

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2024 – 2025

**GIAPPICHELLI EDITORE**

**Responsabile scientifico  
Vincenzo Lopilato**

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024  
**di Vincenzo Lopilato e Antonella Massaro**

**Diritto penale**

**INTRODUZIONE AL DIRITTO PENALE – PRINCIPIO DI LEGALITÀ –  
SUCCESSIONE DI LEGGI NEL TEMPO**

**(estratto)**

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

## Argomento 7

### **TRACCIA**

**Successioni immediata e mediata di legge nel tempo: *abolitio criminis* e successione modificativa, con riferimenti anche alla rilevanza dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli.**

### A. Schema per punti

1. Successione di leggi nel tempo e principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. **1.1.** Ambito di applicazione: sanzioni amministrative. **1.2.** Norme processuali penali. **1.3.** Interpretazione giudiziale. **1.4.** Interpretazione legislativa: le leggi di interpretazione autentica **2.** *Tempus commissi delicti*. **2.1** *Tempus regit actum* e leggi processuali. **3.** Distinzione tra norme sostanziali e norme processuali: le norme processuali ad effetti sostanziali. **4.** Successione di legge nel tempo e principio di retroattività della legge più favorevole. **4.1.** Individuazione della legge più favorevole. **4.2.** Fondamento costituzionale: l'alternativa tra art. 3 Cost. e art. 25, secondo comma Cost. **4.3.** Successione di leggi nel tempo e *abolitio criminis*. **5.** Criteri di distinzione tra abolizione e modificazione del reato. **6.** *Abrogatio sine abolitione*. **7.** La depenalizzazione. **8.** Successioni mediata o indiretta.

### B. Giurisprudenza

1. “Ratio” del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole: **Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32.**

**Nota.** Rinvio sub punto 1.2.

1. Principio di legalità e diritto penitenziario: **Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32.**

**Nota.** *La Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima l'applicazione della l. 3/2019 ("spazzacorrotti"), nella parte in cui estende ad alcuni reati contro la P.A. le preclusioni previste dall'art. 4-bis ord. penit., a soggetti condannati per reati commessi prima della entrata in vigore della stessa legge.*

*Omissis.*

*Considerato in diritto*

*1.– Le undici ordinanze di rimessione indicate in epigrafe, che è opportuno riunire ai fini della decisione, sollevano tutte questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici).*

*Secondo i rimettenti, tale disposizione sarebbe costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che le modifiche da essa apportate all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

libertà) si applichino soltanto ai condannati per fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

1.1.– Più in particolare, le ordinanze iscritte ai numeri 114, 157, 210 e 220 del r.o. 2019 sono state pronunciate da tribunali di sorveglianza investiti di istanze di concessione di benefici o misure alternative alla detenzione (permesso premio, affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare) da parte di condannati per reati contro la pubblica amministrazione, commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

Tali reati risultano ora inseriti – ad opera del censurato art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019 – nell'elenco dei delitti previsti dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. Conseguentemente, per tali reati sono oggi previste condizioni assai più gravose, per l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative, rispetto a quelle vigenti al momento della commissione del fatto.

1.2.– Le ordinanze iscritte ai numeri 115, 118, 119, 160, 161, 193 e 194 del r.o. 2019 sono state invece pronunciate da giudici dell'esecuzione, investiti di istanze volte a ottenere la sospensione o la declaratoria di illegittimità di ordini di esecuzione della pena emessi nei confronti di condannati per reati contro la pubblica amministrazione, commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

Tali ordini di esecuzione non sono stati sospesi, per effetto dell'inclusione del reato per il quale l'interessato è stato di volta in volta condannato nell'elenco dei delitti di cui all'art. 4-bis ordin. penit., in relazione ai quali l'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale prevede, per l'appunto, il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena.

