

**Fra deroghe alla retroattività della *lex mitior* e collocazione delle norme Cedu:
ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale.
Nota a margine della sentenza 236/2011***

di Edmondo Cacace**

1. Il caso: l'oggetto della sentenza. – 2. Problematiche relative a fondamento e limiti del principio di retroattività delle norme penali più favorevoli. – 3. Relazioni fra ordinamento interno e Cedu. – 4. Segue. Considerazioni sui margini di adeguamento rispetto all'interpretazione della Corte edu.

1. Interessante, sotto diversi profili, è la sentenza che qui si commenta: tale pronuncia infatti ha modo di affrontare contestualmente due diverse questioni di notevole importanza sistematica, di respiro pluridisciplinare e più volte prese in esame singolarmente dal Giudice delle leggi.

Dopo aver riunito i giudizi e dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate dalle Corti di Appello di Bari e di Venezia, la Corte Costituzionale procede infatti ad analizzare l'analoga questione di legittimità proposta dalla II sezione penale della Cassazione che dubita della legittimità costituzionale dell'art. 10 comma III della l. 251/2005, come risultante a seguito della sentenza parzialmente ablativa 393/2006. In questa precedente decisione infatti la Corte, vagliando alla luce del principio di ragionevolezza la norma transitoria che stabiliva l'indiscriminata applicazione delle precedenti disposizioni in materia di prescrizione, anche se più severe, a tutti i processi già pendenti – derogando così al principio di retroattività della norma più favorevole in ambito penale –, ha dichiarato la parziale illegittimità della stessa, restringendone l'operatività ai soli procedimenti già pendenti in grado di appello o di cassazione.¹ Dopo che la stessa Corte, nella sentenza 72/2008, aveva già rigettato la questione di legittimità relativa all'impianto risultante dal proprio precedente intervento e sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, la Cassazione ripropone dunque alla Corte Costituzionale di ritornare sulla ricostruzione conseguente alla propria decisione del 2006, suggerendo una modifica del parametro di giudizio e invocando così la violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto parametro interposto e quindi integrativo dell'art. 117 I comma della Costituzione.

Innanzitutto può osservarsi che, in riferimento alla specifica questione di legittimità sottoposta dal giudice remittente, la Corte decide di non discostarsi dall'impianto teorico elaborato in precedenza, ribadendo in termini generali sia la ricostruzione relativa al rango e alla derogabilità del principio della retroattività della legge penale più favorevole, sia la collocazione nell'ordinamento italiano delle norme della Convenzione EDU. Ciò nonostante, nelle argomentazioni che la Corte utilizza nel motivare la propria decisione, emergono delle interessanti novità, foriere di futuri sviluppi.

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 In proposito, I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem, due decisioni dall'impostazione divergente (sentt. 393 e 394 del 2006)*, in www.forumcostituzionale.it

2. Riguardo alla prima questione, la Corte Costituzionale dà continuità alla propria giurisprudenza ed esclude, in modo condivisibile, che il principio di retroattività della disposizione penale più favorevole sancito dall'art. 2 comma II c.p. abbia fondamento nell'art. 25 II comma Cost. che, nel sancire il cd. principio di legalità penale, conferisce rilievo costituzionale al solo divieto di irretroattività della norma penale sfavorevole (cfr. 6/1978, 74/1980 80/1995, 215/2008 e soprattutto 394/2006). Differenti sono infatti le logiche sottese ai due istituti, in quanto solo nel secondo la Corte ravvisa un'esigenza di tutela dell'autodeterminazione e quindi in via diretta della libertà personale, in ragione della necessità di conoscere in anticipo le fattispecie incriminatrici per poter orientare di conseguenza le condotte individuali. La regola secondo cui la *lex mitior* debba trovare applicazione retroattiva ha invece la sua *ratio* nell'evitare ingiustificate e disomogenee applicazioni delle sanzioni penali, non avendo tendenzialmente giustificazione punire più severamente, con l'incisivo rigore della sanzione penale, comportamenti successivamente valutati in modo meno grave dall'ordinamento. Per tale ragione, la Corte rileva che anche il principio di retroattività della norma penale più favorevole abbia un fondamento costituzionale, ma che esso sia radicato nel principio di uguaglianza e che pertanto possa subire delle deroghe nella misura in cui la valutazione politica del legislatore appaia sorretta dal principio di ragionevolezza. La corretta ricostruzione dei diversi fondamenti costituzionali dei due principi ha come conseguenza pertanto che mentre la irretroattività della legge sfavorevole sia inderogabile e quindi insuscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali – in quanto, integrandosi con la riserva di legge in materia penale e la necessità di una adeguata tassatività e determinatezza delle fattispecie incriminatrici, può ritenersi che finisca per rappresentare un elemento *cumstanziale* alla stessa forma di Stato liberale e democratica² –, la retroattività della legge penale più favorevole rappresenti un principio regolare, ma sia derogabile nella misura in cui un'eccezione legislativa alla stessa risulti conforme al principio di ragionevolezza.

