione dell'art. 7 CEDU avesse applicato retroattivamente il disposto del d.l. 341/2000 (che interpretava autenticamente l'art. 30 della l. 479/1999 disponendo che, in caso di accesso al rito abbreviato, alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno si sostituisse la pena dell'ergastolo, e non la reclusione di anni trenta) pur prevedendo lo stesso un trattamento sanzionatorio deteriore rispetto a quello previsto al momento dell'accesso al rito abbreviato da parte dell'imputato.

²¹ Cfr. SOYER, *L'article 7 dela Convention existe-t-il?*, in *Aa. Vv., Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Berlin 2000, pag. 1344, secondo il quale la Convenzione impone la retroattività della legge favorevole anche rispetto agli ordinamenti che non conoscono esplicitamente tale regola.

²² MANES V., *La lunga marcia della convenzione europea ed i "nuovi vincoli per l'ordinamento (e per il giudice penale interno)*, in (a cura di) MANES V. - ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pag. 29.

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 106. In particolare la Corte fa riferimento all'art. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo; al già citato art. 49.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; alla già citata sentenza 3 maggio 2005 della Corte di giustizia delle Comunità europee; all'art. 24.2 dello Statuto della Corte penale internazionale; alla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per i fatti nella ex-Jugoslavia (TPIY).

La Corte, quindi, ha mutato la propria giurisprudenza ed è giunta a ritenere che l'art. 7 CEDU non garantisce soltanto il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Corollario di tale affermazione è il fatto che in caso di divergenza tra la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali successive adottate prima della pronuncia della sentenza definitiva, il giudice dovrà applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo.

Così come argomentato in dottrina ²⁴, la sentenza Scoppola riecheggia il nostro art. 2, comma 4, c.p.

Il nuovo orientamento della Corte di Strasburgo è stato adottato non senza qualche contrasto interno ²⁵, ma è stato ribadito ancora di recente nella pronuncia sul caso Morabito ²⁶.

A tale proposito è opportuno rilevare che sin dai primi commenti sulla sentenza Scoppola, in dottrina ²⁷ si è osservato come nel caso di *abolitio criminis* il livello

²⁴ GAMBARDELLA M., *Il Caso Scoppola: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, cit., pag. 2026.

²⁵ Si fa riferimento alla dissenting opinion espressa dal giudice Nicolaou e condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajó, con la quale si afferma che il principio della *lex mitior* non può essere desunto dall'art. 7 della CEDU. In particolar modo si sottolinea che quando l'art. 7.1 CEDU è stato adottato, il principio della *lex mitior* non ne faceva parte e nulla ha lasciato intendere che si potesse pensare all'epoca ad una sua incorporazione nel principio di legalità e si ricorda che la giurisprudenza della Corte (Caso Johnston e altri c. Irlanda) ha affermato come non sia potere dei giudici di Strasburgo "estrarre dalla Convenzione, attraverso una interpretazione evolutiva, un diritto che non vi è inserito in partenza".

²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Morabito c. Italia, 27 aprile 2010, nella quale si è ribadito che "le disposizioni che definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività che includono anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'imputato".

²⁷ GAMBARDELLA M., *Il Caso Scoppola*, op. cit., pag. 2046 ss; in particolar modo in ordine alle legge meramente modificative egli osserva che "il controllo di ragionevolezza sulla norma

di garanzia prestato dal diritto interno, imperniato sul principio di uguaglianza, fosse maggiormente elevato rispetto a quello affermato dai giudici di Strasburgo, mentre in relazione alle ipotesi di successione meramente modificativa l'ordinamento nazionale apprestava una tutela di eguale livello rispetto a quella CEDU ²⁸.

Tale orientamento è stato assunto dalla Corte costituzionale con la sentenza 236/2011, nella quale la Consulta è stata nuovamente chiamata a valutare la legittimità costituzionale della ex legge Cirielli, stavolta alla luce di un diverso parametro costituzionale rappresentato dall'art. 117, c. 1, Cost., in rapporto alla norma interposta di cui all'art. 7 CEDU.

Operando "un ardito *distinguishing*" ²⁹, la Consulta ha sottolineato come dalla sentenza Scoppola non sia dato desumere l'affermazione di un principio di retroattività più favorevole che si differenzi per la sua rigidità da quello che aveva già trovato riconoscimento nella propria giurisprudenza.

mediante la ponderazione tra interessi contrapposti da affidare in prima battuta al legislatore nazionale e poi all'eventuale scrutinio della Corte costituzionale mira a garantire un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi fondamentali che si contendono il campo allo stesso modo del controllo di costituzionalità che si effettuerebbe attraverso il parametro dell'art. 117 integrato dalla norma CEDU".

²⁸ Sul diverso livello di tutela apprestato dai giudici costituzionali nei casi di *abolitio criminis*, nei quali il principio di retroattività della *lex mitior* ha uno statuto "fortissimo", e nei casi di modifica meramente migliorativa, per i quali la possibilità della deroga alla *lex mitior* non è esclusa in senso assoluto, vedi PULITANO', *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. Cost.*, 2008, pag. 950 e DODARO G., *Principio di retroattività favorevole e termini più brevi di prescrizione dei reati*, in *Giur. Cost.*, 2006, 4121 ss.

²⁹ In tal senso COLOMBI F., *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di corte cost. sent. 8 ottobre 2012 n. 230*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, pag. 6, nota 22.

A sostegno dell'argomentazione accolta, da un lato, si è ribadito che la Corte europea dei diritti dell'uomo “nulla ha detto per far escludere la possibilità che in presenza di particolari situazioni il principio di retroattività *in mitius* subisca deroghe o limitazioni”; e, dall'altro, si è sottolineato che “se la retroattività non può essere esclusa solo perché la pena più mite non era prevista al momento del fatto, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti”³⁰.

Siffatta argomentazione, invero affermata in maniera apodittica dalla Corte, è stata ritenuta “arbitraria se non addirittura capziosa”³¹, in quanto “trae dalla decisione dei giudici di Strasburgo dei significati reconditi che essa non palesa”.