1.3.– Secondo i giudici rimettenti, la mancata limitazione degli effetti dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019 ai soli condannati per fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore sarebbe di dubbia compatibilità:

– con l'art. 25, secondo comma, della Costituzione e con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sotto il profilo del principio di legalità e non retroattività della pena; e ciò in quanto il divieto di applicazione retroattiva delle modifiche normative che aggravano la pena prevista per il reato comprenderebbe altresì le modifiche normative che, come quella in esame, restringano presupposti e condizioni di accesso a benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione (ordinanze iscritte ai numeri 114, 115, 118, 119, 160, 161, 193, 194, 210 e 220 del r.o. 2019);

– con il diritto di difesa di cui all'art. 24, secondo comma, Cost., dal momento che la modifica normativa operata dalla disposizione censurata avrebbe vanificato le strategie processuali degli imputati poi condannati, i quali potrebbero, ad esempio, aver scelto un rito alternativo confidando in una diminuzione di pena sufficiente per poter beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena (ordinanze iscritte ai numeri 160 e 161 del r.o. 2019);

– con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. (nonché, nell'ordinanza iscritta al n. 210 del r.o. 2019, con il secondo comma di quest'ultima disposizione), in relazione ai principi di ragionevolezza e funzione rieducativa della pena, attesa l'automatica incidenza, sul percorso rieducativo dei condannati, delle sopravvenute preclusioni all'accesso a benefici penitenziari e a misure alternative alla detenzione, con conseguente impossibilità per l'autorità giudiziaria di operare valutazioni individualizzate in sede di esame delle istanze di concessione di detti benefici e misure (ordinanze iscritte ai numeri 114, 210 e 220 del r.o. 2019);

– con l'art. 3 Cost., sotto un duplice profilo: da un lato, l'irragionevole disparità di trattamento creatasi tra condannati per i medesimi delitti, commessi anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, i quali sarebbero sottoposti a un regime differenziato quanto all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, a seconda del momento – anteriore o successivo alla vigenza di detta disposizione – in cui la magistratura di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*sorveglianza esami la relativa istanza di concessione (ordinanze iscritte ai numeri 114, 157, 210 e 220 del r.o. 2019); dall'altro, l'irragionevole disparità di trattamento fra autori dei medesimi delitti, commessi rispettivamente prima o dopo l'entrata in vigore della disposizione censurata, poiché solo i primi, ma non anche i secondi, potrebbero espriare la pena in regime extramurario (ordinanze iscritte ai numeri 115 e 118 del r.o. 2019).*

*2.– In via preliminare, conviene brevemente ricapitolare il contesto normativo nel quale si inseriscono le censure dei rimettenti.*

*Come già rammentato, l'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, in questa sede censurato, inserisce nell'elenco dei delitti previsti dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. i delitti contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322 e 322-bis del codice penale.*

*2.1.– Per effetto di detto inserimento, tali delitti sono oggi soggetti, anzitutto, al medesimo regime "ostativo" rispetto alla concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure alternative alla detenzione, esclusa la liberazione anticipata, che vige per i delitti cosiddetti "di prima fascia" elencati nell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit.*

*Ciò significa che i benefici e le misure alternative in questione possono ora essere concessi ai condannati per la maggior parte dei delitti contro la pubblica amministrazione, di regola, soltanto nel caso in cui essi collaborino con la giustizia.*

*Tale collaborazione potrà avvenire, alternativamente, ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit., ovvero – in forza di un'ulteriore modifica del testo dell'art. 4-bis ordin. penit., operata dall'art. 1, comma 6, lettera a), della legge n. 3 del 2019 – ai sensi dell'art. 323-bis, secondo comma, cod. pen.*

*L'art. 58-ter ordin. penit., a sua volta, descrive la condotta di collaborazione con la giustizia come quella di «coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati».*

