

FRANCESCA CORNELI

Il ricorso ai principi generali dell'ordinamento nel sistema penale processuale: il diritto intertemporale e il ruolo dell'interpretazione

1. Introduzione

Dopo una breve analisi dell'evoluzione del sistema processuale penale, attuata, in particolare, con l'emanazione del nuovo codice di procedura nel 1988 e con la riforma dell'art. 111 Cost., l'attenzione si concentrerà sul nuovo ruolo assegnato ai principi generali, a seguito dell'apertura in chiave sovranazionale e internazionale del sistema delle fonti.

Nel nuovo assetto riacquistano un ruolo fondamentale i principi generali dell'ordinamento, in quanto linee guida per gli "operatori" del diritto, alle quali ricorrere non solo ai fini di valutare la legittimità o meno di una norma, ma, prima di tutto, per interpretarla e correttamente situarla dal punto di vista sistematico.

Tradizionalmente, in ambito penale, si distingue tra norme sostanziali e norme processuali, per poi far discendere da tale distinzione una differenziazione nell'applicazione di alcuni principi generali a seconda della categoria di appartenenza della norma.

Il differente trattamento, tuttavia, pone delle criticità nella misura in cui la differenziazione (che si vorrebbe rigida) tende a sfumarsi a livello degli effetti prodotti, ossia della capacità di entrambe le tipologie di norme di comprimere la sfera delle libertà del soggetto.

Sul punto emerge una significativa distanza tra le Corti supreme interne, tendenzialmente propense a mantenere la distinzione, e la Corte europea dei diritti dell'uomo che, viceversa, mostra discrete aperture al superamento della distinzione formale, a favore di distinguo di carattere sostanziale.

In questa prospettiva, oltre al tema dell'interpretazione sopra detto, si affronterà la questione del diritto intertemporale e, quindi, dell'applicazione o meno del principio di irretroattività/retroattività della norma successiva.

L'idea che anima tale breve riflessione è quella di considerare il processo penale come momento in cui i diritti di libertà (nella loro multidimensionalità fisica, psichica, morale e materiale) entrano in conflitto, diretto e concreto, con il potere punitivo dello Stato, e che, quindi, il processo sia una sede quantomeno paritaria, se non prioritaria, rispetto alla sede dell'agire (piano in

cui il conflitto rimane in astratto). Paritaria, in quanto in entrambi i casi si tratta di conflitto tra libertà individuale e potere statale; prioritaria in quanto il rischio di vedere compresse le libertà dell'individuo diviene concreto e “reale” nella sede processuale.

Se è principio pressoché indiscusso che l'effettività della norma (e della norma penale, in particolare) ne sia uno dei requisiti fondamentali, e se il processo è lo strumento con il quale accedere all'effettività, allora tra norma penale e norma processuale vi è un cordone ombelicale la cui eventuale cesura, nonché l'individuazione del punto di cesura, risultano problematici.

2. L'ordinamento giuridico e la funzione del processo penale

Funzione propria dell'ordinamento giuridico, una volta compiuto il passo di affidare ai poteri dello Stato il compito di risolvere i conflitti, è di fornire metodo e criterio per giudizi di fatto, ossia per stabilire cosa sia il diritto, se una determinata situazione sia qualificabile come diritto e, di conseguenza, in senso più ampio, conferire diritti, doveri, facoltà e oneri ai consociati, delimitando la sfera del lecito da quella dell'illecito.

Gli estremi del formale e del deontologico, presi come elementi giustificativi e caratterizzanti l'ordinamento (dal formalismo al giusnaturalismo), più che porsi come caratteri antagonisti, si possono considerare come coesenziali e, per questo, compresenti, nella misura in cui qualsiasi procedura trova origine nel fine sostanziale che, con essa, si vuole perseguire e la cui “strutturazione” serve proprio per tutelare quel fine, pena il ricadere in un “vuoto formalismo” o in un abuso dei mezzi stessi (a fini diversi).

Il diritto penale, in particolare, trova la sua essenza e funzione nella regolamentazione della risposta (dello Stato) alla violenza¹ (dei privati e non solo: vedi i reati imputati per funzione o i reati degli enti), risposta che, per avere successo, deve garantire l'efficace sanzionabilità della condotta. Dottrina minoritaria ma autorevole, tuttavia, pone in primo piano la natura processuale della sanzione, a indicare non solo la necessità che la sanzione sia effettiva ma soprattutto che la sua applicazione, per poter essere riconosciuta come “legittima” (e, dunque, osservata), deve rispettare l'*iter* processuale che dal sospetto giunge alla verifica. Il dinamismo processuale, vale a dire il complesso delle

¹ Il campo della “violenza” non è ontologicamente determinato o determinabile, essendo discrezionalmente definito dalle scelte che il legislatore compie, recependo (o dovendo recepire) non solo le istanze sociali ma anche la prospettiva deontologica della comunità di riferimento. La scelta di qualificare un illecito come penale, infatti, deriva dalla tipologia di sanzione prescelta che, in questo caso, sarà la più afflittiva proprio per disincentivare con la maggior forza possibile i comportamenti ritenuti fortemente lesivi dei valori più fondamentali della persona e della comunità nel suo insieme.

formalità che strutturano lo strumento “processo”, è chiamato a incorporare il sistema di garanzie individuali che si è andato storicamente formando.

Con la promulgazione del codice Vassalli, l'ordinamento italiano ha sposato un modello di processo penale misto tendenzialmente accusatorio, con una decisa (ma forse non del tutto netta) inversione rispetto al modello misto, ma tendenzialmente inquisitorio, del codice Rocco.

Le premesse si trovano già nelle scelte fatte, dall'Assemblea costituente del 1946, di promulgare una carta fondamentale imperniata intorno alla “persona”, nella sua dimensione tanto individuale quanto collettivo-associativa, facendo scemare l'assolutezza dell’“interesse superiore” dello Stato che perde carattere di astrattezza per rendersi funzionale alla concretezza della dimensione di vita dei consociati.

Tuttavia ciò non significa un decremento di importanza dell'esercizio dell'azione penale che, anzi, è definita “obbligatoria”² ma la sua iscrizione all'interno di un perimetro di garanzie per il soggetto che lo accompagna sia nel periodo processuale sia nel periodo di espiazione della pena.

Il novellato articolo 111 della Costituzione³ racchiude una sorta di *summa* dottrinale e soprattutto giurisprudenziale, sul processo, fissando una serie di principi prioritari e generali, chiamati a connotare, in particolare, la nuova *ratio* accusatoria del processo penale e, quindi, a fornire la chiave di rilettura per le norme di rango inferiore⁴. Sebbene considerato il risultato della recezione obbligata dell'art. 6 della C.e.d.u., non può sfuggire la diversità terminologica nell'aggettivazione scelta: processo “giusto”⁵ per l'art. 111 Cost. ed “equo” per l'art. 6 della C.e.d.u.

Successivamente alla Riforma, infatti, si sono susseguite una serie di pronunce della Corte costituzionale, a contenuto demolitorio, additivo, o interpretativo, che hanno cominciato a dirimere alcuni dei conflitti in essere tra le norme interne e il “nuovo nucleo” di principi⁶.

² Art. 112, Costituzione.

³ L'articolo è stato modificato con legge costituzionale n. 2 del 1999.

⁴ I principi cardine sono: il principio del contraddittorio (tra le parti e nella formazione della prova); della parità delle parti; del giudice terzo e imparziale; della ragionevole durata del processo; della difesa individuale (co. 3); della necessità della motivazione; del ricorso in Cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti sulla libertà personale.

⁵ Aggettivo che, di fatto, non aggiunge nulla alla connotazione del processo, essendo difficilmente concepibile un processo, per legge (e, quindi, in astratto), “non giusto”.

⁶ Ad esempio: Corte cost., n. 143 del 2013, che ha dichiarato l'illegittimità del limite posto al numero di colloqui o telefonate settimanali con il proprio difensore per i detenuti in regime speciale *ex art. 41-bis c.p.p.*, considerato lesivo del diritto di difesa.

3. La tutela multilivello e il rapporto con le norme della C.e.d.u.

Il sistema di garanzie, però, oggi si articola non solo in livelli interni (costituzionale, codicistico ed extra codicistico; giurisdizione di fatto e giurisdizione di merito) ma, soprattutto, è chiamato a relazionarsi con sistemi sovranazionali e internazionali, tra cui innanzitutto l'Unione Europea e la Convenzione europea per i diritti dell'uomo, sistemi caratterizzati da un ruolo forte e crescente della giurisprudenza delle rispettive Corti.

L'adesione alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo – i cui principi sono il risultato del confronto e dell'intrecciarsi non solo delle tradizioni giuridiche dei Paesi aderenti ma anche dell'evoluzione, sul piano internazionale, dei meccanismi di tutela dei diritti umani – ha comportato alcuni precisi obblighi per il nostro ordinamento che vanno al di là dell'impegno a rispettarne e attuarne i principi.

Sul piano delle fonti, occorre ragionare partendo dalla constatazione che la Convenzione attribuisce alla propria Corte la competenza esclusiva a interpretare e applicare la Convenzione e relativi Protocolli (art. 32, co. 1, C.e.d.u.)⁷, nonché a dirimere eventuali contestazioni circa l'ambito di competenza della stessa Corte (art. 32, co. 2, C.e.d.u.). Inoltre, in virtù dell'art. 46 della Cedu⁸, gli Stati hanno l'obbligo di conformarsi all'interpretazione resa dalla Corte.

Inizialmente, la Corte costituzionale italiana ha frenato tale "superiorità", ponendo un filtro tra l'applicazione diretta dell'interpretazione resa e l'ordinamento interno: in caso di conflitto tra norma interna e norma convenzionale, i giudici del merito erano tenuti a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Viceversa, la giurisprudenza della C.e.d.u. è sempre rimasta ferma nel ritenere intangibile la propria competenza, con la conseguenza per l'Italia di ricevere un susseguirsi di condanne per violazione della Convenzione.