La sentenza in commento, tuttavia, nel ribadire tale consolidata elaborazione e nel decidere anche in base ad essa di rigettare la questione sottoposta, sembra aggiungere un tassello argomentativo ulteriore, non in linea con la complessiva cultura di garanzia che è sottesa agli esposti ragionamenti. Nell'affermare che il principio di uguaglianza è il fondamento della retroattività della legge penale più favorevole, la Corte esplicita che lo stesso principio ne rappresenta anche il limite e sottolinea, soprattutto, che condizione perché esso possa operare è la presenza del requisito dell'omogeneità dei contesti fattuali o normativi in cui si succedono le norme nel tempo. Fra le righe di tali argomentazioni si rischia tuttavia di celare un possibile restringimento delle maglie delle valutazioni della Corte in tale delicato ambito, cosicché finisca per risultare consentito un *quid minoris* di sindacato rispetto all'intensità del vaglio di ragionevolezza elaborato nella precedente sentenza 393/2006. Il rischio di questa possibilità sembra confermato anche alla luce dell'enunciato seguente in base al quale la Corte non solo afferma che il principio di retroattività della *lex mitior* possa subire delle ragionevoli eccezioni, ma

² Per un approfondimento di tale considerazione, sia consentito rinviare al contributo E. CACACE, *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni fra fonti primarie e secondarie*, in corso di pubblicazione sulla rivista *Giurisprudenza Costituzionale*.

espressamente statuisce che esso non possa non subire delle eccezioni (Cons. dir. punto 13). Tale ulteriore passaggio non è di poco conto: oltre a non apparire affatto un approdo obbligato nel ragionamento, rischia al contrario di capovolgere la logica garantista entro i cui binari si muove solitamente la Corte nella materia *de quo*. Se da un lato risulta infatti condivisibile la distinzione fra il fondamento, la prevalente logica sottesa e quindi la inderogabilità o meno dei due diversi principi dell'irretroattività della norma penale sfavorevole e della retroattività di quella successiva più favorevole, dall'altro non pare tuttavia ammissibile un capovolgimento del sindacato di ragionevolezza di una norma che deroghi al principio di retroattività di quella più favorevole che da tale ulteriore ragionamento rischia di emergere. Un conto è infatti sostenere che ragionevoli deroghe al principio sono ammissibili, nell'ottica di un giudizio di "stretta" ragionevolezza e in quanto in concreto vi siano specifiche esigenze che le giustifichino; altro è invece muovere dall'idea che affinché la *lex mitior* possa essere applicata retroattivamente in ambito penale si debba in concreto verificare una specifica omogeneità dei contesti fattuali o normativi, logica quest'ultima che rischia di essere introdotta dall'ulteriore passaggio motivazionale della Corte. Di tale differenza la stessa Corte sembrava consapevole allorquando, nella sentenza 393/2006, stabiliva che affinché il principio di retroattività della legge penale favorevole potesse essere derogato risultasse necessario il superamento di «un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole» (Cons. dir. punto 6.3).