Non si può non rilevare, inoltre, come osservato in dottrina³², che, confermando il proprio orientamento precedente alla sentenza Scoppola e pur affermando di essere in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, la Corte Costituzionale si sia posta in sintonia con la *dissenting opinion*³³ espressa da alcuni giudici di Strasburgo nel caso Scoppola: una posizione che costituisce una manifesta contraddizione in termini e rende palese la deviazione della Corte italiana rispetto alla “direzione di senso”³⁴ impressa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con le ultime pronunce.

³⁰ Corte costituzionale, Sentenza 236/2011.

³¹ FERRARI F, *Retroattività del regime della prescrizione riformata e garanzia dell'applicabilità della lex mitior nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un esempio di interpretazione costituzionale “creativa” dell'art. 7 della CEDU*, in *Europeanrights*, 29/2011, pag. 7.

³² POLI F., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista AIC* 3/2012, pag. 29.

³³ Vedi Supra, nota 284.

³⁴ Così MANES V., *La lunga marcia della Convenzione Europea*, op. cit., pag. 29.

Il giudice italiano ad ammettere deroghe anche in assenza di interessi quantomeno di pari rango a quello della retroattività della *lex mitior*, tanto da spingere alcuni autori a parlare della retroattività della *lex mitior* come “un principio a bassa intensità costituzionale”³⁵. Il riferimento al diritto sovranazionale richiederebbe, invece, un atteggiamento maggiormente restrittivo della Corte costituzionale nell’ammettere deroghe a tale principio.

Ad avvalorare la tesi contraria a quella prospettata dalla Corte costituzionale circa la presunta (e “naturale”) derogabilità del principio di retroattività *in mitius* così come declinato dai giudici di Strasburgo concorre il fatto che la stessa CEDU, all’art. 15, sancisce l’inderogabilità assoluta delle garanzie di cui all’art. 7, cui è stato ricondotto il principio di retroattività *in mitius*.

Da ciò la considerazione secondo cui il diritto a beneficiare della norma penale più favorevole riveste all’interno del sistema convenzionale un carattere se non di assolutezza ³⁶, quantomeno di principio soltanto eccezionalmente derogabile in presenza di “motivi imperativi di interesse generale”.

Tale clausola, pur non essendo mai utilizzata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo in relazione al principio di retroattività *in mitius*, può essere mutuata dalla consolidata giurisprudenza della medesima Corte EDU in relazione alla speculare materia dei limiti alla retroattività ³⁷.

³⁵ FERRARI F., *Retroattività del regime della prescrizione riformata e garanzia dell’applicabilità della lex mitior nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., pag. 3.

³⁶ In tal senso POLI F., op. cit., pag. 28.

³⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, Caso *Building societies c. Regno Unito*, ricorsi n. 21319/93, n. 21449/93 e n. 21675/93, sentenza 23 ottobre 1997; Caso *Forrer-Niedenthal c. Germania*, ricorso n. 47316/99, sentenza 20 febbraio 2003; Caso *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche De Castille e altri c. Francia*, ricorsi n. 42219/98 e n. 54563/00, sentenza 27

Così, se in materie diverse da quella penale la regola dell'irretroattività della legge può essere derogata dagli Stati soltanto in presenza di "motivi imperativi di interesse generale", allo stesso modo le deroghe alla regola della retroattività *in mitius* dovrebbero essere sottoposte al medesimo *strict scrutiny*³⁸ tanto da far ipotizzare una sorta di "presunzione di irragionevolezza" delle deroghe medesime superabile soltanto attraverso la dimostrazione da parte dello Stato della sussistenza dei motivi imperativi di interesse generale.

2. L'ambito di operatività della retroattività *in mitius*.

Posta la generale inderogabilità del principio di retroattività della *lex mitior* appare opportuno interrogarsi circa l'ambito di operatività di detto principio e di conseguenza individuare le norme penali che formano oggetto del principio di retroattività *in mitius* all'interno del nostro ordinamento,

A tal fine appare opportuno operare una distinzione tra la giurisprudenza della Corte costituzionale (e dei giudici di merito) del nostro Paese e la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo.

Per quanto riguarda la posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale sul significato della locuzione "disposizione più favorevole al reo", è opportuno segnalare come il giudice delle leggi con la sentenza n. 393/2006 abbia chiarito che questa può essere riferita a tutte quelle norme che apportano modifiche *in*

maggio 2004.

³⁸ Sulla necessità che eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior* debbano potersi giustificare "al metro e con la logica del diritto convenzionale" cfr. VIGANO F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., pag. 15.

melius alla disciplina della fattispecie criminosa (ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato).

Nonostante tale presa di posizione da parte della Consulta, però, bisogna notare che la Cassazione ³⁹, in contrasto col succitato indirizzo, è costante nell'affermare che le disposizioni riguardanti l'esecuzione della pena e le misure alternative alla detenzione non hanno carattere di norme sostanziali e pertanto sono sottratte alle regole dettate in materia di successione di leggi nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25, comma 2, Cost.

L'orientamento restrittivo della Suprema corte è riscontrabile anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I giudici di Strasburgo, ritenendo che il principio in esame sia un corollario del principio di legalità consacrato nell'art. 7 CEDU, hanno fissato limiti al suo ambito di applicazione desumendoli dalla stessa norma convenzionale, statuendo che "le norme in materia di retroattività contenute nell'art. 7 della Convenzione" concernono "le sole disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono" ⁴⁰.

³⁹ Per tutte Corte di Cassazione, n. 24561 del 2006.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Morabito c. Italia, 27 aprile 2010. In dottrina cfr. MARI A., *Retroattività della lex mitior e Convenzione europea dei diritti dell'uomo – osservazioni a C. cost., sent. (19) 22 luglio 2011, n. 236*, in Cassazione Penale, 2011, pag. 4158 secondo cui "nel concetto di "pena" elaborato dalla Corte Europea rientra unicamente la sanzione (e la sua misura) prevista a seguito della commissione di un reato, ma non tutte quelle disposizioni che attengono strettamente al profilo della sua applicazione oltre che alla fase dell'esecuzione." Vedi anche Corte europea dei diritti dell'uomo, Sentenza Kafkaris c. Cipro, 12 febbraio 2008.