Tale *querelle* trova definizione con le note sentenze gemelle della Corte costituzionale del 2007 (n. 348 e n. 349), riconfermate successivamente (sentenza n. 113 del 2011). La Corte affronta la questione, partendo dalla constatazione della natura problematica del valore che le norme della C.e.d.u. assumevano all'interno del sistema nazionale, la quale aveva dato luogo a pronunce che

⁷ Tale punto è rimarcato anche dalla Corte cost., n. 348 del 2007, § 4.6 del "considerato in diritto": «La C.e.d.u. presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa».

⁸ Forza vincolante delle sentenze rese dalla Corte eur. dir. uomo: «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti» (art. 46, co. 1).

“comunitarizzavano” la C.e.d.u. Preoccupata che si giungesse a un’equiparazione, nell’ordinamento interno, tra diritto Ue e diritto C.e.d.u., la Corte fissa con chiarezza alcuni paletti.

Innanzitutto precisa che le norme della Convenzione, vincolanti per gli Stati, non producono effetti diretti nell’ordinamento e che, quindi, i giudici non possono procedere alla disapplicazione di norme interne. Si legge nella sentenza n. 348 che le norme della Cedu «pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto»⁹.

In secondo luogo, rivendica una propria autonomia decisionale. Proseguendo si legge: «Le Risoluzioni e Raccomandazioni [della Cedu] [...] si indirizzano agli Stati contraenti e non possono né vincolare questa Corte, né dare fondamento alla tesi della diretta applicabilità delle norme C.e.d.u. ai rapporti giuridici interni»¹⁰.

Conclude, quindi: «Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma C.e.d.u., poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, co. 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi. [...] Quanto detto sinora non significa che le norme della C.e.d.u., quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. [...] In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. [...] Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, co. 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della

⁹ Corte cost., n. 348 del 2007.

¹⁰ Corte cost., n. 348 del 2007.

Costituzione»¹¹.

La Corte costituzionale, quindi, non mette in discussione il “monopolio interpretativo” della Corte europea dei diritti dell’uomo sulle norme della Convenzione ma rivendica la propria competenza (esclusiva) a decidere sull’eventuale bilanciamento.

Tale competenza sarà riconfermata anche dopo l’apertura avuta, ammettendo una specie di applicazione “diretta” delle norme della C.e.d.u., attraverso il ricorso a tecniche interpretative che “rendano conformi”, “adeguino” le norme interne a quelle sovranazionali (sostanzialmente in modo analogo a quanto fatto per le leggi interne rispetto alla Costituzione), e di lasciare il giudizio di costituzionalità come rimedio estremo e residuale. «Ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della C.e.d.u., il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo [...] egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale»¹².

Nei paragrafi successivi, sarà evidenziato come tale bilanciamento incontri il nodo più problematico in riferimento al c.d. diritto giurisprudenziale

4. Il ruolo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

Inquadrato il nodo del valore delle norme della C.e.d.u., con la presa d’atto dell’inadeguatezza della riduzione della “forza” di una norma al suo rango nel sistema delle fonti, si è posta, soprattutto in anni recenti, la questione, forse ancor più spinosa, della funzione e degli effetti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Mentre non pone particolari problemi sistemici la vincolatività delle sentenze che si pronunciano sul caso concreto e, qualora riconoscano la sussistenza di una violazione, comminino la pena all’equa riparazione, nonché all’adozione di provvedimenti volti a “cancellare” gli effetti negativi subiti dal ricorrente, diverso è il discorso per altri due questioni inerenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: il suo ruolo di fonte nell’ordinamento e il caso delle sentenze “pilota”.

5. La giurisprudenza come “fonte”

Per la Corte europea dei diritti dell’uomo, la giurisprudenza è fonte di diritto:

¹¹ Corte cost., n. 348 del 2007, §§ 4.3 e 4.7 delle “questioni di diritto”.

¹² Corte cost., n. 113 del 2011.

nella sentenza Scoppola c. Italia afferma che «la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale»¹³; e aggiunge che le proprie norme sono soggette a un'interpretazione evolutiva, aperta anche alle altre Convenzioni, internazionali e sovranazionali, in tema di diritti dell'uomo, le quali contribuiscono a focalizzare il contenuto materiale dei principi comuni.

Nella sentenza Varvara c. Italia, la Corte europea specifica inoltre che «la nozione di “diritto” usata nell’art. 7 corrisponde a quella di “legge” che figura in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto d’origine sia legislativo sia giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell’accessibilità e della prevedibilità. [...] Per quanto chiara possa essere la formulazione di una norma legale, in qualunque sistema giuridico, compreso il diritto penale, esiste ineliminabilmente un elemento di interpretazione giuridica. [...] Non si può interpretare l’art. 7 della Convenzione come norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l’interpretazione giuridica da una causa all’altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile»¹⁴.

Di conseguenza, i principi generali della C.e.d.u. elaborati per via giurisprudenziale (che, senza dubbio, sono “fonti” nel sistema C.e.d.u.) entrano anche, stante gli obblighi di adesione sopra visti, come principi generali nel nostro ordinamento. Il tal modo si riconosce, per via mediata, valore di fonte a pronunce giurisprudenziali, in netto contrasto con le scelte costituzionali dell’ordinamento interno.

Di fronte a ciò, qui assunto come dato osservato, il giudice trova non più adeguati gli strumenti tradizionali e propri degli ordinamenti statali che, nei sistemi di *civil law*, sostanzialmente si basano sul monopolio legislativo (nella creazione delle norme) e in logiche di tipo sussuntivo (ossia nel controllo formale di esse). Venuto meno il monopolio legislativo dello Stato-Nazione, il giudice ha il compito, attraverso la ponderazione degli interessi in gioco (quelli dell’ordinamento e quelli del singolo, così come definiti anche a livello sovranazionale), di dirimere il conflitto, tutelando innanzitutto i diritti del singolo. I sistemi sovranazionali, come la C.e.d.u., sono funzionalmente idonei a supportare tale bilanciamento, avendo come scopo peculiare proprio la tutela dei diritti dell’individuo, diritti che, invece, in un ordinamento interno subi-

¹³ Corte eur. dir. uomo, Grande camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia. Tuttavia, al successivo § 104, la Corte afferma di non essere «formalmente tenuta a seguire le proprie decisioni anteriori» e, quindi, di potersi discostare dai precedenti.

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia.

scono giocoforza delle compressioni, finalizzate a tutelare altre situazioni che riguardano società e istituzioni nel loro complesso.

La logica che sovviene è una logica valoriale, tipica della sfera del politico, che, però, adottata anche dal giudice, tende a far venire meno i confini tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale, portando a quella sovrapposizione tra giurisdizione e politica, i cui potenziali effetti negativi sollecitano un ripensamento delle funzioni e una ridefinizione dei confini.

6. Le sentenze “pilota”

Tale incidenza è ancor più rilevante nel caso delle “sentenze pilota”. Il loro precedente si ritrova nella c.d. procedura pilota, adottata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo per la prima volta nel 2004, come strumento per affrontare ricorsi che apparivano “ripetitivi”, in quanto – a giudizio della Corte – derivanti da problemi sistemici degli ordinamenti interni degli Stati convenuti, spesso causati da un’incompatibilità dell’ordinamento con i principi della Convenzione. La procedura pilota consiste nell’esaminare uno o più ricorsi dello stesso tipo e rinviando l’esame di altri casi omogenei, successivamente al termine dato allo Stato per superare la disfunzione sistemica. Nella sentenza pilota, infatti, la Corte invita il Governo interessato ad “allineare” la propria legislazione alla Convenzione, indicando le opportune misure di carattere generale.

Il fondamento di questo particolare *modus operandi* della Corte europea è l’art. 46 della C.e.d.u., a norma del quale le parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie delle quali sono parti. La procedura è stata, poi, codificata nel 2011¹⁵. Per l’Italia, sentenza pilota esemplare è stata la sentenza Torregiani del 2013, relativa al sovraffollamento delle carceri.

La Corte europea, tuttavia, si spinge ancora oltre. Nel caso Agrati e altri c. Italia¹⁶ afferma che le stesse sentenze interne, nella misura in cui creano una consolidata interpretazione giurisprudenziale, costituiscono fonte di affidamento per il cittadino, soggette quindi alla tutela del principio di irretroattività di legge penale successiva *in peius*. In particolare, la Corte non ritenne applicabile retroattivamente la legge di interpretazione autentica che introduceva un’interpretazione contraria a quella costantemente data dalla Cassazione, con effetti peggiorativi per i cittadini.

Tale posizione della Corte si pone in netto contrasto con quella della Corte

¹⁵ Regolamento della Corte eur. dir. uomo, art. 61.

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia.

costituzionale.

La tecnica “legislativa” della C.e.d.u., operando per via giurisprudenziale, pone alcuni problemi legati essenzialmente alla circostanza che si tratta di principi che originano da casi concreti e che vengono formulati senza tener conto, se non lungo uno sviluppo diacronico, della molteplicità delle circostanze applicative.

Rispetto alla questione della rinnovazione delle prove orali nel giudizio di appello, ad esempio, sorge incertezza per il caso dei c.d. procedimenti a teste unico, nei quali spesso il teste è proprio la persona offesa dal reato. Ciò comporta un'evidente problematicità, non solo in merito alla valutazione dell'attendibilità, ma anche dell'opportunità, soprattutto trattandosi di minore o, comunque, di soggetto “debole”, di sottoporla a successive escussioni, creando, quindi, un conflitto con il principio precedentemente enunciato della rinnovazione probatoria. Per avere una regolamentazione anche di tali casi, occorrerà attendere un'apposita pronuncia della Corte europea, creandosi, nel frattempo, un'inevitabile incertezza normativa.