È nota la delicatezza del giudizio di ragionevolezza, quantomeno per il suo confinare con le scelte discrezionali del legislatore, ed è nota altresì la difficoltà di operare ricostruzioni che abbiano la pretesa di distinguere in modo dogmatico i vari tipi e meccanismi con cui esso si manifesta.³ Pertanto, in linea con la brevità di questo lavoro, ci si limita ad osservare che nel caso di specie vengono in rilievo una pluralità di interessi costituzionali, in quanto, di fianco ai rapporti e alle differenze che intercorrono fra i principi ricavabili dagli articoli 3 e 25 Cost., non può nascondersi che nella materia in questione, neppure troppo sullo sfondo, un ruolo vada attribuito anche alla libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost. Per operare tale bilanciamento fra principi costituzionali, ci si può limitare a rilevare che, nel caso di specie, non apparirebbe erroneo se il sindacato di ragionevolezza venisse condotto con una peculiare intensità, non soltanto in rapporto all'uguaglianza/differenza dei casi concreti e quindi come giudizio di coerenza e razionalità dell'ordinamento, ma come effettiva ragionevolezza e plausibilità delle valutazioni legislative.⁴ Non diversamente, del resto, da quanto la Corte aveva affermato proprio nella sentenza 393/2006, discorrendo della necessità di operare un giudizio di «intrinseca ragionevolezza» della norma (Cons. dir. punto 7). Si è consapevoli della delicatezza di questo tipo di giudizio che si suggerisce per il caso

³ Si vedano, in proposito, gli studi monografici sul tema: G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000 e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

⁴ Sul sindacato di non-arbitrarietà della legge e in particolare sulle differenze fra il giudizio di razionalità, non soltanto limitato alla verifica della compatibilità della legge con i fini previsti in Costituzione ma anche esteso con una valutazione trilaterale alla coerenza interna alla legislazione, e quello di ragionevolezza, che abbraccia invece anche valutazioni parzialmente esterne all'ordinamento, cfr., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 147 ss.

di specie ed è indubbia l'opportunità che, in termini generali, venga applicato con particolare cautela: tuttavia, se un sindacato di "stretta" ragionevolezza – neppure svincolato dal raffronto col *tertium comparationis* e incentrato sulla mera adeguatezza e giustificazione della scelta legislativa, ma molto attento ad evitare trattamenti disuguali in presenza di situazioni ragionevolmente analoghe – può eccezionalmente risultare ammissibile nel nostro sistema costituzionale, non pare discutibile che un suo campo d'azione "naturale" possa consistere nella rigorosa uguaglianza di fronte alla legge penale. Se è infatti vero che diverse sono le *rationes* del principio che si radica nell'art. 25 Il comma e di quello che discende dall'art. 3, non va neppure dimenticato che anche nella seconda ipotesi il bene giuridico che viene compromesso è pur sempre quello della libertà personale e che è preferibile che la Corte rimanga in futuro salda nei consueti binari decisionali, senza operare alcuna inversione nella dinamica del giudizio di ragionevolezza che muova da una sorta di "presunzione" di legittimità della legge come dalla sentenza in commento potrebbe invece apparire autorizzato; opportuno sarebbe pertanto che le deroghe all'operatività della retroattività della legge penale più favorevole continuino a rappresentare delle specifiche eccezioni.

3. Anche riguardo alla seconda questione teorica affrontata in questa sentenza, la Corte, in termini generali, conferma la ricostruzione dogmatica ormai consolidata. Dando seguito all'impianto elaborato dalle sentenze "gemelle" n. 348 e 349 del 2007 (e più volte ribadito, cfr. soprattutto le decisioni 311 e 317 del 2009 e, dopo la ratifica del Trattato di Lisbona, la n. 80 del 2011), la Corte afferma nuovamente che le norme della Convenzione EDU del 1950 acquistano un rango "sub-costituzionale" nella gerarchia delle fonti interne, che pertanto sono suscettibili di un pieno controllo di costituzionalità non limitato alla compatibilità con i soli principi fondamentali della Carta, e che, superato positivamente tale scrutinio, in caso di contrasto con gli atti interni con forza di legge, fungono innanzitutto da criterio ermeneutico in base al quale operare una interpretazione conforme di questi ultimi e, qualora ciò non sia possibile, da parametro interposto integrativo dell'art. 117 I comma Cost. alla luce del quale va quindi sindacata la loro legittimità costituzionale.⁵ Sempre in conformità ai tradizionali schemi ricostruttivi, la Corte ribadisce ancora una volta, almeno *prima facie*, che le disposizioni della Convenzione vanno lette dalla giurisprudenza interna, costituzionale ed ordinaria, così come interpretate dalla Corte Europea di Strasburgo. Non sembra, tuttavia, molto articolata, come d'altro canto in altre pronunce, la motivazione di tale obbligo ermeneutico che la Corte desume dall'art. 32 della Convenzione stessa e che quindi esplica la sua coerenza in quanto obbligo internazionale discendente da un trattato ratificato senza riserve dalla Repubblica Italiana.