Pertanto, così come rilevato dalla Corte costituzionale ⁴¹, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sono estranee all'ambito di operatività del principio delineato le ipotesi in cui non si verifica un mutamento favorevole al reo nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità.

3. L'*abolitio criminis* nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Circoscritto in tal modo l'ambito di applicazione della retroattività della *lex mitior*, vale la pena soffermarsi sulla figura della cd. *abolitio criminis*, in virtù del diverso trattamento che a tale figura viene riservato dall'ordinamento rispetto alle altre modifiche *in mitius* delle disposizioni applicabili al reo.

Se, infatti, in caso di mutamento favorevole della normativa si applica, ex art. 2, comma 4, c.p. quella più favorevole a quest'ultimo, "salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile" in caso di *abolitio criminis*, "se vi è stata condanna ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali".

In relazione all'istituto della cd. *abolitio criminis*, al di fuori dei casi di abrogazione *tout court* delle disposizioni incriminatrici, si è soliti operare una distinzione tra le ipotesi in cui essa avvenga in seguito alla modifica "immediata" della fattispecie di reato e quelle in cui l'abolizione derivi dalla successione nel

⁴¹ Così la Corte costituzionale nella sentenza 236/2011, con la quale si è affermato che il principio di retroattività in *mitius* riconosciuto dalla Corte Europea non può riguardare le norme sopravvenute che modificano in senso favorevole al reo la disciplina della prescrizione", in quanto tale istituto "indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 della Convenzione". Sul punto cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Coeme e altri c. Belgio.

tempo di norme cd. "integratrici" ⁴² e cioè alla modifica di norme diverse dalla disposizione incriminatrice.

Tale distinzione, però, sembra perdere di rilevanza in virtù della progressiva uniformazione del criterio adoperato dalla giurisprudenza di legittimità per individuare l'avvenuta "*abolitio criminis*".

Come ricostruito da una dottrina ⁴³, infatti, la più recente giurisprudenza della Cassazione si caratterizza per il consolidamento di un criterio univoco, quello c.d. strutturale ⁴⁴. per l'accertamento dell'*abolitio criminis*.

Al fine di accertare l'*abolitio criminis*, che comporta la perdita di rilevanza penale del fatto, l'interprete deve procedere al "confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, quella precedente e quella successiva all'intervento del legislatore" ⁴⁵.

Il criterio 'strutturale', affermatosi a partire dalla sentenza Giordano ⁴⁶ in relazione alle cd. modifiche immediate che incidono direttamente sul testo della norma incriminatrice, si è imposto attraverso alcune pronunce delle Sezioni

⁴² Il riferimento è alla modifica di norme penali, extrapenali o in alcuni casi extragiuridiche richiamate da elementi normativi, o alla modifica di norme definitorie o di norme che integrano "norme penali in bianco" .

⁴³ GATTA G. L., *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della corte di Cassazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010.

⁴⁴ Viene così accantonato il precedente orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite che sulla questione in esame si erano espresse, a partire dalla sentenza Tuzet (Cass. S.U., 23 maggio 1987), a favore del criterio del cd. "fatto concreto". In tal senso GATTA G. L., *op. cit.*

⁴⁵ Cfr. GATTA G. L., *op. cit.*

⁴⁶ Cassazione, sezioni unite, 26 marzo 2003, n. 25887.

Unite ⁴⁷, come criterio di accertamento dell'*abolitio criminis* anche nell'ipotesi delle c.d. modifiche mediate.

Da ciò la conseguenza che l'indagine sugli effetti penali della successione delle leggi, siano esse penali o extrapenali, va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto, verificando se la modifica incida su un elemento della fattispecie astratta e non essendo di per sé rilevante una mutata situazione di fatto.

4. Sulla retroattività della (proposta e momentaneamente ritirata) causa di non punibilità in materia di reati fiscali ex art. 15 dello schema di decreto legislativo sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente approvato il 24 dicembre 2014 dal Consiglio dei Ministri.

Il quadro appena tracciato risulta utile al fine di dare risposta ad un interrogativo che negli ultimi mesi ha alimentato il dibattito politico e giuridico, relativo alla possibile retroattività dell'art. 15 dello schema di decreto legislativo che recava disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, approvato il 24 dicembre 2014 dal Consiglio dei Ministri e successivamente ritirato dal Governo in seguito alle numerose critiche subite, il quale introduceva l'art. 19-bis al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, in materia di esclusione della punibilità.

⁴⁷ Su tutte Corte di Cassazione, sezioni unite, 27 settembre 2007, Magera; Corte di Cassazione, sezioni unite 28 febbraio 2008, Niccoli; Corte di Cassazione, sezioni unite 26 febbraio 2009, Rizzoli.

Tale articolo, rubricato –impropriamente – “Causa di esclusione della punibilità”, prevedeva che “per i reati previsti dal presente decreto [*ndr. D.lgs. n.74/2000*], la punibilità è comunque esclusa quando l'importo delle imposte sui redditi evase non è superiore al tre per cento del reddito imponibile dichiarato o l'importo dell'imposta sul valore aggiunto evasa non è superiore al tre per cento dell'imposta sul valore aggiunto dichiarata. Per tali fatti sono raddoppiate le sanzioni previste dal decreto legislativo n. 471 del 1997”.

L'interrogativo circa la naturale retroattività di tale disposizione, ed in particolar modo sulla sua capacità di operare un' *abolitio criminis* capace di sospendere la condanna erogata in seguito a sentenza già passata in giudicato, assumeva particolare rilevanza in relazione alla recente cronaca italiana.

Il riferimento è, chiaramente, alla vicenda giudiziaria che ha visto (e vede) come protagonista il senatore Silvio Berlusconi, condannato per i delitti di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, art. 2, e sottoposto da un lato alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, la cui durata è stata determinata in due anni con sentenza della Corte d'Appello di Milano del 19 novembre 2013, e contemporaneamente dichiarato decaduto dalla carica di parlamentare ai sensi del d.lgs n. 235/2012.