7. La posizione della Corte costituzionale: i limiti delle “fonti” giurisprudenziali

L'attuale panorama vede, da un lato la tendenza della Corte europea a introdurre, nell'ambito del processo, principi di ordine generale e a indicare la “corretta” lettura delle norme interne alla luce dei propri principi generali; e dall'altro la “resistenza” delle Corti interne a circoscrivere tali principi, considerando le aperture a favore dell'imputato, ulteriori rispetto a quanto già previsto nell'ordinamento interno, come tendenzialmente eccezionali o, comunque, da valutare caso per caso, respingendo la tesi che le pronunce giurisprudenziali, rispetto ad altri casi, possano diventare fonte applicabile in via generale.

Ciò è accaduto, ad esempio, per la questione della rinnovazione della prova dibattimentale, regolata dall'art. 603 del codice di rito. La rinnovazione, nel nostro ordinamento, è norma eccezionale rispetto alla norma generale che circoscrive l'acquisizione del materiale probatorio al primo grado di giudizio. Inoltre, la valutazione circa la richiesta di parte di rinnovazione è affidata al potere discrezionale del giudice e sarà accolta solo se «il giudice, [...] ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti»; *ex officio*, potrà essere disposta «se il giudice la ritiene assolutamente necessaria».

Emerge, quindi, che la rinnovazione è affidata al potere discrezionale del giudice, non soggetto a contestuale obbligo di motivazione, e che si giustifica esclusivamente rispetto alle esigenze dell'organo giudicante, e non con riguar-

do a quelle del diritto della difesa.

Posizione opposta è stata assunta dalla Corte europea. Nella vicenda giudiziaria *Dan c. Moldavia*¹⁷, la Corte, chiamata a pronunciarsi in merito alla rinnovazione delle prove testimoniali nel giudizio appello avverso sentenza assolutoria di primo grado, ha enunciato come principio fondamentale, applicativo del diritto alla difesa e all'equo processo, ai sensi dell'art. 6 Convenzione, il dovere officioso del giudice di rinnovare le prove dichiarative, procedendo a una valutazione diretta delle stesse. Nella sentenza si legge che, salvo i casi in cui è impossibile riascoltare il testimone, «se una Corte d'Appello è chiamata a esaminare un caso in fatto e in diritto e a compiere una valutazione complessa della questione di colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato, non può, per questioni di equo processo, determinare direttamente tali questioni senza una valutazione diretta delle prove»¹⁸. La Corte esclude, quindi, che la valutazione meramente cartolare delle prove possa essere ritenuta idonea a garantire l'equo processo. Precisa, infine, la necessità "in via di principio" per il giudice di sentire di persona i testimoni per valutarne la credibilità e, quindi, l'affidabilità delle fonti di prova, operazione complessa che non può correttamente svolgersi con la "mera lettura" delle dichiarazioni verbalizzate nel precedente grado di giudizio.

Diversamente, quindi, dall'ordinamento italiano, la rinnovazione delle prove testimoniali assume carattere di norma generale quando il giudice intenda ribaltare la decisione di primo grado, pronunciando sentenza di condanna. Rispetto a tale regola generale, si pongono come "eccezionali" i casi in cui il giudice non procede all'esame diretto delle prove. Nella pronuncia successiva, *Hanu v. Romania*¹⁹, aggiunge che, in virtù del principio dell'immediatezza e della rilevanza della condotta del testimone, la mancata escussione del testimone costituisce violazione dell'art. 6 C.e.d.u. anche quando la parte non abbia fatto richiesta di rinnovazione: la rinnovazione, quindi, è attività doverosa (e non discrezionale) del giudice.

La Corte di cassazione, interessata sul punto, ha ritenuto, in prima battuta, di poter dare una lettura restrittiva del principio enunciato dalla Corte europea, ritenendolo applicabile solo qualora ricorrano due presupposti: che si tratti di prova considerata decisiva ai fini del giudizio; e che il giudice intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità della prova orale (ma ritenuta in primo grado non attendibile)²⁰. Per la Cassazione, quindi, la norma non rien-

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*.

¹⁸ Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*.

¹⁹ Corte eur. dir. uomo, III Sez., 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*.

²⁰ Cass., Sez. V, 2 ottobre 2012, *Luperi e altri*, in *Mass. Uff.*, n. 253541 e Id, Sez. VI, 12 aprile 2013

trerebbe tra i principi generali ma conserverebbe carattere derogatorio e dipendente dalle valutazioni date dal giudice alla prova, senza prima escuterla²¹. Il diverso inquadramento del principio della rinnovazione, ossia se regola generale o norma eccezionale, ha delle conseguenze circa l'applicazione del criterio a casi diversi da quello che è stato oggetto della pronuncia della Corte e.d.u. (e, per riflesso, di pronunce della Cassazione), applicazione possibile in ragione del riconoscimento che: «le decisioni della Corte EDU che evidenziano una situazione di oggettivo contrasto – non correlata in via esclusiva al caso esaminato – della normativa interna sostanziale con la Convenzione EDU assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronuncia della predetta Corte internazionale»²². Se inquadrato come principio generale, infatti, trattandosi di norma a favore, potrà trovare applicazione, per via estensiva, anche a fattispecie diverse dal caso analizzato dalla Corte europea. Se norma eccezionale, invece, rimarrà circoscritta a tale ambito.

La Cassazione²³ ha preso posizione fissando due punti:

- a) Il carattere eccezionale del principio C.e.d.u., limitato al caso di dichiarazioni orali e alle condizioni che il teste sia riascoltabile e che si tratti di prova rilevante per la decisione;
- b) Il rispetto delle norme convenzionali non può prescindere dalle caratteristiche specifiche del procedimento che si sta celebrando e dal caso concreto.

Secondo la Corte di cassazione, «l'art. 6 C.e.d.u. non condiziona indefettibilmente il potere del giudice d'appello di ribaltare una precedente pronuncia assolutoria alla rinnovazione delle prove dichiarative assunte in primo grado. In realtà, nella propria giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha solo affermato che [...] [i giudici] 'dovrebbero in linea di massima poter udire i testimoni personalmente'. [...] Si tratta di una regola non assoluta e comunque riferita essenzialmente alla possibilità di sentire in prima persona i dichiaranti. [...] Il rispetto dell'art. 6 C.e.d.u. non può prescindere (come sempre, d'altronde, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo) dalle caratteristiche specifiche del procedimento che si sta celebrando e dal caso concreto»²⁴.

Caboni e altro, *ivi*, n. 254623. Con Id, Sez. III, 6 febbraio 2013, R., *ivi*, n. 254850 l'obbligo di rinnovazione era stato riconosciuto anche in caso di giudizio di primo grado svolto con rito abbreviato.

²¹ Recentemente, tuttavia, la Corte di cassazione ha mostrato delle aperture.

²² Principio ricordato dalla Corte di cassazione nell'Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale sul caso *Ercolano*, Cass, Sez. un., (ord.) 10 settembre 2012, Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 252933.

²³ Cass., Sez. II, n. 29452 del 2013.

²⁴ Cass., Sez. II, 10 luglio 2013, Marchi ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 256467.

La Corte, quindi, non ha ritenuto che non integrasse l'obbligo di rinnovazione, il diverso apprezzamento, da parte del giudice di appello, di comunicazioni telefoniche oggetto di intercettazioni²⁵.

Viceversa, nel caso di prove testimoniali non riassunte ma decisive, la Cassazione ha applicato il principio enunciato dalla Corte europea, cassando la sentenza resa in appello senza la rinnovazione della prova testimoniale²⁶. Tuttavia la Cassazione, nel recepire l'indirizzo della Corte e.d.u., ne ha spostato l'applicazione dal piano probatorio al piano dell'argomentazione della sentenza, riallacciandosi a un già consolidato orientamento.

Nel caso *Aleksis*, ad esempio, aveva affermato che «il secondo giudice ha l'obbligo di dimostrare specificamente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati»²⁷. Anche successivamente alla sentenza della Corte e.d.u. *Dan vs Moldavia*, la Cassazione, nell'annullare con rinvio la pronuncia resa in appello senza rinnovazione della prova testimoniale, specifica che, per caducare precedente assoluzione, occorre «una forza persuasiva superiore, tale da far cadere “ogni ragionevole dubbio”, in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto [tra giudizio di primo grado e quello che si va formando in secondo grado]»²⁸.

8. L'integrazione giurisprudenziale

L'integrazione fra le due giurisprudenze, quella della Corte europea e quella delle Corti nazionali, sembra non poter avvenire per mera trasposizione dell'apparato concettuale sovranazionale in quello interno, occorrendo un meccanismo più complesso del criterio gerarchico.

Nel delegare al giudice comune il tentativo di ricerca dell'interpretazione conforme, la Corte costituzionale sembra essersi lasciata il compito di “giudice

²⁵ La Cassazione ha confermato la classificazione delle intercettazioni tra le prove documentali, non considerando, tuttavia, la circostanza che l'ammissione delle intercettazioni è soggetta a valutazione, in contraddittorio tra le parti, e che, quindi, la mancata rinnovazione preclude il contraddittorio delle parti con il giudice d'appello. Inoltre, il diverso apprezzamento del giudice d'appello riguardava «l'uso e il significato di espressioni criptiche e/o fuori contesto» rispetto alle quali non si può sottovalutare il peso che giocano i linguaggi “non verbali” dell'interazione comunicativa.

²⁶ Cass., Sez. V, 26 giugno 2013, Marchetti, in *Mass. Uff.*, n. 255580.

²⁷ Cass., Sez. V, 18 settembre 2008, *Aleksis*, in *Mass. Uff.*, n. 241169; nello stesso senso Id., Sez. IV, n. 16 febbraio 2005, *ivi*, n. 233083.