Nel dichiarare non fondata la questione, tuttavia, la sentenza che qui si annota, pur se formalmente in modo cauto, si discosta di fatto da quella che sarebbe la lettura dell'art. 10³ l. 251/2005 convenzionalmente orientata alla luce della più recente giurisprudenza CEDU. Con un netto cambiamento ermeneutico che abbandona

⁵ Fra i commenti alle note sentenze 348 e 349 del 2007, si vedano, per tutti, L. CAPPUCCIO, *La Corte Costituzionale interviene sui rapporti fra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro Italiano*, 2008, I, pp. 47 ss. e T. F. GIUPPONI, *Corte Costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.forumcostituzionale.it

l'opposta lettura fino al quel momento seguita, la Corte di Strasburgo ha stabilito infatti che il principio di retroattività della norma penale più favorevole trovi fondamento implicito nel principio di legalità sancito dall'art. 7 della Convenzione (decisione del 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia; confermata dalla decisione del 27 aprile 2010 Morabito contro Italia). La Corte Costituzionale, tuttavia, non ritiene di conformarsi a tale nuovo indirizzo, e preferisce argomentare la difformità rispetto all'interpretazione offerta dalla giurisprudenza CEDU, sottolineando il diverso ambito materiale che il principio di retroattività della *lex mitior* occupa nei due ordinamenti – limitato alle sole norme penali incriminatrici, e cioè al precetto e alla sanzione penale, nella Convenzione europea; riferito a tutte le norme che incidono di fatto sul regime punitivo nell'ordinamento italiano, sia penali, pur se non incriminatrici (per es. di favore), sia probabilmente non strettamente penali, essendo come noto discussa la natura sostanziale o processuale dell'istituto della prescrizione⁶, che è disciplinata dall'art. 10³ l. 251/2005 che è l'oggetto della questione di legittimità – e ritenendo dunque che la pronuncia della Corte EDU non possa produrre effetti nel caso specifico. Inoltre, la Corte aggiunge, a sostegno della non influenza della norma convenzionale rispetto all'ipotesi concreta sottoposta al suo vaglio, che, in ogni caso, l'applicazione della Convenzione debba avvenire in modo conforme alla sostanza dell'interpretazione offerta dalla Corte europea ma comunque «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi» (Cons. dir. punto 9).

4. Di estremo interesse è tale riferimento con cui la Corte Costituzionale ammette l'esistenza di uno spazio ermeneutico che consenta all'interprete di svincolarsi da una formalistica riproduzione della lettura della Convenzione europea come individuata dalla Corte di Strasburgo. Innanzitutto, pur se non si tratta della primissima enunciazione di tale criterio, già dichiarato nelle due pronunce 311 e 317 del 2009,⁷ pare di essere in presenza della prima pronuncia costituzionale che lo applica non soltanto a tutela del noto meccanismo di ricerca della massima garanzia dei diritti fondamentali fra i diversi ordinamenti, ma che intacca in termini sistemici l'assoluto monopolio interpretativo della Corte europea, in una logica che più si avvicina a quella dei cd. controlimiti costituzionali. Si è, senza dubbio, in presenza di un'apertura che si limita a dichiarare che esistono dei margini di apprezzamento interpretativo ai fini della tutela delle caratteristiche specifiche dell'ordinamento interno, comunque nel rispetto della lettura offerta dalla Corte europea; inoltre, si può anche ipotizzare che tale statuizione della giurisprudenza costituzionale possa essere influenzata dal repentino *overruling* di quella europea e dalla necessità di evitare una destabilizzazione dell'ordinamento interno. Tuttavia,

⁶ Analizzando questa stessa sentenza, F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, (6 Settembre 2011) in diritto www.penalecontemporaneo.it, mostra autorevolmente di preferire una qualificazione in senso processuale dell'istituto della prescrizione.

