



2/2017

LA NON PROPORZIONALITÀ DEL TRATTAMENTO SANZIONATORIO COME LIMITE ALL'OPERATIVITÀ DEL PRINCIPIO CONVENZIONALE DELLA RETROATTIVITÀ *IN MITIUS*

Nota a [Corte E.D.U., Sezione Quinta, sent. 12 luglio 2016](#)
[\(definitiva il 28 novembre 2016\), Ruban c. Ucraina](#)

di Andrea Galante

Abstract. *A distanza di quasi otto anni dal leading case Scoppola c. Italia (n. 2), che sembrava aver sancito l'operatività in termini assoluti del principio di retroattività della legge penale favorevole, la Corte di Strasburgo sembra aprire la strada a possibili bilanciamenti di quest'ultimo principio. Nel caso di specie, relativo alla successione di più leggi penali modificative del trattamento sanzionatorio previsto per il reato di omicidio doloso aggravato, la Corte ritiene la non proporzionalità del trattamento sanzionatorio risultante dall'applicazione del principio della lex mitior un valido limite all'operatività del principio stesso. Con riferimento all'ordinamento italiano, la pronuncia qui annotata sembra confermare, a posteriori, la correttezza dell'interpretazione nel senso della relatività del principio di retroattività della legge penale favorevole sostenuta dalla Corte Cost. nella sentenza n. 236 del 2011.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La successione di leggi penali nel tempo nel caso di specie. – 3. L'evoluzione della giurisprudenza convenzionale in tema di retroattività della legge penale favorevole. – 4. La motivazione della sentenza. – 5. Una (prima) esplicita apertura alla relatività del principio? – 6. Conseguenze per l'ordinamento italiano e considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Nella sentenza in epigrafe la Quinta Sezione della Corte di Strasburgo, a maggioranza, ha deciso che non vi è violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel caso in cui un tribunale nazionale condanni un soggetto, responsabile di alcuni gravi reati, alla pena prevista per questi dalla legge *relativamente* più favorevole successiva ai fatti e non alla pena prevista per i medesimi reati dalla legge *assolutamente* più favorevole, egualmente successiva ai fatti.

La pronuncia qui oggetto di commento è divenuta definitiva il 28 novembre 2016, a seguito del rigetto della richiesta avanzata dal ricorrente di riferire il caso alla Grande Camera.

Introdotta brevemente la questione oggetto della pronuncia ed evidenziata la definitività di quest'ultima in ambito nazionale e convenzionale, si procederà ora nel seguente ordine: innanzitutto, si illustreranno le vicende che stanno alla base del ricorso per asserita violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU. Si presterà particolare attenzione alla successione di leggi penali nel tempo e alla pronuncia di illegittimità costituzionale che, congiuntamente, hanno determinato la pluralità di modifiche del trattamento sanzionatorio per il reato di omicidio aggravato previsto, al tempo dei fatti, dall'articolo 93 del Codice penale ucraino del 1960.

In un secondo momento, si ricapitoleranno brevemente i principi e l'evoluzione della giurisprudenza alsaziana in tema di retroattività della *lex mitior*.

Infine, seguiranno: l'analisi, nel modo più approfondito possibile, della motivazione della sentenza qui annotata, il commento della stessa e lo studio delle sue possibili ripercussioni sull'ordinamento italiano.

2. La successione di leggi penali nel tempo nel caso di specie.

Il ricorrente lamentava la mancata applicazione nei suoi confronti della legge penale più favorevole in vigore dopo la commissione dei fatti e, quindi, la violazione del principio della retroattività *in mitius*.

La scansione temporale del quadro normativo pertinente la vicenda è fondamentale per comprendere il prosieguo.

Il ricorrente è stato condannato per i reati di omicidio aggravato e di associazione per delinquere commessi in Ucraina tra l'agosto 1996 e l'ottobre 1999. In questo intervallo temporale era in vigore il Codice penale del 1960 che, all'art. 93, prevedeva per l'omicidio aggravato (il reato che qui principalmente interessa) la pena della reclusione da otto a quindici anni o la pena di morte (T₁).