²⁸ Cass., Sez. V, 26 giugno 2013, Marchetti, cit.

della tutela sistematica” contrapposto al ruolo della Corte e.d.u. di “giudice della tutela frazionata”. Mentre la giurisprudenza di Strasburgo è essenzialmente “basata sul caso” – anche se occorre non sottovalutare la svolta adottata con il meccanismo delle sentenze pilota –, la giurisprudenza costituzionale valuta la norma in rapporto sistematico con gli altri principi dell’ordinamento. Secondo la Corte costituzionale, infatti, «il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela. Il richiamo al “margine di apprezzamento” nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni della Corte costituzionale, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»²⁹.

Successivamente, la Corte costituzionale intraprende quella che è stata detta “la strada di riconciliazione con Strasburgo”, riconoscendo alle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo il valore di parametri sovranazionali idonei a orientare la lettura dei parametri interni, anche costituzionali (e non più delle sole norme di competenza dei giudici comuni)³⁰.

Tuttavia la Corte costituzionale ribadisce la rilevanza del margine di apprezzamento che le rimane riservato e che riguarda i principi “supremi” dell’ordinamento interno: «A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma 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»³¹.

²⁹ Corte cost., n. 264 del 2012.

³⁰ Cfr. Corte cost., n. 170 del 2013: la Corte, nel giudicare sulla legittimità o meno della retroattività di una disciplina fallimentare in materia di privilegi, legge l’art. 3 Cost. alla luce dell’art. 6 C.e.d.u., optando per la non retroattività della disciplina in quanto, diversamente, darebbe leso il principio dell’affidamento circa l’avvenuta preclusione processuale sull’accertamento giudiziario del privilegio.

³¹ Corte cost., n. 236 del 2011.

9. Il diritto intertemporale nel processo penale. Retroattività della norma processuale più favorevole: la sentenza Scoppola c. Italia.

Con la sentenza *Scoppola vs Italia*³², la Corte europea giunge alla compiuta configurazione del principio di irretroattività della legge penale *ex art. 7* della C.e.d.u., estendendone l'applicazione fino al diritto, per l'imputato, di beneficiare della legge sopravvenuta più favorevole, indipendentemente dal fatto che il trattamento più favorevole derivasse da legge sostanziale o da legge processuale.

La Corte, pur riconoscendo che in passate sentenze non aveva letto nell'art. 7 anche il diritto all'applicazione della legge penale più favorevole, tuttavia riconosce che da quelle sentenze «è trascorso molto tempo [...] e che sono intervenuti importanti sviluppi a livello internazionale» che prevedono espressamente tale diritto.

Nel ricostruire il quadro normativo di riferimento, la Corte si richiama non solo alle proprie norme convenzionali ma anche ad altre Convenzioni internazionali in materia nonché alla giurisprudenza sia propria sia della Corte UE. Da tale insieme di disposizioni, derivano i principi comuni per la C.e.d.u. e, di riflesso, per gli stessi Stati aderenti. La Corte aggiunge che il principio del diritto a veder applicata una pena meno grave, prevista da legislazione successiva rispetto al momento di compimento del fatto, non è un mero principio generale del diritto ma un elemento essenziale del sistema di diritto che rientra tra i diritti inviolabili e che, quindi, non ammette deroghe.

Nel caso *Scoppola*, la Corte europea ha ritenuto che il rito abbreviato, *ex art. 442 c.p.p.* (con la conseguente sostituzione della pena dell'ergastolo alla reclusione di anni trenta), costituisce rito premiale per l'imputato e, quindi, protetto dal principio dell'irretroattività a danno dell'imputato. Pertanto, non era applicabile all'imputato, che aveva già formulato la richiesta di rito abbreviato, la disposizione introdotta successivamente che escludeva l'alternativa della reclusione a trent'anni per i casi di condanna a ergastolo con isolamento diurno (per i quali si concedeva l'ergastolo semplice), introducendo un discrimine tra ergastolo e ergastolo con isolamento diurno, prima assente.

La Corte e.d.u., nell'analizzare l'art. 7 della Convenzione, in risposta agli argomenti del governo italiano, precisa che «l'articolo 7, § 1 della Convenzione non si limita a vietare l'applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell'imputato. Esso sancisce anche, più in generale, il principio della legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Se, in particolare, è vietato estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che,

³² Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, *Scoppola vs Italia*.

precedentemente, non costituivano dei reati, esso impone inoltre di non applicare la legge penale in maniera estensiva a svantaggio dell'imputato, ad esempio per analogia». Inoltre, ai fini del rispetto delle norme convenzionali è influente la qualificazione formale data alla norma dall'ordinamento interno.

Tale conclusione, però, si scontra con la posizione della giurisprudenza interna che sottrae alla tutela dell'irretroattività *in peius* le norme processuali, considerate soggette, invece, al principio del *tempus regit actum*. Anche successivamente alla sentenza Scoppola, tale argomentazione è stata utilizzata dalla Corte costituzionale per giustificare la non applicazione del principio ai c.d. "fratelli minori". Sul punto si ritornerà successivamente.

La giurisprudenza italiana, infatti, pur riconoscendo che non sia incompatibile con l'impianto costituzionale la retroattività di norma più favorevole, non condivide la posizione della Corte europea che tale principio abbia valore primario. La Cassazione a Sezione unite, richiamando esplicitamente la posizione assunta dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola, conclude che, pur valorizzando la portata assunta dal principio di legalità dei reati e delle pene operata dalla giurisprudenza della Corte e.d.u., e pur considerando un progresso del pensiero giuridico quello di aver tentato la costituzionalizzazione del principio di retroattività della norma più favorevole (art. 2 c.p.) attraverso l'interpretazione estensiva dell'art. 7 C.e.d.u., «non diviene, però, per ciò solo, al contempo, un principio dell'ordinamento processuale, pur dovendosi accuratamente definire di volta in volta se le norme di cui si discute appartengano o meno alla sfera del diritto penale materiale. [...] Occorre ritenere che non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale. La soluzione del problema in esame resta perciò affidata alla ricostruzione del sistema processuale»³³.

10. La legge n. 67 del 2014: il processo con imputato assente

La legge n. 67 del 2014, entrata in vigore il 17 maggio 2014 – oltre a contenere delega al governo per riforme in materia di pene non detentive e del sistema sanzionatorio – riforma direttamente il codice di procedura, introducendo due nuovi istituti riguardanti la sospensione del procedimento: per messa alla prova e per procedimento nei confronti degli irreperibili.

In tale sede ci occuperemo della sospensione nei confronti degli irreperibili, in riferimento alla sua applicazione per i procedimenti in corso alla data di

³³ Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, P.M. in proc. Ambrogio, in *Mass. Uff.*, n. 250196.

entrata in vigore.

La disciplina si riferisce all'udienza preliminare ed è volta a tutelare, sullo stimolo tanto della Corte europea quanto della Corte costituzionale (n. 346 del 1998), l'effettiva conoscenza, da parte di un soggetto, di essere "imputato" in un procedimento in corso, al fine di garantirgli un concreto diritto a difendersi, nonché a rispondere al generale principio di economia processuale. Sebbene il testo del previgente art. 420-*bis* parlasse di "effettiva conoscenza", tuttavia la prassi ammetteva come prove dell'avvenuta conoscenza strumenti poi dichiarati illegittimi, in quanto non idonei a provare che il soggetto fosse venuto a conoscenza della *vocatio in ius* (e dei suoi elementi fondamentali) o che si fosse volontariamente sottratto al ricevere tali notizie.

Non è, quindi, più previsto che il giudice possa procedere con dichiarazione di contumacia, ipotesi sostituita con quella dell'imputato assente, la quale presenta caratteristiche di maggior tutela per l'imputato.

In caso di assenza dell'imputato si presentano tre ipotesi. La prima (non innovata) riguarda l'impedimento a comparire, disciplinata dall'art. 420-*ter* c.p.p. e, in tal caso, il giudice procede con il rinvio dell'udienza preliminare.

La seconda e la terza, invece, sono frutto della recente riforma.

La seconda riguarda la possibilità per il giudice di procedere³⁴ qualora vi sia la certezza che l'imputato sia venuto a conoscenza del procedimento - e ciò ricorrere quando l'imputato ha espressamente rinunciato a partecipare all'udienza; se vi è stata la dichiarazione o elezione di domicilio; se l'imputato ha ricevuto personalmente la notifica - o se si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di relativi atti.

La terza ipotesi, invece, riguarda la sospensione del processo per assenza dell'imputato. È disciplinata dall'art. 420-*quater*: qualora non ricorrano i casi per proseguire il processo e non vi sia nullità nella notificazione, il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente dalla polizia giudiziaria, onde evitare nuovi dubbi sull'effettività o meno della conoscenza, da parte dell'imputato, dell'esistenza del procedimento a suo carico.

Tuttavia, se la notifica tramite la polizia giudiziaria non risulta "possibile", ossia non giunga a buon fine, il giudice dispone, con ordinanza, la sospensione, e l'eventuale separazione dei processi ai sensi dell'art. 129 c.p.p. Possono essere acquisite le prove non rinviabili.

L'art. 420-*quinquies*, infine, prevede un meccanismo di reiterazione delle ricerche dell'imputato per effettuare la notifica dell'avviso. Il giudice, alla sca-

³⁴ Art. 420-*bis* c.p.p.

denza di un anno dall'ordinanza di sospensione, nonché alle successive scadenze annuali, preso atto della mancata notifica, dispone nuove ricerche. Nella norma non è indicato alcun termine massimo.

L'ordinanza di sospensione viene revocata nei casi in cui le ricerche abbiano avuto esito positivo, l'imputato abbia nominato un difensore di fiducia, se vi sia prova certa della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, se ricorrono i presupposti per emettere sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p. Con l'ordinanza di revoca, il giudice fissa la nuova udienza, disponendo la notifica alle parti interessate.

In tal modo è escluso (o reso più "eccezionale") che si possa giungere a sentenza nei confronti di persona che è rimasta, senza colpa, non a conoscenza del procedimento a suo carico.