*L'art. 323-bis, secondo comma, cod. pen. prevede invece una circostanza attenuante, applicabile a vari delitti contro la pubblica amministrazione, in favore di «chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite». Se il riconoscimento della circostanza attenuante è evidentemente circoscritto alle condotte collaborative poste in essere dall'imputato prima della sentenza irrevocabile di condanna, il richiamo a tale disposizione da parte dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., nel testo modificato dalla legge n. 3 del 2019, sta probabilmente a significare che la collaborazione richiesta al condannato per i reati contro la pubblica amministrazione può in concreto esplicarsi – anche dopo la condanna – nelle forme indicate dallo stesso art. 323-bis, secondo comma, cod. pen., ove – a differenza di quanto accade nell'art. 58-ter ordin. penit. – è fatta esplicita menzione dell'attività rivolta ad assicurare il «sequestro delle somme o altre utilità trasferite».*

*In difetto di collaborazione, il condannato per i delitti contro la pubblica amministrazione menzionati dalla disposizione censurata – così come qualsiasi altro condannato per i delitti contemplati dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. – potrà accedere ai benefici e alle misure alternative alla detenzione diverse dalla liberazione anticipata soltanto:*

*– allorché ricorrano le condizioni di cui all'art. 4-bis, comma 1-bis, ordin. penit., e cioè «purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall' articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale»; ovvero*

*– limitatamente alla concessione dei permessi premio, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti, secondo quanto stabilito dalla sentenza n. 253 del 2019 di questa Corte.*

**2.2.–** *La sottoposizione dei condannati per delitti contro la pubblica amministrazione al regime dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. comporta poi una serie di effetti stabiliti da altre norme dell'ordinamento penitenziario che rinviano allo stesso art. 4-bis, e in particolare:*

*– una preclusione assoluta – non superabile neppure in presenza di collaborazione o di condizioni equiparate – rispetto alla concessione delle misure alternative della detenzione domiciliare “ordinaria” per ultrasessantenni (art. 47-ter, comma 01, ordin. penit.) e della detenzione domiciliare cosiddetta “generica” (art. 47-ter, comma 1-bis, ordin. penit.);*

*– l'allungamento dei tempi di espiazione di pena necessari per l'accesso al lavoro all'esterno (art. 21, comma 1, ordin. penit.), ai permessi premio (art. 30-ter ordin. penit.) e alla semilibertà (art. 50, comma 2, ordin. penit.);*

*– un regime più rigoroso relativo alla revoca dei benefici penitenziari già concessi, ai sensi dell'art. 58-quater, comma 5, ordin. penit.*

**2.3.–** *L'inserimento dei delitti contro la pubblica amministrazione indicati dalla disposizione censurata nell'elenco di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. comporta un identico regime preclusivo rispetto alla liberazione condizionale, la quale – in forza dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203 – può essere concessa ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. alla condizione che ricorrano i presupposti ivi indicati.*

**2.4.–** *Infine, le ordinanze di remissione sollevate dai giudici dell'esecuzione concernono l'ulteriore effetto riflesso dell'inserimento dei delitti contro la pubblica amministrazione nell'elenco dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., stabilito dall'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. e consistente nel divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena.*

*Se infatti, in linea generale, in caso di condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni, anche se costituente residuo di maggior pena, il pubblico ministero è tenuto a sospendere l'ordine di esecuzione contestualmente emesso nei confronti del condannato che si trovi in stato di libertà o agli arresti domiciliari, sì da consentirgli di presentare istanza al tribunale di sorveglianza competente – nei trenta giorni successivi – per la concessione di una misura alternativa alla detenzione (art. 656, commi 5 – come modificato dalla sentenza n. 41 del 2018 di questa Corte – e 10, cod. proc. pen.), il comma 9, lettera a), del medesimo art. 656 cod. proc. pen. preclude invece al pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione relativo alle condanne per una serie di delitti, tra i cui quelli di cui all'art. 4-bis ordin. penit.*

*Ne consegue il necessario ingresso in carcere, nelle more del procedimento di sorveglianza, di chi sia condannato a pena detentiva non sospesa per la maggior parte dei delitti contro la pubblica amministrazione, nonostante l'entità della pena da scontare possa consentire al condannato di essere ammesso a una misura alternativa alla detenzione sin dall'inizio dell'esecuzione.*