Il 29 dicembre 1999 la Corte Costituzionale ucraina dichiara l'incostituzionalità della pena di morte (T₂); le pertinenti disposizioni del Codice penale sono dichiarate nulle dalla data della decisione e non vi è la previsione di alcun regime transitorio fino all'intervento di riforma del Codice penale stesso da parte del Parlamento.

Quest'ultimo si ha il successivo 20 febbraio 2000, attraverso la sostituzione della pena di morte, come pena prevista per alcuni reati tra cui quello di omicidio aggravato, con la pena dell'ergastolo; la legge di riforma del Codice penale entra in vigore il 29 marzo 2000 (T₃).

Infine, a decorrere dal 1 settembre 2001 è in vigore il nuovo Codice penale: in virtù dell'art. 115, § 2, l'omicidio aggravato è punito con la pena della reclusione da dieci a quindici anni oppure con l'ergastolo (T_{3-bis}).

Il ricorrente viene condannato con sentenza definitiva nel 2010 alla pena dell'ergastolo.

Dalle vicende giustappunto ripercorse si nota che vi è stata la successione di due leggi favorevoli successive ai fatti criminosi e precedenti alla sentenza definitiva di condanna: la «legge assolutamente più favorevole», che è stata in vigore dal 29 dicembre 1999 al 29 marzo 2000 e che prevedeva per l'omicidio aggravato la pena della reclusione da otto a quindici anni, è il risultato della dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena di morte prevista nel Codice penale del 1960; la «legge relativamente favorevole», in vigore a partire dal 29 marzo 2000 e successivamente confermata nel massimo edittale previsto per il reato di omicidio aggravato dall'art. 115 del nuovo Codice penale, prevede per la medesima fattispecie la pena dell'ergastolo, in alternativa a quella della reclusione.

3. L'evoluzione della giurisprudenza convenzionale in tema di retroattività della legge penale favorevole.

Delineata, nel paragrafo precedente, la successione temporale delle leggi penali pertinenti la vicenda da cui origina il ricorso a Strasburgo, si tenterà ora di tratteggiare, in modo completo ed al tempo stesso conciso, i principi e l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in tema di retroattività *in mitius*.

Si è già anticipato che si sogliono distinguere tre fasi temporali.

A) Fino alla sentenza *Scoppola c. Italia (n. 2)*¹ della Corte di Strasburgo.

Nel testo della Convenzione EDU, a differenza di quanto avviene in altri documenti internazionali a tutela dei diritti umani², non è sancito espressamente il principio della retroattività della legge penale favorevole³. Questa – per così dire – mancanza è il risultato di una precisa scelta da parte degli estensori della Convenzione; infatti, vi erano (e vi sono) asimmetrie tra gli Stati aderenti alla Convenzione circa il riconoscimento e la validità del principio⁴.

Con la sentenza *X. c. Germania* del 1978 la Commissione EDU escludeva che il diritto all'applicazione retroattiva della *lex mitior* rientrasse nell'art. 7 CEDU.⁵ Infatti, mancando nell'art. 7 della Convenzione una previsione analoga a quella dell'art. 15, § 1, del Patto di New York del 1966, i giudici concludevano affermando che il ricorso è da considerarsi manifestamente infondato in quanto i fatti, che al momento della condanna non costituivano più illecito penale secondo la pertinente disciplina nazionale, erano tuttavia tali al momento della loro commissione.

¹ Corte EDU, *Scoppola c. Italia (n. 2)*, sent. 17 settembre 2009.

² In particolare, si fa riferimento all'art. 15 del Patto di New York del 1966, il cui testo era già in fase di discussione al tempo della redazione della Convenzione EDU.

³ Così, tra molti, BERNARDI A., *Art. 7*, in BARTOLE S.-CONFORTI B.-RAIMONDI G. (diretto da), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2001, 296; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 350; GRABENWARTER C., *European Convention on Human Rights. Commentary*, CH Beck, München, 2014, 181.

⁴ La circostanza è stata evidenziata anche nella *Partly Dissenting Opinion* del Giudice Nicolaou, condivisa dai Giudici Bratza, Lorenzen, Jočiné e Sajó in Corte EDU, *Scoppola c. Italia (n. 2)*, cit.

⁵ Commissione EDU, *X. c. Germania*, decisione 6 marzo 1978.

Questa impostazione veniva successivamente confermata in *Le Petit c. Regno Unito*⁶ del 2000 e in *Zaprianov c. Bulgaria*⁷ del 2003.

Tuttavia, se da un lato l'articolo 7 non prevedeva il principio della retroattività *in mitius*, dall'altro lato l'applicazione della legge penale più favorevole da parte dei giudici nazionali non era (e non è) in contrasto con il medesimo articolo⁸.

B) Com'è noto, la sentenza *Scoppola c. Italia (n. 2)*⁹ segna un punto di svolta importante, in quanto la Corte compie un deciso *overruling*¹⁰ rispetto all'orientamento di cui si è dato conto alla lettera precedente.

Senza ripercorrere i fatti da cui originò il ricorso alla Corte di Strasburgo¹¹, è qui sufficiente ricordare che si trattava di un caso di *lex mitior* intermedia (simile, nei suoi tratti fondamentali, a quello oggetto della presente nota)¹²; la Corte europea colse l'occasione per affermare che l'art. 7 della Convenzione EDU non contempla solo il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, ma anche, implicitamente, quello di retroattività della legge penale meno severa¹³.

⁶ Corte EDU, *Le Petit c. Regno Unito*, decisione sull'ammissibilità 5 dicembre 2000, § 2, in cui si afferma che «Article 7 does not guarantee the right to have a subsequent and favourable change in the law applied to an earlier offence».

⁷ Corte EDU, *Zaprianov c. Bulgaria*, decisione sull'ammissibilità 6 marzo 2003, § 6, in cui si ripete la stessa frase riportata alla nota precedente.

⁸ Così è stato deciso in Corte EDU, *G. c. Francia*, sent. 27 settembre 1995, §§ 26-27, dove si afferma che «[the] application [of the new law], admittedly retrospective, therefore operated in the applicant's favour. In conclusion, there has been no violation of Article 7 § 1 of the Convention». Lo stesso principio è stato ribadito anche in Corte EDU, *Karmo c. Bulgaria*, parziale decisione sull'ammissibilità 9 febbraio 2006.

⁹ Corte EDU, *Scoppola c. Italia (n. 2)*, cit.

¹⁰ MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, 139, parla di «chiaro overruling»; MAZZACUVA F., *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in MANES V.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 413, di «autentico overruling»; in termini equivalenti anche VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1994. Sulla sentenza si veda anche GARUTI G., *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, in *Dir. proc. pen.*, 2009, 1427 ss.

¹¹ Per una disamina della vicenda da cui è scaturito il ricorso si rinvia, *ex multis*, a GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013, 59 ss.; ICHINO G., *L'"affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *CP*, 2010, 841 ss.; POLI F., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 3, 15; VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, cit., 218, n. 5.

¹² Sul problema della validità del principio di retroattività *in mitius* anche rispetto alla *lex mitior* intermedia si veda PECORELLA C., *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in DOLCINI E.-PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, 621 ss.

¹³ Corte EDU, *Scoppola c. Italia (n. 2)*, cit., § 109.

Questa conclusione venne sostenuta principalmente attraverso la valorizzazione della c.d. dottrina del consenso¹⁴ e, a rinforzo, mediante l'argomento dell'interpretazione evolutiva della Convenzione¹⁵.

Il principio convenzionale della retroattività favorevole incontra però da subito due limiti: possono essere applicate retroattivamente solo le leggi favorevoli intervenute prima della sentenza definitiva di condanna ed il principio vale solamente per le disposizioni che riguardano i reati e le pene.

Rimane, invece, aperta la questione dell'assolutezza (entro i limiti precedentemente evidenziati) o della derogabilità (a fronte di interessi pari o superiori) del principio¹⁶.