Qualora, tuttavia, si svolga il processo, l'interessato può dimostrare l'incolpevole mancata conoscenza, e trovare rimedio, nelle varie fasi di giudizio, con la sostanziale remissione in termini o annullamento con rinvio in primo grado; se la sentenza è passata in giudicato, potrà agire per la rescissione del giudicato ai sensi del nuovo art. 625-ter c.p.p.

La legge di riforma non contiene disposizioni transitorie, ossia non disciplina i casi dei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore (17 maggio 2014), ossia i procedimenti che si stanno svolgendo in "contumacia" dell'imputato, ritualmente dichiarata secondo la legge vigente al momento in cui l'attività di verifica della costituzione delle parti è stata effettuata dal giudice; nonché dei processi in appello o oggetto di ricorso in Cassazione avverso sentenza di primo grado verso imputato contumace ma che, alla luce della nuova disciplina, dovrebbe considerarsi "assente" incolpevole. Si pone, in sostanza, la questione della retroattività o meno della norma in tema di costituzione delle parti che, senza dubbio, è norma a favore dell'imputato dichiarato contumace, in quanto amplia i casi di incolpevole mancata conoscenza.

La soluzione è da ricercarsi con riferimento ai principi di diritto intertemporale. A tale proposito, la Corte di cassazione, in documento di studio, prende posizione netta asserendo che «nel diritto processuale, in presenza di un fenomeno di successione di leggi nel tempo, ove non esista una norma espressa di diritto transitorio, vige il principio generale contenuto nell'art. 11 delle preleggi: esso opera, perciò, alla stregua di un criterio generale di diritto intertemporale, applicabile a tutti i casi di ricambi normativi»³⁵. Si tratta della tesi

³⁵ *Relazione III/07/2014 del 5 maggio 2014, Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67 contenente "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili", in www.cortedicassazione.it, 60.*

tradizionale, dalla quale discendono i due criteri della non retroattività della nuova norma penale processuale, in base alla quale gli atti compiuti mantengono la loro efficacia, e l'efficacia immediata della nuova norma, in base alla quale gli atti successivi devono essere compiuti secondo i nuovi presupposti. Secondo la Cassazione, quindi, il problema si riduce all'esatta individuazione degli atti coinvolti (unico atto o attività, nel senso di pluralità di atti connessi) e del momento temporale (tempo esatto o arco temporale).

Per quanto riguarda gli atti, si richiama la distinzione operata dalle Sezioni Unite tra atti a struttura monofasica e atti a struttura plurifasica: ai primi andrebbe applicata la non retroattività mentre per i secondi, i cui effetti non si sono ancora prodotti mancando ancora il compimento di segmenti di attività (che si verificherebbero necessariamente dopo l'entrata in vigore della norma), andrebbe applicata la nuova norma³⁶.

Per il caso di specie, vengono prospettata due ipotesi di soluzione.

Secondo la prima ipotesi, la verifica della regolare costituzione delle parti, conclusasi con la dichiarazione di contumacia dell'imputato, è da ritenere attività monofasica, ossia che si compie e si esaurisce istantaneamente. Pertanto la sua legittimità è valutata esclusivamente alla luce della normativa vigente in quel momento. Di conseguenza non solo non sarebbe applicabile la nuova normativa sulla sospensione del processo ma «ulteriore conseguenza potrebbe essere quella di non ritenere applicabile le nuove norme ai processi già definiti il rimedio previsto dal nuovo art. 625 ter. cod. proc. pen.»³⁷.

Di conseguenza la nuova disciplina sarebbe applicabile solo ai processi nei quali non si è completata la fase della verifica della costituzione delle parti.

Sotto-ipotesi particolare sarebbe quella di entrata in vigore della nuova norma dopo la dichiarazione di contumacia ma prima dell'apertura del dibattimento. Tale approccio appare criticabile per diversi aspetti. Innanzitutto per le considerazioni critiche, già svolte nei paragrafi precedenti, verso la non applicazione della retroattività di norma più favorevole motivata sulla base della natura "processuale" della norma. In secondo luogo, in quanto, venendo meno le norme sulla contumacia, risulterebbe ancor più incerta l'applicazione delle norme sull'impugnazione e sulla rescissione del giudicato. Quali norme dovrebbero applicare il giudice dell'impugnazione o dell'esecuzione? Escluso, sempre secondo tale approccio, che possano applicare norme non più in vi-

³⁶ Principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di cassazione. Tra le tante sentenze, Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, P.M. in proc. Ambrogio, cit.: «la vitalità del principio [del *tempus regit actum*] deve essere ribadita ed ulteriormente esplicitata. L'antica regola costituisce la traduzione dell'art. 11 delle preleggi».

³⁷ *Relazione III/07/2014 del 5 maggio 2014*, cit., 62.

gore, potrebbero applicare per analogia quelle sull'imputato assente, equiparando l'imputato-contumace all'imputato-assente?

La seconda ipotesi, invece, legge l'istituto della costituzione delle parti come situazione perfezionata al momento della verifica in udienza preliminare ma «non anche consolidata, nel senso che gli effetti dell'atto non si consumano in un singolo momento, ma si producono nel corso dell'intero processo»³⁸. Di conseguenza, la nuova disciplina troverebbe applicazione in quanto il giudice è chiamato a verificare nuovamente se, sulla base della nuova disciplina, il processo possa continuare in assenza dell'imputato oppure se debba essere sospeso³⁹.

Tale approccio solleva alcune questioni come: la notifica per sentenza emessa in primo grado prima della novella ma le cui motivazioni sono state depositate successivamente; processi in Corte di cassazione, per i quali siano scaduti i termini per depositare i motivi aggiunti e non contenenti motivi di impugnazione relativi alla verifica della regolare costituzione dell'imputato; processi per i quali è stata dichiarata la contumacia dell'imputato per motivi non legittimanti, alla luce della nuova disciplina, la prosecuzione del processo.

I redattori della *Relazione* sembrano propendere per la seconda ipotesi e concludono suggerendo che la risposta vada ricercata in «un'accurata analisi del fascicolo processuale»⁴⁰, volta a verificare se vi sia la prova che l'imputato conoscesse o meno l'esistenza del procedimento penale o se si sia volontariamente sottratto a tale conoscenza, riconoscendo rilevanza alla nuova disciplina qualora sia provata la circostanza che l'imputato sia da considerarsi assente secondo i criteri della sospensione del processo.

In sostanza, la questione del diritto intertemporale viene comunque ricondotta all'art. 11 delle preleggi, e l'applicazione della nuova norma viene giustificata sulla considerazione che l'atto sarebbe ancora in corso al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina. I problemi circa gli atti già esauriti (sentenza emessa, appello e ricorso presentanti) sarebbero, invece, da risolvere «in maniera fluida».

Si propone, al contrario, una lettura del diritto intertemporale che, muovendo soprattutto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, già

³⁸ *Relazione III/07/2014 del 5 maggio 2014*, cit., 64.

³⁹ L'approccio trova conferma in alcune sentenze della Corte di cassazione, tra cui ancora Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, P.M. in proc. Ambrogio: «alle tradizionali logiche di carattere tecnico-formale si sovrappongono tematiche valoriali, assiologiche». Tuttavia, seguendo il ragionamento della distinzione tra atti monofasici e plurifasici, l'applicazione anche ai giudizi in corso avviene su considerazioni «tecniche» legate alla natura dell'atto e non al suo valore.

⁴⁰ *Relazione III/07/2014 del 5 maggio 2014*, cit., 65.

esaminata, riconosce la retroattività della norma processuale più favorevole. Inoltre, una disciplina finalizzata a rendere legittimo un processo solo quando si ha la certezza che un soggetto sappia di essere “imputato”, rappresenta una concreta applicazione del principio del giusto processo, sancito dall’art. 111 Cost. Pertanto, qualora ai processi in corso non venisse applicata la nuova normativa, potrebbero profilarsi questioni di legittimità costituzionale anche in relazione alla previgente normativa.

Tale lettura consentirebbe, inoltre, di superare diverse delle questioni sopra enunciate come problematiche, in quanto per i giudizi pendenti in primo grado il giudice, verificati gli atti, potrà prendere i provvedimenti di sospensione o prosecuzione secondo la nuova disciplina; per giudizi pendenti in appello, il giudice, previa instaurazione di contraddittorio sul punto, qualora ricorrano i presupposti per la sospensione, dovrà astenersi dall’emettere sentenza e rinviare in primo grado (salvo sussistano i presupposti per pronunciare sentenza ex art. 129 c.p.p.); se il giudizio pende in Cassazione, ugualmente, valutata la fondatezza della incolpevole assenza, si dovrà rinviare al giudice del primo grado. Qualora, infine, fosse intervenuto il giudicato, sarebbe attivabile la procedura di rescissione ex art. 625-ter c.p.p.

11. Retroattività delle pronunce giurisprudenziali

La nozione di “legalità” utilizzata nell’articolo 7 C.e.d.u. comprende, secondo la Corte europea, il diritto di origine sia legislativa sia giurisprudenziale. La giurisprudenza della Corte ha, infatti, enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di “legalità materiale”, tenendo conto delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*. Ne consegue, come rilevato tra le altre nella sentenza della Corte S.W. c. Regno Unito⁴¹, che anche il diritto giurisprudenziale deve soggiacere alla garanzia dell’irretroattività, sia che si tratti di una nuova interpretazione su una normativa oscura, sia che venga in rilievo un mutamento giurisprudenziale sfavorevole ed imprevedibile, trattandosi di ipotesi equiparabili all’introduzione di un nuovo precetto normativo.

Il principio è stato sostanzialmente accolto dalla giurisprudenza italiana. La Cassazione ha riconosciuto che il mutamento di giurisprudenza delle Sezioni Unite avvenuto *medio tempore* possa integrare l’ammissione della riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di indulto⁴², così come la riproposizione della richiesta di revoca di sequestro preventivo, precedentemente rigettata

⁴¹ Corte eur. dir. uomo, 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito.

⁴² Cass., Sez. un., 13 maggio 2010, P.G. in proc. Beschi, in *Mass. Uff.*, n. 246651.

con provvedimento non più suscettibile di gravame⁴³.

Tale indirizzo ha, invece, trovato “resistenza” da parte della Corte costituzionale⁴⁴ che, pur riconoscendo la rilevanza del c.d. “diritto giurisprudenziale”⁴⁵, precisa che «malgrado l’indubbio “prestigio” di cui godono [le pronunce delle Sezioni unite], i principi di diritto da esse affermati restano suscettibili di modifica e di evoluzione, anche su impulso delle sezioni singole. Riconoscere una ‘così straordinaria vis espansiva’ alla pronuncia di legittimità, sia pure delle Sezioni unite, non si concilierebbe con il criterio di ragionevolezza e produrrebbe, altresì, un effetto di “ingessamento” della giurisprudenza»⁴⁶.

Circa il rapporto con la C.e.d.u., infine, la Corte sottolinea che, nel nostro ordinamento, «deve essere comunque la lettura del precetto a segnare il confine tra ciò che è lecito e ciò che è sanzionato penalmente» e che “un eventuale diverso indirizzo della Corte europea dei diritti dell’uomo non potrebbe mai legittimare interventi contrastanti con l’art. 25 della nostra Costituzione»⁴⁷.

L’unica eccezione ammessa, prosegue la Corte, sono le sentenze della Corte di giustizia che, interpretando in maniera autoritativa il diritto dell’Unione europea, con effetto diretto per gli Stati membri e le relative giurisdizioni, incidano sul sistema normativo impedendo la configurabilità del reato, e, per questo, assimilabili al caso della legge sopravvenuta.

La Corte, infine, sottolinea come nell’ordinamento italiano, basato sulla costituzionalizzazione del principio della riserva di legge in materia penale, non possa essere accolto il concetto convenzionale di “legalità”, allargato anche alle fonti giurisprudenziali; tale fondamentale differenza nello scarto di tutela, «preclude la meccanica trasposizione nell’ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale»⁴⁸. Nella parte finale, la Corte conclude che a opporsi alla tesi che «la *consecutio* tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa [...] è il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, co. 2, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge»⁴⁹.

⁴³ Cass., Sez. II, 25 maggio 2010, Merlo, in *Mass. Uff.*, n. 247114.

⁴⁴ Corte. cost., n. 230 del 2012.

⁴⁵ Corte. cost., n. 230 del 2012, ove si legge che «Anche la giurisprudenza costituzionale riconoscerebbe un “decisivo rilievo” al “diritto vivente”, specie se “cristallizzato” a seguito di interventi delle Sezioni unite, al punto da ritenere inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate da ordinanze che lo trascurino».

⁴⁶ Corte. cost., n. 230 del 2012.

⁴⁷ Corte. cost., n. 230 del 2012.

⁴⁸ Corte. cost., n. 230 del 2012.

⁴⁹ Corte. cost., n. 230 del 2012.

Una parziale apertura della Corte costituzionale alla retroattività degli indirizzi giurisprudenziali, con possibilità di revisione del giudicato, si è avuta per i c.d. casi dei “fratelli minori” di Scoppola, ossia di coloro che si trovavano nella stessa situazione del signor Scoppola ma che non avevano fatto tempestivo ricorso alla Corte europea avverso la pronuncia di condanna all’ergastolo (anziché a trent’anni).

Sulla base del ragionamento della Corte di Strasburgo già illustrato circa il valore di “fonte” delle proprie sentenze, nonché dell’obbligo di adeguamento a esse per gli Stati, la Corte costituzionale⁵⁰ ha ammesso la modifica dei giudicati penali di condanna nei loro confronti, e segnatamente la rideterminazione della pena in quella di trent’anni di reclusione, secondo i principi enunciati dalla Corte e.d.u., interpretando in maniera estensiva l’art. 673 c.p.p. che, in caso di dichiarazione di incostituzionalità di norma incriminatrice, testualmente prevede la revoca della sentenza per abolizione di reato. Si legge in sentenza: «il giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile che, come invece accade di regola, limiti gli effetti dell’obbligo conformativo ai soli casi ancora *sub iudice*». Tale competenza viene attribuita dalla Corte al giudice dell’esecuzione⁵¹. Tuttavia occorre sottolineare che, per la Corte costituzionale è elemento significativo che la pronuncia di riferimento fosse di “incostituzionalità della norma” e non sentenza su caso specifico.

Nella stessa sentenza, la Corte costituzionale riconosce un parallelo tra il diritto alla retroattività della norma più favorevole sancito nell’art. 2 c.p. e l’art. 7 della C.e.d.u.: «Si tratta, nell’ambito dell’art. 7, paragrafo 1, della C.e.d.u., di un principio analogo a quello contenuto nel quarto comma dell’art. 2 cod. pen., che dalla Corte di Strasburgo è stato elevato al rango di principio della Convenzione»⁵².

In riferimento alla possibilità di includere, come ipotesi di revisione del giudicato, il caso di mutamento giurisprudenziale più favorevole al reo – ipotesi favorevolmente accolta dalla giurisprudenza della Corte europea –, la Corte costituzionale ha espresso parere contrario, stante la non equiparabilità tra fonte legislativa e giurisprudenza di merito⁵³.

Parte della dottrina, suggerisce che «la copertura normativa alla soluzione

⁵⁰ Corte. cost., n. 230 del 2012.

⁵¹ Corte. cost., n. 230 del 2012 ove si precisa che «esclusivamente l’ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale, relativa ad un caso che sia identico a quello deciso, [...] non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva».

⁵² Corte. cost., n. 230 del 2012.

⁵³ Corte. cost., n. 230 del 2012.

dell'applicazione retroattiva dell'interpretazione in *favor rei* per incidere sullo status processuale del reo non può che individuarsi nelle stesse fonti europee richiamate: i principi comunitari, compresa la Carta di Nizza, e l'art. 7 C.e.d.u. L'applicazione retroattiva andrebbe quindi a costituire una forma di interpretazione adeguatrice alle fonti europee, legittimata dal loro richiamo da parte delle norme costituzionali interne»⁵⁴. In tale prospettiva, «la valutazione circa l'applicazione in concreto del principio di retroattività della *lex mitior* da parte del legislatore ordinario, specie nel caso di introduzione di una normativa in deroga allo stesso principio, è riservata alla Corte costituzionale, [mentre] la stessa valutazione, operata sull'applicazione giurisprudenziale del principio, verrebbe riservata al giudice ordinario»⁵⁵.

Tuttavia rimane problematico individuare dove cade il discrimine tra la revisione di sentenza (*ex art. 630 c.p.p.*) in caso di sentenza della C.e.d.u. interpretativa, alla base di successiva declaratoria interna di incostituzionalità (come nel caso dei c.d. fratelli minori di Scoppola), e la non revisione della sentenza a seguito di sentenza di mutamento interpretativo della norma da parte di corti supreme nazionali, in particolar modo quando tale mutamento avviene al fine di conformarsi a sentenze della Corte e.d.u. (interpretative delle norme convenzionali).

11. Retroattività delle pronunce di incostituzionalità

Secondo giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, la regola generale è la retroattività delle dichiarazioni di incostituzionalità, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale della norma. Ciò deriva dalla differenza, della quale occorre tener conto, tra gli effetti delle sentenze di accoglimento, che producono la radicale e definitiva cancellazione della norma dall'ordinamento (per inefficacia); e gli effetti dell'abrogazione che comportano, invece, l'inedoneità a continuare a regolare la materia per situazioni future, ferma rimanendo la sua idoneità per quelle pregresse.

Tuttavia per le norme penali sostanziali opera, come norma derogatoria, l'art. 25, co. 2, Cost che, quindi, impedisce la retroattività di norme sfavorevoli al reo, una volta intervenuto il giudicato. In conformità a ciò, ai sensi l'art. 673 c.p.p. è prevista la revoca della sentenza di condanna, passata in giudicato, nel caso di *abolitio criminis* ovvero di declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

⁵⁴ BALSAMO, DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, in questa *Rivista* online, 2012, 2.

⁵⁵ BALSAMO, DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, cit.

Una parziale apertura alla revisione del giudicato, si è avuta nel caso di sentenze dichiaranti l'incostituzionalità di norme che, pur non comportando l'abolizione del reato, determinano un trattamento più favorevole al reo. Mediante ragionamento per analogia, la Corte⁵⁶ è arrivata a riconoscere la retroattività anche di sentenze di declaratorie di incostituzionalità comportanti la revisione parziale dell'incriminazione. La Cassazione, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale, ha riconosciuto la revisione di condanne passate in giudicato, alla luce della dichiarazione di incostituzionalità della legge applicativa della c.d. "aggravante della clandestinità", interpretando estensivamente il concetto di pena di cui all'art. 673 c.p.p. nel senso di comprendervi anche le norme in senso lato incriminatrici⁵⁷; la irretroattività *in malam partem*, comunque, rimane esclusa quando la dichiarazione di incostituzionalità riguardi norma incriminatrice.

Relativamente al diritto processuale, invece, le declaratorie di incostituzionalità hanno effetti retroattivi, indipendentemente dal fatto che agevolino o aggravino la posizione del soggetto. Si determina, di fatto, l'annullamento degli effetti intertemporali della norma poi dichiarata incostituzionale, facendo rivivere la situazione processuale antecedente, salvo si tratti di rapporti esauriti o definitivi. La regola del *favor rei* è «regola che la giurisprudenza e la prevalente dottrina ritengono circoscritta alle sole norme penali sostanziali e non anche alle norme processuali, sebbene sia difficile dubitare che anche queste possono influire, talora anche incisivamente [...] sugli sviluppi del giudizio decisorio di condanna»⁵⁸.

Tale indirizzo è stato applicato dalla Cassazione in riferimento al caso Sme, prendendo atto della dichiarazione di incostituzionalità della legge Pecorella (l. 20 febbraio 2006, n. 46)⁵⁹.