Al fine di dare risposta all'interrogativo circa la “portata retroattiva” è necessario verificare se, conformemente ai più recenti indirizzi giurisprudenziali della Corte di Cassazione e della Corte europea dei diritti dell'uomo, vi sarebbe stato un intervento del legislatore su un elemento strutturale della fattispecie astratta che

riflettere un avvenuto mutamento nella valutazione sociale del fatto, tale da portarlo a ritenere penalmente lecito.

In relazione a ciò va innanzitutto analizzato come nel caso della disposizione in esame pareva profilarsi una vera e propria “frode delle etichette” dovuta alla scelta del legislatore di rubricare l’art. 19-bis quale “causa di esclusione della punibilità”.

Non pare infatti che la soglia del 3%, al di sotto della quale sarebbe stata esclusa la punibilità dei reati previsti dal d.lgs. 74/2000, contenuta nell’art. 19-bis possa essere annoverata tra “quelle situazioni – concomitanti o susseguenti alla commissione di un fatto antiggiuridico e colpevole – che, per ragioni politico-criminali, escludono la punibilità del soggetto agente”⁴⁸.

Le cause di esclusione della punibilità in senso stretto a differenza delle cause di giustificazione, non incidendo né sulla antiggiuridicità né sulla colpevolezza, non riguardano la struttura del reato ma solo ed esclusivamente la punibilità.

Un esempio classico in tal senso è rappresentato dalla ritrattazione della falsa testimonianza ex art. 376 c.p. secondo cui *“nei casi previsti dagli articoli 371-bis, 371-ter, 372 e 373, nonché dall’articolo 378, il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento”*⁴⁹.

⁴⁸ Così, per la definizione di causa di esclusione della punibilità, MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, 2012, pag. 378.

⁴⁹ Insomma, la causa di esclusione della punibilità riguarda un fatto diverso da quello integrante l’illecito penale: rimane la qualificazione discendente dal disvalore sociale, ma l’intervento di ulteriori fatti esclude la potestà punitiva (o se si vuole, l’ordinamento sollecita ed incoraggia atti

Nel caso di specie era evidente, però, che l'individuazione in via generale ed astratta di una soglia al di sotto della quale l'evasione fiscale e gli altri reati fiscali previsti dal d.lgs 74/2000 non sono punibili, non riguardava semplicemente la possibilità dell'irrogazione della pena ma piuttosto comportava una vera e propria abolizione del reato.

In altri termini, la disciplina proposta non si limitava ad escludere la punibilità, per così dire in concreto, lasciando la qualificazione d'illecito del comportamento, ma direttamente interveniva sulla configurazione del reato e quindi sulla considerazione sul disvalore sociale della condotta, limitandone l'ambito di operatività. A questo punto le disposizioni relative al "nuovo" e "riscritto" reato avrebbero avuto una naturale retroattività e sarebbero state destinate ad avere effetto anche nei confronti di tutti coloro che erano stati condannati con sentenza definitiva per tali reati.

Tale applicazione retroattiva delle soglie di non punibilità, oltre ad essere coerente con i più recenti orientamenti delle Sezioni Unite in materia di *abolitio criminis*, si sarebbe posta in piena consonanza con la direzione di senso impressa a livello europeo, di far beneficiare l'imputato dell'applicazione della pena a lui più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del reato, e ciò anche in presenza di un formale giudicato, la cui intangibilità peraltro sembra in molti casi ormai destinata a cedere di fronte alle esigenze di giustizia sostanziale⁵⁰.

di recesso dalla condotta criminosa, se non di vero e proprio ravvedimento operoso, si da "scambiare" repressione penale e "nuova" condotta riparatrice).

⁵⁰ Cfr SCACCIANOCE C., *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Archivio Penale*, 2013. Sul punto si

Alcune considerazioni ulteriori appaiono opportune in seguito alla affermata volontà da parte del Governo di procedere, una volta ritirato lo schema di Decreto, ad una modifica della disposizione legislativa in modo tale da limitare la sua retroattività o, in alternativa, di procedere al rinvio dell'approvazione del decreto legislativo ad un momento successivo all'avvenuto scontare della pena da parte del sen. Berlusconi.

In merito alla prima questione appare appena il caso di accennare come una qualsiasi clausola che limiti la retroattività della causa di non punibilità prevista dall'art. 19-bis si porrebbe, per i motivi esposti in precedenza, in palese contrasto con l'art. 7 CEDU così come interpretato dalla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte costituzionale. Tale violazione sarebbe peraltro di cristallina evidenza qualora tale deroga al principio di retroattività *in mitius* non sia giustificata dalla necessità di salvaguardare rilevanti interessi di livello costituzionale nella fattispecie difficilmente individuabili.

In relazione alla seconda questione pare opportuno soffermarsi sulle conseguenze che l'approvazione della suddetta clausola, seppur successivamente alla conclusione della pena da parte del sen. Berlusconi, avrebbe sulla incandidabilità ad esso comminata – ex lege – così come previsto dall'art. 1 d.lgs. 235/2012.

registra una posizione contraria della giurisprudenza costituzionale italiana che con la sentenza n. 210/2013 ha ritenuto che "il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici non è estraneo alla Convenzione, al punto che la stessa sentenza Scoppola vi ha ravvisato un limite all'espansione della legge penale più favorevole".

É evidente, infatti, come – indipendentemente dal riconoscimento della natura “sanzionatoria” delle disposizioni contenute nel decreto Severino ⁵¹ – l’incandidabilità sia ascrivibile agli “effetti penali della condanna” di cui all’art. 2, comma 3, c.p., che peraltro si protraggono al di là della durata della pena comminata, e di conseguenza sono destinati a cessare immediatamente in virtù dell’intervenuta *abolitio criminis*.