Il fondamento di quest'ultimo nell'art. 7 della Convenzione, quindi nell'ambito di un «inviolable core right», dovrebbe far propendere nel primo senso; tuttavia, non si può attualmente non riconoscere la ragionevolezza di alcune deroghe al principio¹⁷.

C) Le successive pronunce dei giudici di Strasburgo in tema di retroattività *in mitius* si inseriscono nel solco tracciato con la sentenza *Scoppola*, pur se, talvolta, con sbavature non secondarie.

Così, mentre nel caso *Morabito c. Italia* del 2010 venne confermato l'*overruling* dell'anno precedente¹⁸, nel caso *Previti c. Italia* del 2013 la Corte decise per la non violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU, aggiungendo che, in ogni caso, la disciplina nazionale sulla prescrizione derogante al principio della retroattività *in mitius* «non appar[iva] né irragionevole né arbitraria»¹⁹.

¹⁴ *Ivi*, §§ 105 e 106. A supporto dell'argomento secondo cui vi è stata la progressiva formazione di un consenso a livello europeo ed internazionale la Corte richiama: l'art. 9 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, l'art. 49, co. 1, della Carta di Nizza, la sentenza della CGCE *Berlusconi e altri* del 2005, la giurisprudenza della Corte di Cassazione francese, lo Statuto della Corte Penale Internazionale e la giurisprudenza del TPIY. Inoltre, i giudici di Strasburgo sottolineano che l'Italia prevede il principio già dal 1930, seppur a livello di legge ordinaria.

¹⁵ *Ibidem*, § 104. L'adozione del metodo dell'interpretazione evolutiva per uno sviluppo nel tempo delle garanzie convenzionali era già stata segnalata da DELMAS-MARTY M., *Fecondité des logiques juridiques sous-jacentes*, in DELMAS-MARTY M. (a cura di), *Raisonner la raison d'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, 491 ss. Si veda anche JACOBS F., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1975, 18 e PREBENSEN S.C., *Evolutive interpretation of the European Convention of Human Rights*, in AA.VV., *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemas Verlag KG, Berlin, 2000, 1132 ss.

¹⁶ Per tutti PALAZZO F., *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Diritto pen. e proc.*, 2012, X, 1174-1175 e VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 2005 ss.

¹⁷ Sul tema si deve necessariamente rinviare a VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, cit., 221 ss.

¹⁸ Corte EDU, *Morabito c. Italia*, decisione sulla ricevibilità 27 aprile 2010, in cui si ribadisce che «la Convention soumet les dispositions définissant les infractions et les peines qui les répriment à des règles particulières en matière de rétroactivité, qui incluent le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce».

¹⁹ Corte EDU, *Previti c. Italia*, sent. 12 febbraio 2013, § 84.

Infine, con la recente sentenza *Gouarré Patte c. Andorra*, la Corte ha evitato di pronunciarsi sul rapporto tra legge penale più favorevole e giudicato²⁰.

Concludendo su questo punto, non si può nascondere, da un lato, la persistente criticità da parte di alcuni Stati membri nel riconoscere l'operatività del principio²¹ e, dall'altro lato, i tentativi di limitarne la portata da parte di alcune Corti costituzionali nazionali²².

Pertanto, attualmente e forse inevitabilmente, la retroattività *in mitius* può essere considerata come un principio avente natura (solo) tendenzialmente assoluta²³.

4. La motivazione della sentenza.

La mancata applicazione al ricorrente, da parte dei giudici nazionali, delle pertinenti disposizioni più favorevoli del Codice penale, ovvero quelle in vigore tra il 29 dicembre 1999 (T₂) ed il 29 marzo 2000 (T₃), determina una violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU?

Questa è la questione a cui la Corte ha dovuto dare una risposta nel caso qui oggetto di nota.

Per comprendere la conclusione, già sopra anticipata, a cui sono giunti i giudici di Strasburgo, è ora necessario ripercorrere la motivazione della sentenza.

Innanzitutto, seguendo la consueta struttura delle sue pronunce, la Corte ribadisce i principi generali relativi all'art. 7 della Convenzione: le garanzie contenute in esso costituiscono un elemento essenziale del *rule of law*; in virtù dell'art. 15 della Convenzione, non sono ammesse deroghe a queste garanzie nemmeno in circostanze particolarmente eccezionali; l'art. 7 deve essere interpretato ed applicato in modo tale da assicurare un'effettiva protezione contro condanne e pene arbitrarie²⁴.

Inoltre, richiamando il caso *Scoppola c. Italia (n. 2)*, ribadisce che l'art. 7 della Convenzione garantisce, oltre al principio di irretroattività delle leggi penali sfavorevoli,

²⁰ Corte EDU, *Gouarré Patte c. Andorra*, sent. 12 gennaio 2016. Per il commento della pronuncia si rimanda a MAZZACUVA F., [La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema](#), in *questa Rivista*, 8 febbraio 2016.

²¹ Così, ad esempio, in *Regina v. Dockerty*, [2014] EWCA Crim 1197, i giudici iniziano affermando che «[w]e also note that there is some uncertainty as to how the principle of *lex mitior* is intended to apply to subsequent changes in substantive law», proseguono rilevando che «[a]s our domestic law currently stands, it is clear that the subsequent legislative changes in the criminal law are presumed not to have any retrospective effect» e concludono con: «we do not consider that, *even if the principle of "lex mitior" were to be recognised in our courts*, it could apply in this case», corsivo aggiunto.

²² Si veda, a solo titolo esemplificativo, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, 3021 ss., *considerato in diritto* n. 13. Alla luce di argomentazioni non sempre persuasive i giudici costituzionali concludono in modo netto: «È dunque chiaro che, a differenza di quello di irretroattività della legge penale sfavorevole, il principio di retroattività della legge penale favorevole *non può essere senza eccezioni*» (corsivo aggiunto).

²³ Così, PALAZZO F., *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, cit., 1174.

²⁴ Corte EDU, *Ruban c. Ukraine*, sent. 12 luglio 2016, § 37.

anche, implicitamente, il principio di retroattività della legge penale più favorevole: così, «laddove vi siano differenze tra la legge penale in vigore al tempo della commissione del reato e le leggi penali successive emanate prima della sentenza definitiva di condanna, i tribunali devono applicare la legge le cui disposizioni sono più favorevoli per l'accusato»²⁵.

L'applicazione di quest'ultimo principio al caso concreto oggetto di giudizio (riprendendo la scansione temporale descritta sopra²⁶) dovrebbe a rigore essere così ricostruita: quando ci sono differenze tra la legge penale in vigore al tempo della commissione del reato (T₁: pena della reclusione da otto a quindici anni o, in alternativa, pena di morte) e leggi penali successive emanate prima della sentenza definitiva di condanna (T₂: pena della reclusione da otto a quindici anni; T₃: pena della reclusione da otto a quindici anni oppure pena dell'ergastolo; T_{3-bis}: pena della reclusione da dieci a quindici anni oppure pena dell'ergastolo), i tribunali devono applicare la legge il cui contenuto è più favorevole all'accusato (quindi, T₂: *lex mitior* rispetto a T₁, T₃ e T_{3-bis}).

Tuttavia, nell'applicazione del principio al caso concreto, la conclusione della Corte è diversa.

I giudici, dopo avere correttamente ricostruito la successione di leggi penali che si è avuta dal momento della commissione del reato al momento della condanna, rilevano che con la dichiarazione di incostituzionalità della pena di morte (T₂) si è creato un *gap normativo involontario*, risolto solo a seguito dell'intervento di riforma da parte del Parlamento (T₃)²⁷.

Quindi, proseguono, «sarebbe difficile sostenere che la formulazione del Codice penale del 1960 che è stata in vigore tra il 29 dicembre 1999 ed il 29 marzo 2000 contenesse una pena che il legislatore potesse considerare *proporzionata* per il tipo di crimine commesso dal ricorrente»²⁸.

Pertanto, concludono, poiché «la pena dell'ergastolo non è più grave della pena di morte», «il rifiuto da parte dei tribunali nazionali di considerare il Codice penale del 1960 nella sua formulazione dopo il 29 dicembre 1999 come legge più favorevole in vigore prima della sentenza definitiva di condanna e, al contrario, [la scelta di] applicare il testo della legge del Parlamento entrata in vigore il 29 marzo 2000 [...] non determina una violazione dei diritti riconosciuti al ricorrente dall'art. 7 della Convenzione»²⁹.

5. Una (prima) esplicita apertura alla relatività del principio?

In sede di commento della pronuncia si vuole, innanzitutto, evidenziare il principio di diritto ricavabile dalla sentenza qui annotata: la non proporzionalità, rispetto ai reati commessi dal ricorrente, del trattamento sanzionatorio risultante

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Si rimanda al punto 2 di questa nota.

²⁷ Così, Corte EDU, *Ruban c. Ukraine*, cit., § 45.

²⁸ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

²⁹ *Ivi*, § 46.

dall'applicazione del principio della retroattività della *lex mitior* rappresenta un valido limite all'operatività del principio stesso.

Difficilmente si può contestare l'appropriatezza della decisione della Quinta Sezione della Corte di Strasburgo rispetto ai fatti alla base della condanna del ricorrente da parte dei tribunali nazionali. La condanna alla pena della reclusione fino ad un massimo di quindici anni appare (attualmente) inadeguata per chi è stato ritenuto responsabile della commissione di quattro omicidi dolosi.

Tuttavia, questo determina una configurazione in termini non assoluti del principio della retroattività della legge penale favorevole: la proporzionalità del trattamento sanzionatorio rispetto ai crimini commessi è configurata come un interesse idoneo ad introdurre una deroga al principio stesso.

Infatti, qualora il principio fosse stato inteso dalla Corte in termini assoluti, i giudici avrebbero dovuto dichiarare la violazione dell'art. 7 della Convenzione³⁰: è innegabile che la pena più mite applicabile al ricorrente fosse quella prevista dalle pertinenti disposizioni del Codice penale in vigore tra il 29 dicembre 1999 ed il 29 marzo 2000.

Si tratta, quindi, di una decisione con cui la Corte di Strasburgo individua un limite al principio della retroattività *in mitius* e si occupa anche di effettuare (occorre dirlo, senza un'adeguata motivazione) il relativo bilanciamento tra i contrapposti interessi.

6. Conseguenze per l'ordinamento italiano e considerazioni conclusive.

Se questo è il contenuto della sentenza *Ruban c. Ukraine*, occorre ora individuare le sue ripercussioni sull'ordinamento italiano.

Infatti, se da un lato la Costituzione italiana, come peraltro la Convenzione EDU, non contiene espressamente il principio di retroattività della legge penale favorevole³¹, dall'altro lato la ricostruzione giurisprudenziale del principio stesso da parte della Corte Costituzionale è diversa rispetto all'impostazione accolta dalla Corte europea.

Mentre i giudici di Strasburgo, come si è già ricordato sopra, rinvergono il fondamento del principio nell'art. 7 della Convenzione e quindi nell'ambito di un *inviolable core right*, la Corte costituzionale italiana ha per lungo tempo ravvisato il fondamento costituzionale dello stesso principio nel solo art. 3 della Costituzione,

³⁰ Così, infatti, secondo l'*Opinione dissenziente* del Giudice Hajiyev annessa alla sentenza qui annotata. Aderendo alla configurazione in termini assoluti del principio della retroattività della legge penale favorevole («[...] interim law providing for a more lenient penalty shall be applied unconditionally»), conclude sostenendo la violazione del principio nel presente caso e, pertanto, la violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU.

³¹ Fino alla seduta antimeridiana del 15 aprile 1947, l'art. 20 del Progetto di Costituzione – che corrisponde all'attuale art. 25 della Costituzione – era così formulato: «[...] Nessuno può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo» (corsivo aggiunto). Quest'ultima parte è stata poi soppressa, dando vita al testo attualmente in vigore, a seguito dell'approvazione dell'ordine del giorno *Giovanni Leone e altri*.

ovvero nel principio di eguaglianza³². Quest'ultimo, oltre che il fondamento, costituiva altresì il limite del principio stesso: eventuali deroghe, previste anche a livello di legislazione ordinaria, potevano essere considerate costituzionalmente legittime laddove fossero state ragionevoli.

Un momento di parziale svolta si ha con la sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2011: i giudici prendono atto della sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2) pronunciata quasi due anni prima dalla Corte europea, accettano che il principio di retroattività della legge penale favorevole trovi un'ulteriore copertura costituzionale nell'art. 117, co. 1, Cost., ma adottano un'impostazione di chiusura.

Facendo appello a pur opinabili argomenti letterali³³, la Corte nega la portata innovativa della sentenza *Scoppola* ed anzi ritiene che quest'ultima «anche se in modo non inequivoco, induc[a] a ritenere che il principio di retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato dalla Corte europea all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni»³⁴.

La sentenza qui oggetto di nota sembrerebbe peraltro confermare la correttezza di questa interpretazione; anzi, proprio questo caso potrebbe essere richiamato dalla Corte Costituzionale come precedente per sostenere la relatività del principio della *lex mitior*, consentendo così ai giudici costituzionali di non dover più basare quest'interpretazione principalmente sull'impiego della parola «solo» nella sentenza *Scoppola*³⁵.

Tuttavia, l'ultima parola sulla questione del valore assoluto oppure relativo del principio di retroattività della legge penale favorevole non è ancora stata scritta.

³² Così nelle coeve, anche se non identiche, cc.dd. prime sentenze gemelle: Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Giur. cost.*, 2006, 4106 ss. e Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, 4127 ss. con note di MARINUCCI e DE MARTINO. Questo orientamento è stato successivamente confermato nelle cc.dd. seconde sentenze gemelle: Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72, in *Giur. cost.*, 2008, 928 ss. con nota di PULITANO e Corte cost., 18 giugno 2008, n. 215, in *Giur. cost.*, 2008, 2399 ss. con nota di GAMBARDELLA. La Corte costituzionale ha tradizionalmente negato che il fondamento costituzionale del principio di retroattività della legge penale più favorevole potesse rinvenirsi nell'art. 25, co. 2, Cost: nella sentenza Corte cost., 6 marzo 1995, n. 80, in *Giur. cost.*, 1995, 724 ss. con nota di D'ALESSI, i giudici costituzionali affermavano che «dalla lettura dell'art. 25, co. 2, Cost. emerge [...] che solo il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice ha acquisito valenza costituzionale, ma non quello della retroattività della legge più favorevole al reo.» Sul tema si veda anche MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 77 ss.

³³ Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, cit., *considerato in diritto* n. 13. Nella sentenza *Scoppola* si legge che «infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo» (corsivo aggiunto). La Corte Costituzionale, basandosi sull'uso dell'avverbio «solo» da parte dei giudici europei, afferma che «se la retroattività non può essere esclusa "solo" perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti.»

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Per una succinta esposizione del ragionamento seguito dalla Corte Costituzionale si rimanda alla nota 33 in questo lavoro.



2/2017

Infatti, è stata presa dal *panel* di giudici, che svolge la funzione di filtro rispetto a tutte le istanze di riesame che vengono presentate, la decisione di non presentare il caso alla Grande Camera.

Occorrerà vedere se, in futuro, la Corte di Strasburgo riterrà più opportuno individuare possibili limiti all'operatività del principio di retroattività della *lex mitior*, come sembra proporre la giurisprudenza qui annotata, oppure se andrà fino in fondo con l'interpretazione, inaugurata con la sentenza *Scoppola c. Italia (n. 2)*, nel senso dell'assolutezza del principio stesso.

Se la Corte europea propenderà per la prima ipotesi, sarà indispensabile individuare i criteri idonei a guidare l'opera giudiziale di bilanciamento del principio di retroattività della legge penale favorevole con gli eventuali contrapposti interessi.