**2.5.–** *La disposizione censurata nulla prevede in merito alla sua efficacia nel tempo.*

*In forza delle indicazioni provenienti dal diritto vivente, di cui meglio si dirà più innanzi (infra, 4.1.), tutte le ordinanze di remissione assumono tuttavia che – nel silenzio del legislatore – tali modifiche siano immediatamente applicabili anche a coloro che sono stati condannati per fatti*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

***commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019: ciò che costituisce, per l'appunto, l'oggetto essenziale delle censure che questa Corte è chiamata ora a decidere.***

*Omissis.*

*Alla luce dunque del diritto vivente, la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, che attragga nell'alveo dell'art. 25, secondo comma, Cost. le modificazioni all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., introdotte dalla disposizione censurata, è stata esplorata e consapevolmente scartata dai rimettenti: il che basta ai fini dell'ammissibilità della questione (sentenza n. 189 del 2019).*

*3.5.– Nei giudizi iscritti ai numeri 193, 194 e 220 del r.o. 2019, l'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni per mancata individuazione di una norma oggetto della questione di legittimità costituzionale, asserendo che i rimettenti avrebbero censurato «un mancato intervento del legislatore».*

*Nemmeno tale eccezione può essere accolta.*

*I giudici a quibus, infatti, individuano puntualmente la disposizione censurata, che ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione nel catalogo di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., invocando su di essa un intervento additivo di questa Corte, mirante a delimitarne l'ambito temporale di applicazione ai fatti di reato successivi alla sua entrata in vigore.*

*3.6.– Nei giudizi iscritti ai numeri 114, 115, 118, 119, 193, 194 e 210 del r.o. 2019, l'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni relative alla dedotta lesione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole (art. 25, secondo comma, Cost.) e del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), sul rilievo che analoghe censure sarebbero già state respinte da questa Corte nella sentenza 273 del 2001 e nelle ordinanze n. 108 del 2004 e n. 280 del 2001.*

*L'eccezione non può evidentemente essere accolta, atteso che – anche ad ammettere che vi sia perfetta coincidenza tra le questioni ora sollevate e altre già decise in passato – nulla vieta a questa Corte di riconsiderare i propri stessi orientamenti interpretativi.*

*Omissis.*

*4.– Nel merito, le questioni prospettate dalle ordinanze di rimessione iscritte ai numeri 114, 115, 118, 119, 160, 161, 193, 194 e 220 del r.o. 2019 sono fondate con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost.*

*Il diritto vivente ritiene, invero, che le norme disciplinanti l'esecuzione della pena siano in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva che discende dal principio di legalità della pena di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (infra, 4.1.).*

*Plurime e convergenti ragioni inducono, tuttavia, a dubitare della persistente compatibilità di tale diritto vivente con i principi costituzionali (infra, 4.2.).*

*In esito a una complessiva rimediazione della tematica, occorre in effetti concludere nel senso che, di regola, le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale. In questa ipotesi, l'applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l'art. 25, secondo comma, Cost. (infra, 4.3.).*

*La disposizione in questa sede censurata comporta, per una serie di reati contro la pubblica amministrazione, una trasformazione della natura delle pene previste al momento del reato e della loro incidenza sulla libertà personale del condannato, quanto agli effetti spiegati dalla stessa disposizione in relazione alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena. Conseguentemente, l'applicazione della disposizione censurata ai condannati per fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, quanto agli effetti appena menzionati, viola il divieto di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (infra, 4.4.).*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*Stante il silenzio del legislatore sul regime intertemporale delle modifiche in esame, il rimedio appropriato, in risposta alle questioni sollevate dai rimettenti, è la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata così come risultante dal diritto vivente (infra, 4.5.).*

4.1.– Tutte le ordinanze di rimessione muovono dal comune presupposto che, secondo il diritto vivente, le modifiche in peius della disciplina dell'esecuzione della pena in radice non sarebbero soggette al principio di irretroattività della legge penale, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

4.1.1.– Un attento esame della giurisprudenza costituzionale in materia – peraltro tutta piuttosto risalente – restituisce, in verità, un quadro ricco di sfumature.