Anche a voler accedere infatti alla tesi, peraltro autorevolmente sostenuta in dottrina e condivisa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che individua l’incandidabilità come una “misura di profilassi parlamentare” ⁵², dal fine primario di “allontanare dallo svolgimento del rilevante munus pubblico i soggetti la cui radicale inidoneità sia conclamata da irrevocabili pronunce di giustizia”, non si può non rilevare come l’intervenuta *abolitio criminis* sancirebbe una modifica nella valutazione sociale della condotta per cui un soggetto è stato condannato.

Tale condotta, non essendo più considerata reato dal momento successivo all’approvazione dell’art. 19-bis, non avrebbe rappresentato più una “condotta antisociale e deviante” tale da giustificare la limitazione dell’elettorato passivo. Né pare possibile escludere tale naturale conseguenza ricollegando il sopravvenire dell’incandidabilità al mero fatto dell’avvenuta condanna in quanto, come si è già argomentato ⁵³, recidere completamente il legame tra

⁵¹ Sul punto cfr., se si vuole, LANZAFAME A., *Il ne bis in idem vale anche per le sanzioni amministrative di natura afflittiva: la corte di Strasburgo conferma l’approccio sostanzialistico e traccia la strada per il superamento del “doppio binario”*, in *Federalismi.it*, 2014 pag. 8.

⁵² MANNA A., *L’incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l’irretroattività della norma penale*, in *Archivio Penale*, gennaio – aprile 2014., pag. 7.

⁵³ LANZAFAME A., *op. cit.*, pag. 12.

conseguenze della sentenza di condanna e fatti di reato sulla base dei quali essa è stata emessa imporrebbe di ritenere che la conseguenza (sfavorevole della incandidabilità) si imponga al cittadino condannato non in conseguenza dei fatti commessi dallo stesso, ma per la mera circostanza dell'intervento della sentenza.

Da ciò emerge con chiarezza come la rinuncia definitiva all'inserimento della clausola in oggetto nel nuovo schema di decreto di riforma dei reati tributari che sarà approvato dal Governo nei prossimi mesi rappresenti l'unico modo per impedire che una simile disposizione espliciti effetti in relazione alle vicende relative all'ex Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi.

È, peraltro, poco corretto ritenere che una decisione definitiva in tal senso da parte del governo sarebbe priva di "esternalità negative" e di costi sociali, posto che il continuo volere e disvolere da parte dei pubblici poteri in relazione ad una determinata materia è foriero di ricadute, non soltanto sul piano della legittimazione dei medesimi poteri ma anche sul piano della responsabilità derivante dalle lesioni dell'affidamento generate dal susseguirsi di annunci ed azioni in continua contraddizione ⁵⁴.

⁵⁴ Il riferimento è alla possibilità di configurare una sorta di "responsabilità da annuncio" in capo al governo per i danni che dovessero derivare ai cittadini, ed in particolar modo agli operatori economici, in seguito al ritiro di disposizioni contenute in atti aventi forza di legge annunciati e/o adottati ma non ancora emanati. Si pensi al caso in cui il Governo annunci l'avvenuta adozione di incentivi per l'acquisto di determinate tipologie di apparecchiature elettroniche. Il solo annuncio, fatto da un soggetto "qualificato" e corredato dalla presentazione alla stampa dell'atto adottato, avrebbe come immediata conseguenza l'aumento delle quotazioni in borsa delle società che producono tali apparecchiature e indurrebbe nel giro di pochi giorni gli operatori economici ad effettuare investimenti, anche importanti, nella produzione dei suddetti apparecchi.

Qualora, nei giorni successivi all'adozione dell'atto, prima della sua emanazione il Governo provvedesse al ritiro delle disposizioni che prevedono gli incentivi, chi risponderebbe del danno che tutti gli operatori economici coinvolti (imprese, investitori professionali, cittadini-risparmiatori) patirebbero in seguito al ritiro del provvedimento? E' chiaro, infatti, che l'affidamento ingenerato dall'annuncio del Governo presenta due degli elementi individuati dalla giurisprudenza costituzionale ed europea quali requisiti

5. Conclusioni: l'attualità delle questioni di diritto intertemporale tra tutela dell'affidamento e libertà di autodeterminazione del singolo.

Il riferimento alle disposizioni contenute nel d.lgs. 235/2012 in materia di incandidabilità, di decadenza e di sospensione dalle cariche pubbliche in seguito alla condanna per alcune tipologie di reato, è occasione per tornare ancora una volta su un'ulteriore questione di diritto intertemporale di stringente attualità, e cioè quella relativa alla legittimità costituzionale di tali disposizioni, anche con riferimento all'art. 7 CEDU, nella misura in cui queste si applichino retroattivamente per fatti compiuti precedentemente alla loro introduzione nel nostro ordinamento.

strutturali dell'affidamento legittimo, e precisamente quello della ragionevolezza e quello della buona fede, intesa non come condizione psicologica soggettiva quanto piuttosto come assenza di condizioni oggettive tali da impedire l'ingenerarsi dell'affidamento. Posta la legittimità dell'affidamento da tutelare, che non si configurerebbe nel caso di specie come una mera aspettativa di fiducia del cittadino priva di rilievo costituzionale, se si è di fronte ad una responsabilità in capo al governo. Il problema può essere posto nei termini se la responsabilità giuridica, oltre che politica, prevista dall'art. 77 Cost. in relazione all'adozione dei decreti legge rappresenti un'ipotesi tipica non applicabile in via analogica, o piuttosto sia espressione del principio secondo cui il Governo è responsabile in sede civile, amministrativa e penale, dei danni derivanti dai propri atti e/o comportamenti e di conseguenza sia chiamato a rispondere dei danni direttamente derivanti dalle situazioni di incertezza nei rapporti giuridici ed economici generate dai propri atti e/o comportamenti, specialmente quando questi siano adottati in violazione dei principi di correttezza e di buona fede che nell'esercizio dei pubblici poteri si traducono nell'obbligo da parte di questi ultimi di valutare e ponderare l'interesse pubblico con l'interesse correlato all'affidamento dei cittadini. Altro problema è quello della prova e della quantificazione dei possibili danni.