⁷ Si veda al riguardo O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, (16 Dicembre 2009) in www.forumcostituzionale.it

nella pronuncia in commento pare possano individuarsi anche ulteriori spunti di particolare interesse.

È possibile infatti ipotizzare che la notevole rilevanza acquisita nel corso dei decenni dall'ordinamento CEDU e di riflesso dalla Corte di Strasburgo in quanto sua interprete privilegiata, arrivata nell'impianto ricostruttivo delle pronunce del 2007 al punto da poter comportare una dichiarazione d'incostituzionalità delle leggi con esso in contrasto, abbia suggerito alla Corte Costituzionale l'utilità dell'inserimento di una qualche forma di bilanciamento istituzionale a garanzia del nostro ordinamento. La via maestra, diretta, di tale ricerca d'equilibrio sarebbe potuta essere la soggezione a sindacato di costituzionalità dello stesso art. 32 della Convenzione che sancisce il monopolio interpretativo della Corte europea, operazione tecnicamente possibile proprio alla luce delle sentenze 348 e 349 del 2007 che collocano a livello "sub costituzionale" la CEDU, idonea a fungere da parametro interposto solo se conforme a tutti i principi e le disposizioni costituzionali. Con senso della misura, però, la Corte Costituzionale preferisce non giungere a un livello tale di conflitto col giudice europeo. In realtà, non pare dubitabile che sia ipotizzabile un conflitto almeno potenziale con il quadro costituzionale italiano, nel quale è garantita l'autonomia della funzione giurisdizionale, da parte di una disposizione di rango non costituzionale (come appunto l'art. 32 Cedu) che sancisce un meccanismo di vincolatività del precedente seppure in via ermeneutica, conflitto potenziato, per quanto attiene alla necessità di tutelare la sovranità dell'ordinamento interno, dalla circostanza per cui tale monopolio interpretativo venga conferito ad un organo extranazionale e dal fatto che tali pronunce siano idonee a comportare una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge⁸. Nonostante ciò, la Corte Costituzionale, con saggia cautela, decide di inserire un meccanismo di equilibrio nei rapporti infraordinamentali restando sul terreno dell'interpretazione e ammettendo che possano esistere dei margini di adattamento rispetto alla lettura del testo della Convenzione così come formulata dalla Corte EDU. In questa prospettiva, i possibili *overruling* di quest'ultima possono essere a loro volta una ragione in più per consentire tali margini di adeguamento, proprio per evitare che la giurisprudenza interna sia costretta a seguire pedissequamente ogni mutamento interpretativo di quella di Strasburgo nell'interpretazione del testo della Convenzione anche qualora ciò disarmonizzi l'ordinamento interno.

A conclusione di queste brevi note, può dunque ritenersi assolutamente condivisibile la posizione assunta sotto tale profilo dalla Corte Costituzionale nella sentenza in questione, con la quale il Giudice delle leggi apre un significativo spiraglio a difesa della sovranità dell'ordinamento italiano, garantendosi un sindacato che le consente di svolgere il proprio fondamentale ruolo sistemico, ma tutelando, nel contempo, l'autonomia funzionale delle autorità giurisdizionali interne nonché la discrezionalità del legislatore ordinario. Opportuna, al tempo stesso, è la scelta equilibrata delle modalità con cui ciò avviene, con uno strumento di cui si trova del resto traccia nella stessa giurisprudenza europea e che dunque non

⁸ Cfr. le efficaci considerazioni di F. BIONDI, *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 3/2010.

sembra idoneo a generare dei conflitti strutturali fra gli ordinamenti. È auspicabile, pertanto, che di tale pronuncia, sotto questo aspetto, venga in futuro sviluppata l'idea implicita, ma portante, secondo cui il giudice ultimo del "margine di apprezzamento" non possa che essere la Corte Costituzionale ed è augurabile che questa sentenza possa essere la prima di successivi sviluppi giurisprudenziali.

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale – Università "Federico II" di Napoli

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali