

## Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole

Antonio Balsamo, Siro De Flammineis

### La decisione

**Sicurezza pubblica - Stranieri - Overruling** (D.Lgs. art. 6, co. 3, 25 luglio 1998, n. 286; L. 15 luglio 2009, n. 94; C.p., art. 2).

*In presenza di interventi della Corte regolatrice che effettuino un rovesciamento di un costante e consolidato pregresso orientamento, con un effetto sostanziale abolitivo della norma incriminatrice sia legittima la revoca della condanna emessa sulla base dei pregressi parametri di legalità materiale*

TRIBUNALE DI TORINO, G.u.p. RECCHIONE, Ord. 30 gennaio 2012.- Amechi, interessato.

### Il commento

#### 1. La retroattività dell'*abolitio criminis* di matrice giurisprudenziale.

Negli ultimi anni, la giurisprudenza italiana è attraversata da dinamiche innovative che stanno modificando radicalmente la tradizionale configurazione di alcuni dei principi fondamentali del diritto e del processo penale: il metodo dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo produce continuamente un profondo ripensamento di categorie giuridiche sulle quali sembrava essersi ormai formato un consolidato indirizzo ermeneutico, 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.

Una significativa espressione di questa tendenza è offerta dalla recentissima ordinanza emessa il 30 gennaio 2012 dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Torino, che ha ritenuto revocabile in sede di esecuzione la sentenza di condanna per il reato di omessa esibizione dei documenti di identificazione e del permesso di soggiorno, commesso dallo straniero in condizione irregolare dopo la novella introdotta dalla l. 15 agosto 2009, n. 94 - che ha riformulato la previsione incriminatrice contenuta nell'art. 6, co. 3, decreto legislativo n. 286 del 1998 - ma giudicato prima dell'intervento della

Cassazione a Sezioni Unite <sup>(1)</sup> che ha qualificato tale modifica normativa come *abolitio criminis* relativamente alle condotte poste in essere da stranieri irregolari, nei confronti dei quali la esibizione contestuale del documento di identità e del documento che attesta la regolarità del soggiorno è stata ritenuta inesigibile.

Si è trattato di una nuova interpretazione giurisprudenziale con effetti sostanzialmente corrispondenti alla abrogazione parziale di una fattispecie incriminatrice. Com'è noto, infatti, la natura "abolitiva" della novella del 2009 non era mai stata affermata, prima della sentenza del 24 febbraio 2011, dalla giurisprudenza di legittimità, la quale era invece costantemente ed univocamente orientata nel senso di ritenere la perdurante illiceità del comportamento dello straniero, anche clandestino, che non offrisse in visione il documento di identità.

Il giudice torinese è giunto a ritenere che, nel caso di *overruling* abolitivo della fattispecie incriminatrice, si possa intervenire sul giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p., alla luce di una accurata analisi dei principi affermati nella sentenza Beschi delle Sezioni Unite della Corte di cassazione: <sup>(2)</sup> che ha stabilito che "il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata", precisando che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale).

## **2. La estensione del principio di retroattività alla interpretazione giurisprudenziale favorevole: i profili critici e gli spazi possibili.**

Il tema affrontato dall'ordinanza in esame è, senza ombra di dubbio, di notevole interesse poiché contiene una proiezione, la proiezione del diritto penale verso la modernità e verso un ordinamento integrato con le fonti del diritto europee.

A fondamento del principio interpretativo adottato vi è l'idea che il principio

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, P.M. in proc. Alacev, in *Mass. Uff.*, n. 249546.

<sup>2</sup> Si tratta della pronuncia Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, P.G. in proc. Beschi, in *Mass. Uff.*, n. 246651.

di retroattività della norma penale più favorevole possa essere esteso, in presenza di determinate condizioni, anche alle pronunce giurisprudenziali.

La decisione *de qua* concerne l'aspetto delle modifiche - in senso lato - del diritto penale sostanziale che generano effetti processuali e non il contrario. L'in sé della questione non si incentra soltanto sulle problematiche relative alle preclusioni processuali del giudicato penale, sulla cui possibilità di superamento, in ragione della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, si sono espresse in più occasioni la Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>3</sup>, la Corte Suprema di cassazione (anche in senso contrario)<sup>4</sup>, la Corte Costituzionale<sup>5</sup>, e, da ultimo, si sono pronunciate le Sezioni Unite con la sentenza Beschi; la questione riguarda il diritto penale sostanziale e l'eventuale ricomprensione al suo interno del formante giurisprudenziale.

Il problema delle fonti nel diritto penale deve essere messo a fuoco in fun-

---

<sup>3</sup> Si veda, da ultimo, quanto al giudicato civile CGCE, Sez. II, 3 settembre 2009, C-2/08, sulla questione pregiudiziale sollevata dalla Cassazione nella causa Amministrazione dell'Economia e delle Finanze ed Agenzia delle Entrate con Fallimento Olimpiclub S.r.l. Si vedano altresì sul tema CGCE, Sez. I, 16 marzo 2006, causa, C-234/04, Kapferer; Id., Grande Sezione, 18 luglio 2007, C-119/05, Ministero dell'Industria contro Lucchini S.p.a.; Id., 13 gennaio 2004, C-453/00, Kühne & Heitz; Id., Sez. V, 7 gennaio 2004, C-201/02, Wells; Id., 30 settembre 2003, C-224/01, Köbler; Id., Sez. I, 28 giugno 2001, C-118/00, Larsy; Id., 1 giugno 1999, C-126/97, Eco Swiss;

<sup>4</sup> In particolare, in senso contrario alle Sezioni Unite: Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, P.G. in proc. Beschi, cit., le seguenti pronunce hanno esplicitato che non si può procedere alla revoca della sentenza di condanna, passata in giudicato, per abolizione del reato, nel caso di un successivo intervento delle Sezioni Unite che, con riguardo a una fattispecie identica, escluda la sussistenza del reato affermando invece la configurabilità di un mero illecito amministrativo; cfr. Cass., Sez. I, 11 luglio 2006, Aliseo, in *Mass. Uff.*, n. 235265, si veda anche Cass., Sez. I, 13 luglio 2006, La Cara, *ivi*, n. 234978. Dunque, l'indirizzo interpretativo prevalente afferma che il mutamento di giurisprudenza non rappresenta un elemento nuovo che consenta di riproporre la questione già respinta in un precedente procedimento di esecuzione, rimuovendo la preclusione del c.d. "giudicato esecutivo" (Cass., Sez. I, 11 marzo 2009, Cat Berro, *ivi*, n. 243810; Id., Sez. V, 27 aprile 2004, Giovannini, *ivi*, n. 229868; Id., Sez. I, 28 marzo 1995, Marchesi, *ivi*, n. 201624). L'opposto orientamento afferma che il mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale - e, segnatamente, quello concretatosi in una pronuncia delle Sezioni Unite - può integrare una nuova motivazione giuridica che rende ammissibile la riproposizione al giudice dell'esecuzione di una richiesta precedentemente rigettata (Cass., Sez. V, 24 febbraio 2004, Aragno, in *Mass. Uff.*, n. 228764). Con riferimento, invece, alla materia del "giudicato cautelare" (disciplinata in maniera strutturalmente analoga, ma non identica, a quella del "giudicato esecutivo"), il prevalente indirizzo interpretativo della Suprema Corte tende ad escludere che il mutamento di giurisprudenza consenta di superare la relativa preclusione processuale, fondata sul principio del "*ne bis in idem*" di cui all'art. 649 c.p.p. (v. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2006, Librato, in *Mass. Uff.*, n. 235908, con riferimento alla sopravvenienza di una sentenza della Corte di cassazione che esprimeva un indirizzo giurisprudenziale minoritario; v. altresì Cass., Sez. II, 26 novembre 2008, Elia e altro, in *Mass. Uff.*, n. 242779, con riferimento, però, ad una questione, in concreto, irrilevante ai fini della decisione). Una differente soluzione è stata sviluppata da Cass., Sez. V, 23 aprile 2002, De Biase G., in *Mass. Uff.*, n. 221925.

<sup>5</sup> Sul tema, da ultimo Corte Cost. sent. n. 113 del 4 aprile 2011, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale.

zione del principio di tipicità, che a sua volta è espressione del principio di stretta legalità, fondato sull'art. 25 Cost.; un diritto "flessibile", ovvero un diritto malleabile alla stregua del diritto "mite" teorizzato da Dworkin<sup>6</sup>, solitamente piace poco al penalista perché svilirebbe il contrappeso garantistico della prevedibilità *ex ante* di quando si può essere puniti e quando no<sup>7</sup>.