Tale questione, oggetto di diversi interventi in dottrina ⁵⁵, di grande rilievo anche in relazione alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Campania con l'ordinanza n. 1801/2014 nell'ambito della vicenda De Magistris ⁵⁶.

Come è noto il TAR Campania ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, primo comma, lettera a) del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, in relazione all'art.10, primo comma lettera c) del medesimo decreto legislativo perché la sua applicazione retroattiva si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 4, secondo comma, 51, primo comma e 97, secondo comma, Cost.

Senza entrare nel merito della vicenda posta alla base di tale ordinanza, sia qui consentito esplicitare alcune perplessità in ordine alla sufficienza delle disposizioni costituzionali individuate dal giudice remittente quale parametro del giudizio di legittimità costituzionale della legge ⁵⁷.

⁵⁵ MAZZA O., *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla "legge Severino")*, in Archivio Penale, Gennaio-Aprile 2014; MANNA A., *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in Archivio Penale, Gennaio – Aprile 2014; SEVERINI A., *La presunta incostituzionalità del Decreto Severino: tattica dilatoria o dubbio non manifestamente infondato?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; GALGANI B., *Le vicende dell'incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali: distingue frequenter*, in Archivio Penale, Gennaio – Aprile 2014; GAMBARDELLA M., *"Legge Severino" in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.)*, in Archivio Penale, Gennaio- Aprile 2014. Sul punto cfr. anche GUZZETTA G., *Parere Pro Veritate* allegato al Ricorso Berlusconi c. Italia.

⁵⁶ La vicenda riguarda il ricorso presentato dal Sindaco di Napoli Luigi De Magistris avverso il provvedimento n. 87831 del 1° ottobre 2014 con il quale il Prefetto della Provincia di Napoli ha dichiarato di aver accertato nei confronti dello stesso, la sussistenza della causa di sospensione dalla carica di cui all'art. 11, primo comma, lettera a) del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, in seguito all'avvenuta condanna in primo grado con sentenza n. 3928/12 del Tribunale di Roma per reati di cui all'art. 323 c.p.

⁵⁷ Il giudice remittente, infatti, soprassedendo sulla questione del divieto di retroattività dei provvedimenti sanzionatori, si è limitato a censurare la ragionevolezza della limitazione retroattiva dell'elettorato passivo nell'ipotesi in cui la sospensione dalla carica sia prevista in

Si rileva infatti come il giudice omettendo di integrare il parametro di valutazione della legittimità delle disposizioni in questione con il riferimento all'art. 7 CEDU abbia di fatto perso l'occasione di chiedere alla Corte costituzionale se le disposizioni in materia di incandidabilità/decadenza abbiano natura "sostanzialmente sanzionatoria" e siano di conseguenza sottoposte al divieto di retroattività imposto dalla succitata disposizione convenzionale. Ciò appare ancor più irragionevole stante il fatto che è stato lo stesso Tar Campania a sottolineare la natura "indiscutibilmente sanzionatoria" di tali disposizioni affermando correttamente come *"riconoscere natura sanzionatoria, e comunque afflittiva, agli istituti dell'incandidabilità, sospensione e decadenza non significa affatto negare l'esistenza di ulteriori finalità, anche principali, che la disciplina legislativa in esame pone a fondamento della propria giuridica esistenza"*.

Secondo il giudice amministrativo il divieto di applicazione retroattiva delle disposizioni in materia di incandidabilità *"non potrebbe trovare copertura costituzionale ai sensi dell'art. 25, secondo comma della Carta, attraverso la qualificazione in termini sanzionatori o comunque punitivi nelle cause di incandidabilità, sospensione e decadenza previste dal d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, atteso che secondo costante giurisprudenza costituzionale, l'invocato*

caso di condanna non definitiva. Secondo il Tar Campania infatti in tal caso si verificherebbe *"un eccessivo sbilanciamento in favore della previsione normativa di tale misura cautelativa di salvaguardia della moralità dell'amministrazione pubblica rispetto all'ampio favor da riconoscersi alle facoltà di pieno esercizio del diritto soggettivo di elettorato passivo di cui all'art. 51, primo comma della Costituzione, da ritenersi inviolabile ai sensi dell'art. 2 della Carta, nonché posto a fondamento del funzionamento delle istituzioni democratiche repubblicane, secondo quanto previsto dall'art. 97, secondo comma, ed infine espressione del dovere di svolgimento di una funzione sociale che sia stata frutto di una libera scelta del cittadino, ai sensi dell'art. 4, secondo comma"* (TAR Campania, ordinanza n. 1801/2014).

principio si riferisce alle sole sanzioni penali (Corte Costituzionale, 31 marzo 1994 n. 118, 14 luglio 1988 n. 823, 3 giugno 1992 n. 250; 14 aprile 1988 n. 447) e, a giudizio del Collegio, all'istituto della sospensione di cui all'art. 11 del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, sebbene difficilmente possa essere negata efficacia sanzionatoria, non può essere riconosciuta anche natura penale". Tale impostazione non tiene conto delle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, anche alla luce del serrato dialogo avviato con la Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto intertemporale.

Se, infatti, ai fini della definizione dei limiti al divieto di retroattività, la materia "penale" è stata interpretata dalla giurisprudenza costituzionale in senso restrittivo come comprensiva solamente delle "norme penali incriminatrici o introduttive di nuove pene ovvero incrementative delle pene stesse"⁵⁸, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, ha delineato una nozione di "materia penale" dalla quale è possibile ricavare il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto⁵⁹.

La Corte EDU con un approccio pragmatico è giunta a ritenere che le garanzie penalistiche (e in particolar modo il divieto di retroattività) si applicano al di là delle etichette formali⁶⁰ e invita ad andare "*behind the appearances*", e a squarciare il velo formale per attingere alla sostanza delle cose, verificando se

⁵⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 246 del 1992.

⁵⁹ In tal senso FALCINELLI D., *Schemi di "vera" sanzione penale e limiti di retroattività applicativa, ovvero prove di forza/compatibilità tra politica criminale nazionale e CEDU*, in <http://diritti-cedu.unipg.it>

una certa “*infraction*” o una certa sanzione abbia caratteristiche tali da risultare sostanzialmente o intrinsecamente punitiva, quindi assimilabile alla sanzione o all’illecito penale ⁶¹.

Ciò è avvenuto attraverso l’individuazione di alcuni indici, i cd. criteri Engel ⁶², quali la natura della misura, la sua finalità e gravità, la sua qualifica nel diritto interno e la tipologia del procedimento di irrogazione ed esecuzione, rivelatori della natura sostanzialmente afflittiva della misura sanzionatoria imposta dal legislatore ⁶³.

Tale orientamento della Corte europea dei diritti dell’uomo sembra essere stato, peraltro, ripreso anche dal Giudice delle leggi che nella sentenza 196/2010 ha affermato che è possibile ricavare dalla giurisprudenza di Strasburgo «il

⁶⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, Sentenza Engel e altri c. Paese Bassi, 8 giugno 1976, “Se gli stati contraenti potessero qualificare a loro modo un’infrazione come di natura disciplinare piuttosto che come penale (...) l’operatività delle disposizioni fondamentali degli articoli 6 e 7 si troverebbe subordinata alla loro volontà sovrana”.

⁶¹ MANES V., *La lunga marcia della convenzione europea ed i “nuovi vincoli per l’ordinamento (e per il giudice penale interno*, in (a cura di) MANES V. - ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pag. 38.

⁶² Corte europea dei diritti dell’uomo, Sentenza Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976. Come specificato dalla più recente giurisprudenza della Corte EDU, ““tali criteri sono alternativi e non cumulativi” (Corte europea dei diritti dell’uomo, Sentenza Grande Stevens ed altri contro Italia, 4 marzo 2014, § 94).

⁶³ In tal senso attenta dottrina (MAUGERI A. M., *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?*, In *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013) ripercorre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, evidenziando come attraverso tali criteri la Corte abbia ricondotto all’interno della “materia penale” diverse tipologie di provvedimenti tutti accomunati dal medesimo carattere afflittivo: l’illecito amministrativo punitivo, si pensi alle Ordnungswidrigkeiten dell’ordinamento tedesco o ai Verwaltungsstrafverfahren dell’ordinamento austriaco, le sanzioni disciplinari, alcune tipologie di misura di sicurezza preventiva come la tedesca Sicherungsverwahrung, le sanzioni interdittive pecuniarie irrogate dalla Commissione Bancaria in Francia.

principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», e quindi, così come osservato in dottrina ⁶⁴, anche al rispetto del principio di irretroattività sfavorevole della legge penale di cui all'art. 7 CEDU .

La scelta del TAR Campania di non tener conto dei più recenti arresti giurisprudenziali europei e della loro influenza sulle più recenti pronunce della Consulta in materia di irretroattività della legge, oltre ad apparire fuorviante ai fini della definizione della questione di legittimità costituzionale di tali disposizioni, tradisce una minore sensibilità da parte della giurisprudenza di merito ⁶⁵ rispetto a quella europea in relazione alle necessità di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e di salvaguardia dei diritti individuali poste alla

⁶⁴ In tal senso FALCINELLI D., *op. cit.*

⁶⁵ Si segnala, in controtendenza rispetto a tale orientamento, una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n.14044/13 con la quale, in riforma di un precedente e consolidato orientamento, si è affermata la natura oggettivamente sanzionatoria della confisca misura di prevenzione, riconoscendo l'applicazione del principio costituzionale di irretroattività. In particolar modo in tale pronuncia i giudici di piazza Cavour ricavano dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo, che possono essere qualificate come "forme di reazione al reato", devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto.

base del divieto di retroattività tanto in materia penale quanto in materia civile ⁶⁶ e/o amministrativa.

In realtà, quella che a prima vista può essere derubricata come una diversa sensibilità in materia di diritto intertemporale della giurisprudenza europea rispetto ai giudici nazionali, Consulta compresa, si traduce in una mancata valorizzazione da parte di questi ultimi di principi fondamentali di carattere generale posti alla base di un ordinamento unitario ⁶⁷ nel quale la cultura costituzionale e quella europea si fondono e confondono.

Da ciò la necessità di una progressiva riduzione di tale distanza di tutela generata dalla diversità di atteggiamento tra la giurisprudenza italiana e quella europea in materia di retroattività con l'affermazione di un univoco orientamento

⁶⁶ Il riferimento è al serrato dialogo in materia di legittimità di disposizioni legislative retroattive (ed in particolar modo di cd. "interpretazione autentica") avvenuto tra la Corte Costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo nella vicende relative al trasferimento del personale degli enti locali nei ruoli del personale ATA (Corte Costituzionale, Sentenza n. 311/2009; Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia) e alle cd. "Pensioni Svizzere" (Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 maggio 2011, Maggio e altri c. Italia; Corte Costituzionale, Sentenza n. 264/2012). Cfr. *ex multis* VALENTINO A., *Il Principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2012; VALENTINO A., *Ancora sulle leggi d'interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. "pensioni svizzere"*, in Osservatorio AIC, settembre 2013; MASSA, *La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanza tra le corti sul tema della retroattività*, in Quaderni Costituzionali, 2013.

⁶⁷ Sul punto cfr. CARIOLA A., *Integrazione processuale vs. integrazione sostanziale*, in CIANCIO A. (a cura di) *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, che afferma come "almeno nell'ordinamento dell'UE deve riconoscersi che si è di fronte ad un sistema unitario e che allora ogni giudice in questo ambito deve applicare per intero il diritto esistente nelle parti coerenti rispetto ai valori fondanti" in quanto "se si muove dai diritti e dalla necessità della loro tutela la soluzione non può essere che quella del riconoscimento ad ogni istanza giurisdizionale della necessità di conoscere dell'intero ordinamento e di applicarlo in conformità ai suoi valori fondanti, cioè a dire in coerenza con la tutela da accordare ai diritti".

restrittivo tanto in materia penale quanto in materia civile, al fine di ribadire l'esistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di irretroattività posto a garanzia della certezza del diritto⁶⁸ che, al pari della tutela del legittimo affidamento⁶⁹, si pone quale strumento di "difesa contro l'arbitrio dei soggetti investiti della produzione delle norme"⁷⁰ e garantisce l'attuazione del principio di auto-determinazione del soggetto indipendente e responsabile da cui traggono linfa varie libertà costituzionali⁷¹.