12. Norme sostanziali e norme processuali

Nel momento dell'accertamento giurisdizionale della pretesa punitiva dello Stato si verifica un rapporto giuridico processuale penale [...] in cui lo Stato-amministrazione è sottoposto al diritto oggettivo in condizioni sostanzialmente pari a quella dell'imputato

La distinzione tra norme penali sostanziali e norme processuali è distinzione ricorrente, soprattutto nella giurisprudenza interna, per giustificare una diver-

⁵⁶ Corte cost., n. 249 del 2010.

⁵⁷ L'orientamento precedente, invece, circoscriveva l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. ai soli casi di norme incriminatrici con autonomo titolo di reato.

⁵⁸ Cass., Sez. VI, 5 marzo 2007, P.G. in proc. Berlusconi ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 235737.

⁵⁹ Corte cost., n. 26 del 2007.

sa applicazione dei principi di garanzia.

La concezione tradizionale e la dottrina maggioritaria distinguono le norme penali in norme sostanziali e in norme processuali, queste ultime in rapporto di accessorietà rispetto alle prime.

Le norme sostanziali sarebbero le norme che, individuando le condotte penalmente illecite, «attribuiscono virtualmente allo Stato la potestà punitiva»⁶⁰; le norme processuali, invece, sono «tutte e soltanto quelle che regolano in modo generale l'inizio, lo svolgimento e la fine del processo, che stabiliscono le garanzie giurisdizionali dell'esecuzione dei giudicati [...] e che attribuiscono ad organi dello Stato o ai privati potestà del contenuto formale del processo, cioè delle mere forme processuali»⁶¹.

Tale approccio è, sostanzialmente, quello ancora adottato dalla giurisprudenza interna, sebbene con alcune aperture. La stessa Corte costituzionale, infatti, ha segnalato come, talvolta, anche le norme processuali possano influire sulla sfera delle garanzie alla libertà del soggetto e che occorre valutare, di volta in volta, gli effetti della norma.

Più decisa, invece, l'apertura della Corte e.d.u., secondo la quale i principi propri della materia penale "sostanziale" a tutela dell'individuo devono trovare applicazione indipendentemente dal procedimento e dalla qualificazione formale data alla norma.

Nel caso *Varvara c. Italia*⁶², la Corte fissa il principio per cui vi è violazione della Convenzione qualora l'interpretazione data dai giudici nazionali a norme interne contrasti con i principi della C.e.d.u. di inquadramento della materia.

Nel caso specifico, la tipologia di confisca oggetto di giudizio era già stata qualificata dalla Corte europea come "pena"⁶³, soggetta quindi ai principi dell'art. 7 C.e.d.u. I giudici nazionali, invece, richiamandosi al consolidato inquadramento interno di tale tipologia di confisca come sanzione amministrativa, avevano proceduto alla sua applicazione anche in mancanza di sentenza definitiva di condanna, con evidente violazione del principio di legalità.

Secondo la Corte di Strasburgo, inoltre, «l'interpretazione della norma applicabile da parte dei giudici nazionali è stata fatta a scapito dell'imputato»⁶⁴, violando, quindi, il divieto, in materia penale, di interpretazione estensiva in danno dell'imputato.

⁶⁰ MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1968, 85.

⁶¹ MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., 86.

⁶² Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

⁶³ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*.

⁶⁴ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

In dottrina, la tradizionale distinzione sopra riportata non è pacifica. In particolare, si sottolinea che tale distinzione non avrebbe nulla di ontologico, trattandosi di una scelta, relativa e provvisoria, del terreno di indagine: da un lato la pretesta punitiva (astratta) e dall'altro l'azione penale (concreta). Il criterio distintivo è, quindi, frutto di un approccio sistemico allo studio del diritto che scompone l'intero ordinamento in "sotto ordinamenti" o "branche del diritto" a seconda del diverso scopo e contenuto delle norme, sotto l'assio ma che «mentre il fatto può essere oggetto di diverse norme, invece la norma non può nello stesso tempo appartenere a rami diversi del diritto»⁶⁵.

Si osserva non solo che «alcune norme appartengono, allo stesso tempo, al diritto penale e alla procedura penale»⁶⁶ ma anche che «l'attribuzione di una norma alla categoria processuale non è da considerarsi come un indelebile 'marchio di processualità, cui richiamarsi per risolvere problemi interpretativi od operativi, né quando tale attribuzione avviene da parte del legislatore né quando avviene da parte dell'interprete»⁶⁷.

In contrapposizione al rapporto di accessorietà tra le due categorie, si richiama il principio *nulla poena sine iudicio*, come esemplificazione dell'interrelazione di reciproca e necessaria complementarietà (e non la mera accessorietà) tra norme sostanziali e norme processuali, pena la sterilità dello stesso sistema penale sostanziale⁶⁸.

Guardando agli effetti che l'approccio tradizionale ha sull'applicazione di alcuni principi generali – come quello dell'irretroattività o meno delle norme; del divieto o meno di interpretazione analogica (*in bonam e in malam partem*); dell'applicazione estensiva o meno della norma – appare abbastanza evidente che per le norme processuali le garanzie per la sfera di libertà del singolo vengono, in linea generale, comprese in favore dell'esercizio dell'azione penale e del potere punitivo e preventivo dello Stato. Se ciò era in linea con l'assetto sostanzialmente inquisitorio del codice di procedura Rocco, non è possibile dire lo stesso rispetto alle scelte fatte con la Costituzione (soprattutto alla luce della Riforma dell'art. 111 Cost.) e con il nuovo codice di procedura che introduce un processo sostanzialmente accusatorio.

Il fulcro del sistema post costituzionale diviene l'individuo (e non più lo Stato). Tenendo fermo tale punto di osservazione, si destabilizza, finanche a ve-

⁶⁵ GRISPIGNI, *Diritto processuale penale I*, Roma, 1945, 128.

⁶⁶ MERLE, VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, 1973, 228 (nel testo originale: «certains règles appartiennent à la fois au droit pénal et à la procédure pénale»).

⁶⁷ CHIAVARIO, voce *Norma processuale penale*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1972, 441.

⁶⁸ Posizione ancora più estrema, considera il fenomeno processuale come originario e prevalente (FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965).

nir meno, quell'opposizione tradizionale tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale, in quanto, in entrambi è sempre in gioco il rapporto tra pretesa punitiva dello Stato e libertà dell'individuo, senza tuttavia un interesse prioritario a veder "prevalere" l'uno o l'altro soggetto. Mentre nelle norme sostanziali la pretesa gioca "in astratto"⁶⁹, nelle norme processuali tale pretesa si concretizza nel caso *a quo*.

Il diritto processuale è chiamato non solo ad accertare la tenuta o meno dell'ipotesi accusatoria ma a regolare in concreto tale pretesa punitiva ponendo in primo piano l'individuo che, nel processo, si trova a dover tutelare la propria libertà fisica, morale ed economica.

Da ciò può concludersi un'unitarietà dei diritti individuali tra la fase sostanziale e la fase processuale, omogeneità dalla quale non può che discendere un'omogeneità della loro tutela.

In parallelo, anche la pretesa punitiva conserva gli stessi presupposti e obiettivi sia nelle norme sostanziali sia nelle norme processuali: lo scopo è, infatti, la deterrenza (in chiave preventiva nelle norme sostanziali, in chiave esemplare e "rieducativa" nella fase di esecuzione), rafforzato dal concomitante ridimensionamento della funzione satisfattiva della pena, come risulta dalla minor "importanza" processuale data alla figura della vittima.

Cadendo la presupposta differenza ontologica tra norme sostanziali e processuali, si dovrebbe concludere per una sostanziale e uniforme applicazione, almeno in via generale, dei principi generali, e ciò significa mantenere la stessa attenzione nello «stimolare la riflessione sui valori e sui disvalori in gioco»⁷⁰. Tuttavia tali garanzie per l'individuo, stante la pluralità di valori tutelati costituzionalmente, possono entrare in conflitto con i valori di sicurezza sociale e certezza del diritto, tutelati anche dall'esercizio stesso dell'azione penale. In tal caso occorre effettuare un bilanciamento che, alla luce di quanto detto sopra, dovrà considerare le restrizioni delle garanzie individuali come "eccezionali" e derogatorie. Tra i diversi problemi derivanti dalla mancata equiparazione ontologica tra norme sostanziali e norme processuali, si pone anche quello della costituzionalità delle norme processuali "imperfette", ossia il problema dell'assenza di sanzioni processuali a livello sistematico. Di fatto, solo alcune e circostanziate violazioni di norme processuali trovano "ripara-

⁶⁹ Con maggior precisione, tuttavia, il carattere astratto appartiene solo alla parte pubblica in quanto il soggetto che, agendo, viola la norma - presupposta, in via generale, la non ignoranza della legge penale, di fatto compie un calcolo "costi-benefici". Inoltre, volendo essere l'effettività della pena strumento detentivo, è ragionevole supporre che la valutazione che il soggetto compie "ante fatto", ossia prima di commettere il fatto, riguardi anche la fase processuale.

⁷⁰ CHIAVARIO, voce *Norma processuale penale*, cit., 444.

zione” all'interno del processo, sanando così la violazione. La gran parte, invece, trova sanzioni solo a carattere disciplinare o, peggio, ricadono nel silenzio normativo, salvando, così, il processo come atto piuttosto che l'equità del processo.

Al superamento della dicotomia si oppone, da parte della giurisprudenza, soprattutto una lettura restrittiva dell'art. 25, co. 2, Cost. secondo la quale la tutela data dall'irretroattività riguarderebbe solo le norme sostanziali; e dell'art. 2 c.p. secondo la quale la tutela data dalla retroattività di norma più favorevole riguarderebbe anch'essa le sole norme sostanziali. Per le norme processuali sarebbe applicabile, in via generale, l'art. 11 delle preleggi, dal quale si fa discendere il principio del *tempus regit actum*.

Tuttavia tale lettura non può ritenersi “intoccabile”. Già in fase costituyente, la lettura dell'art. 25 Cost. non era pacifica. La formulazione iniziale, infatti, recitava: «nessuno può essere sottoposto a processo né punito se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso»⁷¹, con l'evidente riferimento del tempo di commissione del fatto anche per il processo. Inoltre, si osserva che, potendo il giudizio essere congegnato in modo più o meno favorevole al reo, le norme di procedura che restringono l'ambito del libero esercizio dei diritti, dovrebbero soggiacere ai principi generali del diritto sostanziale⁷².

La tesi favorevole argomenta, in particolare, che il momento di riferimento essenziale per la determinazione dei limiti di retroattività delle norme processuali è la tutela dell'affidamento del singolo. Il punto fondamentale è che «la ratio sottostante alla garanzia della cosiddetta “irretroattività” si fonda su un principio di tutela dell'affidamento del singolo, che non può essere sempre riportato ad un unico punto di riferimento temporale»⁷³.

La questione diviene, allora, di individuare tale “punto”. Ammettere che per tutte le norme processuali debba prevalere l'affidamento, comporterebbe ammettere un'evidente distorsione *in apicibus* delle finalità del processo, trasformando la logica della garanzia e dell'affidamento in una sorta di «suggerimento perverso che lo stesso ordinamento darebbe all'individuo [...], a calcolare in anticipo le probabilità di sfuggire, attraverso gli strumenti del processo, alla sanzione incombente»⁷⁴. Viceversa, l'affidamento sulla fissità del quadro

⁷¹ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, VI, Roma, 1971, 367.

⁷² CARNELUTTI, *Il ricorso in Cassazione contro le sentenze dell'Alta Corte di giustizia è veramente escluso?*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 80.

⁷³ CHIAVARIO, voce *Norma processuale penale*, cit., 479.

⁷⁴ CHIAVARIO, voce *Norma processuale penale*, cit., 479.

normativo potenzialmente rilevante ai fini del processo andrà tutelato man mano che si precisa «in relazione ai più differenti momenti, normalmente successivi a quelli del “fatto”»⁷⁵. Tale momento può essere individuato, allora, nel momento processuale in cui il giudice è chiamato ad applicare la norma, ossia nel momento in cui vengono concretizzate le garanzie dell'imputato sul singolo atto processuale.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte circa la sostanziale omogeneità dell'impatto sulla sfera di vita dell'individuo che possono avere sia le norme sostanziali sia le norme processuali, contribuendo entrambe alla realizzazione della pretesa punitiva dello Stato, si auspica un superamento della posizione della giurisprudenza interna che, diversamente dalla Corte di Strasburgo, pur valorizzando la portata assunta dal principio di legalità dei reati e delle pene operata dalla giurisprudenza della Corte e.d.u. e, pur considerando un progresso del pensiero giuridico quello di aver tentato la costituzionalizzazione del principio di retroattività della norma più favorevole attraverso l'interpretazione estensiva dell'art. 7 C.e.d.u., non ne accoglie le implicazioni applicative, confermando che i principi della legalità penale (sostanziale) non possono essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale.

12. Considerazioni finali: il ruolo dell'interpretazione

Il nuovo contesto è segnato da significativi mutamenti nelle funzioni e negli assetti dei poteri fondamentali dell'ordinamento, così come erano stati delineati in Costituzione. In particolare, «si registrano [...] mutazioni qualitative, che accompagnano la progressiva maturazione dell'“ordinamento giuridico integrato”, e che, da un lato, affrancano definitivamente anche la “cittadella penale” dal paradigma ordine geometrico *demonstratum* della modernità giuridica, dall'altro esaltano (ancor più) il ruolo del giudice, ponendolo al cospetto di uno strumentario giuridico originale, sempre in progress, e sempre più costellato di *leges imperfectae*»⁷⁶.

Elemento centrale è la progressiva “erosione” del principio di riserva di legge, sulla cui base si è storicamente articolato il modello ordinamentale di *civil law*, i cui sostenitori, sempre fieramente, lo hanno eretto a baluardo non solo della certezza del diritto ma, soprattutto, della garanzia della legge come “espressione del popolo”. La creazione del diritto per via legislativa, infatti, è portata avanti da organi parlamentari – e, quindi, democraticamente eletti,

⁷⁵ CHIAVARIO, voce *Norma processuale penale*, cit., 479.

⁷⁶ MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in questa *Rivista* online.

rappresentativi della pluralità delle componenti della comunità –, e secondo tecniche dialettico-dialogiche, rafforzate ulteriormente nei sistemi a bicameralismo perfetto.

Di contro, si pone la metodologia di *common law* che, sostanzialmente, affida la produzione normativa soprattutto a organi giurisdizionali, i quali ragionano su casi concreti e solo indirettamente e progressivamente, nel tempo e nello 'spazio' (attraverso il rinvio a quanto deciso da altri organi giurisdizionali in altri casi concreti), si pongono in maniera dialogica.

Certamente il metodo “giurisprudenziale” consente un contatto diretto con le problematiche della società e dei soggetti che si trovano a interagire nell'esperienza processuale, e, quindi, facilita l'adeguamento normativo, soprattutto quando la rappresentanza politica e gli organi politici attraversano fasi di disfunzione. «Il metodo dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo [che] produce continuamente un profondo ripensamento di categorie giuridiche [...], determinando un vero e proprio salto di qualità nella cultura e nella stessa autocoscienza del giudice, che percepisce sempre più il proprio ruolo come un insostituibile contributo al raggiungimento di più elevati livelli di tutela di diritti fondamentali riconosciuti al tempo stesso dalla Costituzione e dalle Carte internazionali»⁷⁷.

Nel nostro ordinamento, però, inserire fonti giurisprudenziali che esplichino i loro effetti al di là del caso concreto che viene deciso, crea problemi di carattere sistemico, derivanti soprattutto dalla presenza sia della Corte costituzionale, ossia di un soggetto che ha la funzione e il potere, costituzionalmente previsti, di valutare, prescindendo dal caso concreto, la legittimità delle leggi nella prospettiva della salvaguardia dell'assetto costituzionale; sia della Corte di cassazione chiamata, viceversa, attraverso la decisione sul caso concreto, ad assicurare la corretta e uniforme applicazione del diritto da altri creato. La funzione creatrice è, quindi, ontologicamente e materialmente affidata a organi diversi dalla magistratura giudicante.

Ciò non avviene nei sistemi a produzione giurisprudenziale del diritto, come è quello della C.e.d.u. In esso sussiste un unico organo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamato sia a decidere il caso concreto sia a creare il diritto, essendosi pressoché esaurito il contributo dei rappresentanti degli Stati membri all'elaborazione e approvazione del testo originario della Convenzione. Il diritto così creato dal sistema della C.e.d.u. entra, anche, nell'ordinamento interno.

⁷⁷ BALSAMO, DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, cit.

Tale “effetto” non crea particolari problemi sistemici per la Cassazione la quale, semplificando, vedrà allargato l'orizzonte delle norme di riferimento, dovendo, sostanzialmente, trattare nello stesso modo i conflitti tra norme, indipendentemente dalla fonte che le ha originate (ossia attraverso interpretazione conforme o, in caso di fallimento, con rinvio alla Corte costituzionale). Diversamente, per la Corte costituzionale, che si trova a dover “bilanciare” la tenuta e la compattezza dell'assetto costituzionale (indiscusse rispetto ai poteri interni) con un sistema sovranazionale che, a seguito degli obblighi sottoscritti dagli Stati in adesione alla Convenzione, è legittimato a divergere da quello costituzionale interno, in virtù della particolare sfera di diritti e situazioni che è chiamato a tutelare.

Come emerge dalle recenti pronunce della Corte costituzionale, il discorso si sposta sull'individuazione del limite di “cessione” o di “compatibilità” tra i due ordinamenti, limite che la Corte ritiene di individuare, dal punto di vista metodologico, di volta in volta, dando ampio spazio alle tecniche interpretative.

Venendo meno la possibilità di definire in astratto e in maniera compiuta tale limite, riemerge un ruolo primario dell'interpretazione che, tuttavia, per non risolversi in un mero *passepourtout*, duttile a indirizzare dove si vuole, di volta in volta, il giudizio, deve riscoprire la funzione di tessuto “connettivo” dato dai principi generali, come fonti in grado di orientare l'interprete, nell'inquadrare e sistematizzare i rapporti tra norme e tra ordinamenti, ossia a individuare l'architettura di valori che deve sorreggere ogni esercizio di potere.

«Al volgo d'ogni classe è sempre parsa strana, e quasi fraudolentemente preordinata dai giuristi, parassiti della giustizia, la necessità che hanno le leggi di essere interpretate. Un deputato socialista, divenuto poi ministro per disgrazia d'Italia, sentenziò in parlamento, nuovo Boccaccio, la perfetta inutilità degli studi giuridici. Costui doveva certamente ragionare così: se un ignorante può divenire deputato e ministro, se, cioè, può essere ignorante chi fa la legge, è evidente che a maggior ragione potrà esserlo altresì chi deve applicarla. [...] L'uomo volgare comprende come si possano pubblicare intere biblioteche per interpretare i poeti, i romanzieri e altri spacciatori di frottole più o meno artistiche, ma non capisce perché la legge non debba disporre in modo preciso e particolare circa il caso toccato a lui o alla sua comare, così da rendere inutile l'interpretazione.

Ma con buona pace del volgo, la necessità d'interpretare le leggi sussiste e sussisterà sempre, sinché la disciplina dei rapporti giuridici sarà data da norme preventive e generali. Anzi, quanto più la legge è tecnicamente perfetta,

tanto maggiore diviene la detta necessità»⁷⁸.

⁷⁸ MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., 31-32.

ARCHIVIO PENALE 2014