Ebbene, rammenta l'ordinanza in esame che secondo la giurisprudenza comunitaria il principio di legalità in materia penale è informato anche dall'interpretazione giurisprudenziale che viene data alla norma generale ed astratta e, dunque, il processo di conoscenza di una norma penale presuppone la prevedibilità anche della norma "vivente", risultante dall'applicazione dei giudici.

Queste affermazioni relative al principio di legalità in materia penale valorizzano la legalità materiale o sostanziale, affermato in ambito europeo<sup>8</sup>, in contrapposizione alla legalità meramente formale del dato legislativo.

Il canone della legalità sostanziale nasce nella giurisprudenza europea con riferimento al corollario del divieto di irretroattività della norma penale più sfavorevole, esteso anche alle interpretazioni giurisprudenziali *contra reum*<sup>9</sup>; solo successivamente questo concetto viene utilizzato anche nell'ambito del corollario della retroattività della *lex penalis mitior* (anch'esso riconosciuto come un principio fondamentale in ambito europeo dalle più recenti sentenze della Corte di Giustizia<sup>10</sup>) e poi esteso anche all'interpretazione *in favor rei*. Muovendosi esclusivamente nell'ottica del diritto interno, i profili critici che emergono sono molteplici: innanzitutto, riguardo al principio di retroattività

<sup>6</sup> V. DWORKIN, *No Right Answer?*, New York University Law Review, LIII,1,1978; trad. it., GUASTINI, *Non c'è soluzione corretta*, Materiali per una storia della cultura giuridica, XIII, 2,1983; Id., *I diritti presi sul serio*, Milano, 1982; Id., *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge, Mass., 1986; sul tema anche Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>7</sup> Sul tema RAMACCI, in *Riv. it. delle scienze giuridiche*, Napoli, 1, 2010, 354 ss.; si veda anche sul tema A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, Torino, 2008, 306.

<sup>8</sup> cfr. anche CGCE, Sez. II, 8 febbraio 2007, C-3/06, Groupe Danone c/Commissione Comunità europee.

<sup>9</sup> Si veda CGCE, Sez. II, 8 febbraio 2007, cit., in *Cass. Pen.*, 5, 2007, 320 ss. In questa pronuncia si afferma che "il principio di irretroattività delle norme penali è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli stati membri e fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza"; cfr. altresì CGCE, 10 luglio 1984, C-63/83, Kirk). Per la Corte eur. dir. uomo, si veda Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II.

<sup>10</sup> cfr., tra le altre, CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi, secondo cui "il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite rientra tra i principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare il diritto comunitario".

della legge penale più favorevole, la dottrina e la giurisprudenza concordano nel collocarlo al di fuori della Carta costituzionale, ed in particolare nel ritenerlo estraneo all'art. 25, co. 2, Cost., il cui precetto è riferito in via esclusiva al diverso canone della irretroattività della legge penale in *malam partem*<sup>11</sup>. Pertanto, l'unico aggancio positivo al canone della retroattività della legge più favorevole sarebbe da rinvenirsi nell'art. 2, co. 4, c.p., ma anche rispetto a tale ipotesi si sottolinea in senso contrario il profilo di derogabilità di tale disposizione, prevista da una legge ordinaria.

Di qui, la valorizzazione da parte della Corte costituzionale del canone di eguaglianza ex art. 3 Cost., nella cui orbita si riconduce il principio della retroattività delle norme di favore<sup>12</sup>.

La prevalente dottrina italiana si è assestata in questo senso, si afferma infatti che il principio della retroattività della norma penale più favorevole trovi fondamento costituzionale non nel principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost. bensì nel più generale principio di *eguaglianza-ragionevolezza* di cui

---

<sup>11</sup> Per la dottrina l'opinione è tradizionalmente condivisa, si veda *ex multis* Vassalli, *Abolito criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 377; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 267; SEVERINO, *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXX, Roma, 1993, 1. Per la giurisprudenza costituzionale costante, Corte cost., sentt. n. 219 del 2004; n. 381 del 2001; ordd. n. 222 del 2002; nn. 432 e 220 del 2001; espressamente nella sent. n. 393 del 2006, cit. e sent. n. 394 del 23 novembre 2006, in *Giur. Cost.*, 6, 2006, con nota di DE MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, 293 ss. e in *Dir. pen. e proc.*, 3, 2007, 324 ss., con nota di LA ROSA, si afferma che "il regime giuridico riservato alla *lex mitior*, e segnatamente la sua retroattività, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo". *Contra*, considera principi materialmente costituzionali quelli contenuti nell'art. 2 c.p., in quanto riconducibili al principio supremo del *favor libertatis*, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano 2003, 116 ss. Per un orientamento minoritario favorevole alla riconducibilità del principio ex art. 2, co. 4, c.p. all'art. 25, co. 2, Cost., con uno sguardo ai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, ARDIZZONE, *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 2, 2007, 208 ss., secondo cui tale principio è "implicito" nella stessa disposizione costituzionale e per la giurisprudenza soprattutto Corte cost. n. 277 del 1990, in *Giust. pen.* 1990, I, 225 ss. nella cui motivazione si legge che i costituenti, in realtà, condivisero il principio della retroattività della legge "successiva" favorevole al reo e non raggiunsero l'accordo solo sull'ampiezza delle eventuali deroghe. Dunque, "fu soltanto per il mancato accordo su tal punto che venne proposto l'ordine del giorno, approvato, soppressivo dell'esplicita menzione della retroattività della legge penale posteriore favorevole al reo".

<sup>12</sup> Così Corte cost., n. 393 del 2006; Id., n. 394 del 2006, cit. Si è tuttavia sottolineata in dottrina l'apparente contraddittorietà del ragionamento della Corte costituzionale che, da un lato nega una formale collocazione costituzionale *sub* art. 25, co. 2, Cost. al principio dell'applicazione retroattiva della norma favorevole, e dall'altro "gli assegna una posizione preminente nel giudizio di bilanciamento che dovesse avvenire con i contenuti di altra legge ordinaria"; così ARDIZZONE, *op. ult. cit.*, 209.

all'art. 3 Cost.<sup>13</sup>

Se questo è lo stato dell'arte rispetto al canone della retroattività della legge penale più favorevole in senso stretto, il problema è capire se gli stessi ragionamenti possono svolgersi con riguardo alla retroattività dell'interpretazione giurisprudenziale

Rispetto alla legittimità di questo ulteriore profilo diversi sono i dubbi che possono sorgere: innanzitutto, vi è il problema di individuare un aggancio normativo-costituzionale per il criterio della retroattività dell'interpretazione più favorevole.

Se, infatti, sembrerebbe problematico il richiamo all'art. 2 c.p., che da un lato disciplina esclusivamente la successione di leggi in senso stretto e dall'altro, comunque, è privo di uno statuto costituzionale<sup>14</sup>, la copertura normativa alla soluzione 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 CEDU. 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 (artt. 10, 11 e 117 Cost.)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Condividono l'aggancio costituzionale all'art. 3 Cost. in dottrina, tra gli altri, VASSALLI, *Abolition criminis e principi costituzionali*, cit., 377, 408; PALAZZO, *Legge penale*, in *Digesto pen.*, VII, Torino 1993, 365; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, 88; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 704. Si vedano, altresì, DE VERO, *La legge penale*, in *Trattato di diritto penale*, Palazzo, Paliero (a cura di), vol. I, 2011, 50 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., 2009, 76; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, III ed., 2009, 88; PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., 2008, 38; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, III ed., 2008, 149; PECORELLA, *Art. 2*, in *Codice penale commentato*, Dolcini, Marinucci (a cura di), III ed., vol. I, n. 7; PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., 2009, 170. Un'ampia analisi, anche comparatistica, del problema è fornita da SCOLETTA, *Principe de retroactivité favorable et illégitimité de la lex mitior dans la perspective européenne*, in ARROYO ZAPATERO-NIETO MARTÍN, *European Criminal Law: An Overview*, 2010, 337 ss.

<sup>14</sup> E' infatti consolidato l'orientamento secondo cui, nel caso di mutamento di giurisprudenza, non possono trovare applicazione né le regole dettate dall'art. 2 c.p. in materia di successione di norme penali sostanziali, né il principio *tempus regit actum*, che disciplina la successione nel tempo di norme processuali penali. Si veda in tal senso, Cass., Sez. I, 11 luglio 2006, Aliseo, in *Mass. Uff.*, n. 235265; Id., Sez. I, 13 luglio 2006, La Cara, *ivi*, n. 234978.

<sup>15</sup> Nelle più recenti decisioni della Corte Costituzionale, è stato fortemente valorizzato l'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare, Corte Cost., 24 ottobre 2007 n. 349, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ha esplicitato che: "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro

I giudici, dunque, in virtù delle predette “norme interposte”, sarebbero legittimati ad applicare il principio in questione operando di fatto un bilanciamento in concreto tra l’art. 117 Cost., ed il valore della legalità come sancito dall’art. 25 Cost.; ovvero, secondo quanto sopra indicato, rifacendosi al valore dell’uguaglianza di cui all’art. 3 Cost.

In altri termini, per effetto dell’esercizio dell’interpretazione adeguatrice, costituzionalmente garantita<sup>16</sup>, e dell’ “aggancio” all’art. 3 Cost. dell’estensione del principio di retroattività all’interpretazione *in favor rei*, si lascia all’interprete la scelta finale di contemperamento tra valori, che comporta, in una certa misura, il rischio di una interferenza nelle competenze della Corte costituzionale.

Nell’impossibilità oggettiva di ottenere norme di interpretazione autentica sulle riforme legislative dal contenuto incerto, è stato infatti rimesso negli ultimi anni alla Consulta il compito di valutare la conformità di una legge, e della sua interpretazione fornita dalla giurisprudenza, ai valori costituzionali, tra cui l’art. 3 Cost., unitamente ai valori sanciti a livello europeo.

Dalle argomentazioni adottate dall’ordinanza in esame sembrerebbe evincersi che, in nome del diritto vivente e dell’interpretazione adeguatrice, quando entrano in gioco principi affermati in ambito europeo in rapporto non ad una legge ma all’interpretazione della stessa, si riducano i confini di competenza tra interpreti dei diritti e Corte delle leggi, potendosi affidare ai primi le scelte in ordine ai rapporti tra le “norme interposte” e le norme costituzionali. Se, cioè, 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, la stessa valutazione, operata sull’applicazione giurisprudenziale del principio, verrebbe riservata al giudice ordinario.

Il tema diventa, pertanto, quello della prevedibilità dell’interpretazione giurisprudenziale della legge penale, che, se non ancora del tutto consolidata, potrebbe subire comunque successivi mutamenti d’indirizzo e deroghe nei casi concreti; questo tipo di flessibilità potrebbe porre senz’altro problemi di conoscibilità anticipata della punizione penale, con le conseguenti possibili violazioni dell’art. 3 Cost.

Del resto, lo stesso “aggancio” del principio di retroattività della norma pena-

---

dell’art. 117, primo comma”; nello stesso senso v. Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 239.

<sup>16</sup> Da ultimo, sul tema, Corte Cost., n. 113 del 2011, in cui si rivendica il ruolo di giudice di ultima istanza sulla conformità di norme e relative interpretazioni ai principi costituzionali.

le più favorevole (e del connesso principio di retroattività dell'interpretazione *mitior*) all'art. 3 Cost., anziché all'art. 25, co. 2, Cost., segna anche il *limite della tutela costituzionale* del principio, poiché, in nome della ragionevolezza, quest'ultimo è suscettibile di essere derogato da disposizioni normative interne (e, per quanto concerne l'interpretazione, da cambiamenti interpretativi): mentre l'irretroattività *in peius* della norma penale è unanimemente considerata come un principio assoluto e non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali, le esigenze di eguaglianza-ragionevolezza sottese alla retroattività *in bonam partem* della legge penale sono sempre apparse aperte a possibili *bilanciamenti*, affidati in prima battuta al legislatore ordinario<sup>17</sup>. Lo stesso dicasi, *a fortiori*, per l'interpretazione penale che può essere soggetta a diversi indirizzi e bilanciamenti in concreto affidati, in questo caso, all'interprete nel caso concreto<sup>18</sup>.

In definitiva, il principio di retroattività dell'interpretazione più favorevole può trovare spazio essenzialmente con riguardo all'*overruling* prodotto da un nuovo indirizzo costante e consolidato della giurisprudenza, specie della Corte Suprema a Sezioni Unite, che così esprime il senso del compito di nomofilachia cui è chiamata, contribuendo a determinare quel "diritto vivente" che, come evidenziato, va progressivamente proponendosi come legittimo formante del diritto penale<sup>19</sup>.

La funzione nomofilattica della Cassazione è positivamente apprezzabile in particolar modo nei casi di applicazione di principi di matrice europea, in

<sup>17</sup> Da ultimo, sul tema, Corte Cost., n. 236 del 2011.

<sup>18</sup> E' riservato al legislatore il giudizio politico sul contemperamento di interessi al momento dell'introduzione di una nuova normativa ispirata al *favor libertatis* è riservato al legislatore il giudizio politico sul contemperamento di interessi, sul tema Corte Cost., n. 394 del 2006, cit.; per la dottrina DE FLAMMINEIS, *Prescrizione e deroga al principio di retroattività della lex penalis mitior*, in *Giur. Cost.*, 3, 2007, 2297.

<sup>19</sup> Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale sul "diritto vivente" si è affermato che sarebbe sufficiente "anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite", posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, di rimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (cfr. Corte Cost., n. 317 del 2009; Id., n. 260 del 1992; Id., n. 292 del 1985; Id., n. 34 del 1977; Id., n. 276 del 1974; si vedano, invece, Corte Cost., n. 348 del 2007; Id., n. 317 del 2009 quanto al diritto vivente nei confronti delle norme e dei principi affermati in ambito CEDU). Si veda, Cass., Sez. Un., 31 marzo 2004, Pezzella, in *Mass. Uff.*, n. 227524. Al riguardo, in dottrina, è stato rilevato che il "diritto vivente" rappresenta il precipitato del lavoro esegetico di una Corte Suprema; cfr. S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Il Foro Italiano*, 2005, c. 84; M.R. MORELLI, *Il "diritto vivente" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giustizia Civile*, 1995.



corso di assimilazione nel nostro ordinamento, perché contribuisce a chiarire il significato e la portata degli stessi principi, assicurando quella uniformità di indirizzo applicativo che è un aspetto importante della certezza del diritto.

Di fronte ad un nuovo orientamento interpretativo che si traduca in uno stabile e consolidato mutamento del “diritto vivente”, si potrà senz’altro escludere la necessità di promuovere un incidente di costituzionalità per verificarne la incidenza sulle condotte pregresse.

In assenza di ciò, invece, si legittima la valutazione di ultima istanza della Corte Costituzionale, che potrebbe così sindacare la legittimità costituzionale della applicazione retroattiva, o meno, della nuova normativa.

Questa soluzione, peraltro, valorizza la matrice culturale comune del diritto europeo. Il progressivo assorbimento, nei diversi sistemi giuridici nazionali, dei principi sanciti a livello europeo, passa inevitabilmente attraverso l’interpretazione giurisprudenziale adeguatrice delle norme interne; tale funzione, tuttavia, è tanto più efficacemente svolta quanto più le soluzioni ermeneutiche sono uniformi e consolidate. Le interferenze europee nei diritti interni si possono innestare senza antinomie perché l’evoluzione dei modelli di giustizia penale presenta significativi tratti comuni in tutto il mondo occidentale, come emerge da numerose tracce documentali<sup>20</sup>. Pertanto, anche il principio finora esaminato, superate le criticità enunciate, potrà informare il nostro ordinamento penale contribuendo a far emergere sempre più la piattaforma culturale comune a tutti gli ordinamenti penali europei.

### **3. Le nuove dimensioni garantistiche del concetto di legalità nella prospettiva europea e le problematiche scaturenti dalla sentenza Scoppola.**

Sullo sfondo dell’interpretazione accolta dalla pronuncia di merito in esame, vi è la decisa rivalutazione del ruolo del diritto giurisprudenziale che emerge dal sempre più intenso inserimento del sistema penale nel contesto europeo. Un processo, questo, che produce rilevanti conseguenze sulla sfera di operatività di fondamentali principi di garanzia individuale, sanciti a livello costituzionale, come quelli della riserva di legge, di determinatezza, di irretroattività. La Corte di Strasburgo, dovendo tenere conto delle notorie differenze intercorrenti sul piano del sistema delle fonti del diritto tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, ha ricostruito il principio convenzionale di

---

<sup>20</sup> Le tracce delle radici comuni ai sistemi penali europei possono essere individuate all’interno dei modelli culturali greco, giudaico e romano come messo in luce da RAMACCI, *I modelli della giustizia penale, tra mito e storia. Una crisi di trasformazione?*, in *Studi in memoria di Matteo dell’Olio*, Torino, 2008, 1316 ss.

legalità penale in termini tali da non richiedere l'esistenza di una norma scritta, che contrasterebbe con l'essenza stessa della *common law*. Per effetto dell'esplicito riferimento al "diritto" (concetto sicuramente più ampio di quello di "legge") contenuto nell'art. 7, la "nozione convenzionale di legalità" comprende sia il diritto di derivazione legislativa, sia quello di matrice giurisprudenziale.

Sarebbe, tuttavia, fuorviante considerare l'art. 7 Conv. come una norma "di basso profilo", che in questa materia prevede garanzie individuali meno intense di quelle apprestate dalla nostra Costituzione.

La disposizione pattizia presenta, infatti, contenuti assai significativi, progressivamente sviluppati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha individuato una serie di requisiti materiali della legalità, grazie ai quali si possono raggiungere livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si riscontrano, in particolare tre aspetti che rafforzano ed "innovano" la portata garantistica dei principi di legalità e di irretroattività: il primo di questi profili attiene alla estensione del loro ambito applicativo al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come "penali" in base al diritto interno, il secondo alla applicazione dei predetti principi al diritto giurisprudenziale, il terzo alla valorizzazione degli aspetti qualitativi della legalità, non più circoscritti alla determinatezza della norma, ma concernenti anche la accessibilità e prevedibilità delle fonti legali e della relativa giurisprudenza<sup>21</sup>.

Di recente, la giurisprudenza europea ha elaborato interpretazioni che conducono a ripensare anche i termini della distinzione tra norme penali sostanziali e processuali sotto il profilo della applicazione del principio di retroattività della nuova disciplina più favorevole. Una importante svolta in questo senso è stata determinata dalla sentenza emessa il 17 settembre 2009 dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Scoppola contro Italia, che - dopo avere affermato che l'art. 7 § 1 Conv. non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il princi-

---

<sup>21</sup> cfr. BERNARDI, *Commento all'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Bartole, Conforti, Raimondi (a cura di), Padova, 2001, 250-253; BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2007, 2202 ss.; DE AMICIS, *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *I quaderni europei*, Ottobre, 2009, n. 14.

pio della retroattività della legge penale meno severa - ha applicato tale ultimo principio ad una normativa (come quella riguardante gli effetti dell'ammissione al rito abbreviato) che, pur essendo contenuta nel codice di procedura penale, contiene disposizioni che influiscono sulla severità della pena da infliggere ed assumono perciò natura di "diritto penale materiale".

Nel caso di specie, si trattava di un soggetto che era stato ammesso al giudizio abbreviato a seguito dell'entrata in vigore della disciplina (introdotta con la legge n. 479 del 16 dicembre 1999) che riconnetteva a tale scelta la sostituzione dell'ergastolo con una pena detentiva temporanea, ed era stato quindi condannato in primo grado alla pena di trent'anni di reclusione. Nello stesso giorno dell'emanazione della sentenza, era entrato in vigore il decreto legge 24 novembre 2000, n. 341, il cui art. 7 aveva modificato il contenuto precettivo dell'art. 442 c.p.p., limitando (con una norma definita di interpretazione autentica) alla pena dell'ergastolo senza isolamento diurno la possibilità di sostituzione con una pena temporanea, e stabilendo che «alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo». A seguito del suddetto intervento legislativo, il giudice di appello aveva riformato la precedente sentenza, condannando lo Scoppola alla pena dell'ergastolo.

In una situazione come quella appena descritta, nella quale lo Scoppola aveva visto frustrata, in grado di appello, la propria legittima aspettativa di non essere condannato all'ergastolo per effetto di una legge successiva imprevedibile introduttiva di modifiche *in peius*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto violati gli artt. 6 e 7 Conv.. In proposito, la Corte di Strasburgo ha assegnato speciale rilievo alla circostanza che il mutamento delle norme relative alla pena fosse stato applicato anche alle persone che erano state giudicate in primo grado prima della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto-legge n. 341 del 2000. Inoltre, il giudice europeo ha ritenuto «eccessivo esigere da un imputato che rinunci ad una procedura semplificata adottata dalle autorità e che ha portato, in primo grado, a ottenere i benefici auspicati».

Al fine di dare esecuzione alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha accertato la non equità del trattamento sanzionatorio determinato, con sentenza definitiva, nel caso in esame, la Corte di cassazione <sup>(2)</sup> ha ritenuto ammissibile il rimedio del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, preordinato ad ottenere la sostituzione della pena inflitta con

---

<sup>22</sup> Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Mass. Uff.*, n. 247244.

quella ritenuta equa dalla Corte europea.

E' sorto, quindi, il problema di stabilire se, anche nelle ipotesi in cui non sia intervenuta alcuna decisione della Corte di Strasburgo, il principio affermato dalla sentenza Scoppola possa giustificare, in virtù di una "interpretazione convenzionalmente conforme", la revoca delle sentenze di condanna all'ergastolo emesse nei confronti di soggetti che avevano richiesto il rito abbreviato quando tale scelta comportava l'applicazione di una pena detentiva temporanea, ma erano stati condannati alla pena perpetua dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina introdotta dal decreto-legge n. 341 del 2000.

Tale fattispecie appare, in effetti, parzialmente diversa rispetto a quella presa in considerazione dalla Corte Europea, potendosi ritenere ragionevolmente la rinuncia ad un rito speciale che non era ancora sfociato nella pronuncia di una sentenza di primo grado e non aveva quindi prodotto ancora alcun beneficio in favore dell'imputato. Sul punto, va sottolineato il metodo casistico di ragionamento che è proprio della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale esprime un giudizio di non equità della procedura nel suo complesso, sulla base di tutte le peculiarità rilevanti che caratterizzano la specifica vicenda. Tale giudizio non può, quindi, essere esteso *tout court* ad una situazione fattuale profondamente diversa.

In ogni caso, sembra dirimente la considerazione che l'istanza di sostituzione della pena dell'ergastolo con la pena detentiva temporanea non può trovare fondamento in una interpretazione della normativa interna in senso conforme all'art. 7 Conv. in quanto vi osta il tenore letterale dell'art. 2, co. 4, c.p., secondo cui nell'ipotesi di successione di leggi modificative del trattamento sanzionatorio di un fatto che conserva la sua rilevanza penale, a differenza di quanto avviene nella fattispecie dell'*abolitio criminis*, l'applicazione retroattiva della *lex mitior* trova un limite nella definizione del procedimento con sentenza irrevocabile. Ne consegue che la legge sopravvenuta più favorevole non può essere applicata dal giudice dell'esecuzione, cui non spetta il potere di rideterminazione della pena nell'ipotesi di successione di leggi incriminatrici nel tempo <sup>(23)</sup>. Peraltro, la legittimità costituzionale di tale limite è stato riconosciuto dalla Consulta, che ne ha ravvisato la *ratio* nell'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici <sup>(24)</sup>. In proposito, occorre considerare che l'interpretazione convenzionalmente conforme, dovendo mantenersi en-

---

<sup>23</sup> Cass., Sez. VI, 8 aprile 1994, De Angelis, in *Mass. Uff.*, n. 199497; Id., Sez. I, 25 maggio 2005, Silvestro, *ivz*, n. 231669.

<sup>24</sup> Corte Cost., n. 74 del 1980

tro i limiti insiti nella lettera della legge, non può cancellare la differenza esistente, sul piano del rispetto del giudicato, tra le ipotesi rispettivamente previste dal secondo e dal quarto comma dell'art. 2 c.p..

Pertanto, nel caso di semplice modifica del trattamento sanzionatorio, deve escludersi che il giudice dell'esecuzione abbia il potere di dichiarare l'inefficacia di un giudicato, fuori dal caso in cui debba darsi esecuzione ad una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>25</sup>. Tale potere resta, invece, legittimamente configurabile nell'ipotesi di *abolitio criminis* determinata da una riforma legislativa ovvero da un mutamento del "diritto vivente" di matrice giurisprudenziale.

---

<sup>25</sup> cfr., Cass., Sez. I, 18 gennaio 2011, Raffaelli, in *Mass. Uff.*, n. 249328.