Tale necessità appare ineludibile se si riflette, come suggerito da autorevole dottrina⁷², sul fatto che i problemi sottesi ad un rapporto non corretto tra il diritto e il tempo non possono essere analizzati esclusivamente sotto il profilo della legittimità, ma pongono problemi più profondi che corrono sul crinale della

⁶⁸ Sul rapporto tra il principio di certezza del diritto e il principio di tutela dell'affidamento cfr. CARNEVALE P., *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, 2012.

⁶⁹ Tale principio rappresenta da tempo un tema centrale nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali europee, e in particolar modo della Corte costituzionale della Repubblica federale tedesca, che hanno affrontato il problema della tutela delle aspettative generate dal legislatore. Di recente peraltro l'argomento della tutela dell'affidamento, o per meglio dire dell'*espérance légitime*, è stato utilizzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per censurare interventi legislativi retroattivi da parte dei parlamenti europei. A tal proposito si richiamano le pronunce *Lecarpentier e altri c. Francia* e *Achache c. Francia* nelle quali la Corte EDU ha affermato come l'affidamento del cittadino costituisca un vero e proprio bene che rientra nell'ambito di tutela previsto dalla CEDU per il diritto di proprietà. Per una più ampia trattazione sul tema si rimanda alla nota e risalente monografia di MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970.

⁷⁰ ROSELLI F., *Sull'affidamento del cittadino*, in *Scintillae Iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994. pag. 321.

⁷¹ Cfr. MESSINEO D., *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, pag. 4.

⁷² LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giurisprudenza Italiana*, luglio 2007., pag. 2097.

legittimazione delle istituzioni: già si notava che un abuso della retroattività può determinare “generale sfiducia nelle istituzioni considerate ormai frivole e tali da non giustificare alcun serio affidamento”⁷³.

Allora, una critica che può elevarsi nei confronti della giurisprudenza costituzionale è di scindere e frantumare i problemi relativi all'efficacia temporale del diritto sopravvenuto sì da distinguere tra (vero e proprio) principio di irretroattività della norma penale ed applicabilità di discipline più favorevoli a rapporti precedenti o già definiti. In tal modo la giurisprudenza costituzionale trascura che i fenomeni di diritto intertemporale attengono ad un'unica tematica che rimane quella del rapporto autorità – libertà e dell'affidamento del cittadino.

Il trattamento (penale) più favorevole è frutto di una mutata concezione sociale e culturale dei fatti: è naturale che la disciplina intervenuta successivamente si applichi anche ai rapporti precedenti. Lo esige, tra l'altro, una corretta applicazione del principio di uguaglianza, ad evitare che fatti uguali risultino avere trattamento giuridico diverso⁷⁴, le volte in cui ciò sia ancora possibile.

In quest'ottica affermare limiti stringenti sia alle deroghe al principio di retroattività *in mitius* sia alla retroattività degli interventi normativi in tutti gli ambiti della vita sociale significa non solo tutelare l'affidamento del cittadino ma anche dare nuova linfa all'ideale “che il diritto possa prevalere sulla volontà

⁷³ QUADRI R., *Applicazione della legge in generale* in (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del Codice Civile*, Roma, 1978, pag. 85.

⁷⁴ Se si vuole, è come se la legge “nuova” volesse riscrivere e/o ricreare la storia (cfr. ORWELL G., 1984, Milano, 2013) nei limiti in cui ciò è possibile per il decorso del tempo il quale impedisce di certo di rimettere in discussione i rapporti completamente esauriti.

politica, che siano le regole, e non gli uomini, *ed il loro arbitrio, a governare*" ⁷⁵. Vale soprattutto affermare ancora una volta il "divieto di funzionalizzazione del patrimonio di umanità recato dall'individuo sull'altare delle esigenze collettive" ⁷⁶ ed il conseguente primato del diritto (e dei diritti) sul potere in ogni sua manifestazione.

A fronte di un legislatore che, parafrasando Dworkin, "non prende sul serio i diritti" ⁷⁷, tale compito non può che essere affidato ai giudici nel loro ruolo di tutori delle libertà consacrate nelle carte costituzionali prima ancora che di garanti dell'esatta applicazione della norma ⁷⁸. Da ciò il dovere da parte di questi ultimi, chiamati a "difendere i diritti dei cittadini e a proteggerli anzitutto contro lo Stato e le sue leggi" ⁷⁹, di non piegarsi di fronte alle esigenze contingenti del legislatore e di affermare la dignità costituzionale di principi quali la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento capaci di limitare "l'onnipotenza della legge" ⁸⁰, al fine di evitare che "la difficoltà di fare assegnamento sulla ragionevole stabilità degli atti di esercizio dell'autorità pubblica generi un sentimento umiliante di sottoposizione all'arbitrio" ⁸¹.

⁷⁵ BIN R., *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, pag. 48, corsivo aggiunto.

⁷⁶ MESSINEO D., *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali*, op. cit., pag. 22.

⁷⁷ DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

⁷⁸ Cfr. CARIOLA A., *L'integrazione dei parametri di legittimità*, in *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino, 2012. pag. 236.

⁷⁹ BIN R., *Lo Stato di diritto*, cit. pag. 62.

⁸⁰ Sull'onnipotenza della legge come "costante minaccia delle libertà individuali" cfr. BIN R., *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, pag. 29.

⁸¹ ROSELLI F., *Sull'affidamento del cittadino*, in *Scintillae Iuris*, Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994, pag. 320.

** Dottore di ricerca presso l'Università di Napoli Federico II e cultore della materia presso l'Università di Catania.

Forum di Quaderni Costituzionali

ionali