Questa Corte è stata chiamata quasi trent'anni or sono a misurarsi con la legittimità costituzionale della retroattività di simili modifiche in peius, in relazione agli effetti retroattivi prodotti, all'indomani della strage di Capaci, dall'art. 15 del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356. Tale decreto-legge aveva, con riferimento ai condannati per delitti di criminalità organizzata e terrorismo, per la prima volta subordinato la concessione dei benefici penitenziari e della generalità delle misure alternative alla detenzione al presupposto della collaborazione con la giustizia, contestualmente prevedendo la revoca di tali benefici e misure, pur già concessi, nei confronti dei condannati che non avessero collaborato ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit.

Per tutti gli anni Novanta, questa Corte non ha risolto il quesito ora all'esame, giungendo comunque a dichiarazioni di parziale illegittimità costituzionale delle disposizioni di volta in volta censurate sulla base di parametri diversi dall'art. 25, secondo comma, Cost.

Nell'antesignana sentenza n. 306 del 1993, questa Corte – investita di plurime questioni aventi a oggetto la legittimità costituzionale della revoca di misure alternative già concesse – ritenne non sufficientemente motivata la rilevanza delle questioni relative alla compatibilità dell'effetto retroattivo previsto dall'art. 15, comma 2, del d.l. n. 306 del 1992 con il principio di legalità della pena di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., pur riconoscendo che tale profilo avrebbe potuto «meritare una seria riflessione». Questa Corte giudicò invece incompatibile con l'art. 27, primo e terzo comma, Cost. la previsione della revoca delle misure già concesse, anche quando non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali del condannato con la criminalità organizzata; e ciò in ragione dell'aspettativa, legittimamente nutrita dai condannati che avevano già ottenuto la semilibertà, a «veder riconosciuto l'esito positivo del percorso di risocializzazione già compiuto», aspettativa ormai trasformatasi «nel diritto ad espiare la pena con modalità idonee a favorire il completamento di tale processo».

*Nella successiva sentenza n. 504 del 1995 questa Corte dichiarò illegittimo l'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal citato art. 15 del d.l. n. 306 del 1992, nella parte in cui precludeva la concessione di ulteriori permessi premio ai condannati per delitti "ostativi" che non avessero collaborato con la giustizia, anche quando essi ne avessero già fruito in precedenza e non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. La ragione dell'illegittimità fu, anche in questa occasione, ravvisata nel contrasto della disciplina censurata con gli artt. 3 e 27 Cost., in considerazione dell'irragionevolezza e incompatibilità con la funzione rieducativa della pena di una disciplina che comportava una sorta di "regressione incolpevole del trattamento" connesso al beneficio penitenziario in questione.*

*Analoga ratio è stata posta a fondamento delle sentenze n. 445 del 1997 e n. 137 del 1999, con le quali l'art. 4-bis ordin. penit. fu dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevedeva che – rispettivamente – la semilibertà e i permessi premio potessero essere concessi nei confronti dei condannati che, prima della data di entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del d.l. n. 306 del 1992, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, e per i quali non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. Principio,*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*quest'ultimo, che sarà in seguito applicato da questa Corte anche con riferimento alle modifiche in peius introdotte, per i condannati recidivi reiterati, dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione) (sentenze n. 79 del 2007 e n. 257 del 2006).*

*In altre occasioni, questa Corte è pervenuta invece a dichiarazioni di non fondatezza delle questioni poste dall'entrata in vigore del medesimo art. 15 del d.l. n. 306 del 1992, prospettate sotto lo specifico profilo dell'art. 25, secondo comma, Cost., senza affermare, in maniera generale, l'estraneità di tutte le modifiche in peius della disciplina in materia di esecuzione della pena al raggio di garanzia offerto dal principio di legalità della pena.*

*Nel caso deciso con la sentenza n. 273 del 2001, in particolare, questa Corte era stata nuovamente sollecitata a chiarire se «il principio di irretroattività della legge penale sia circoscritto alle norme che creano nuovi reati, o modificano in peius gli elementi costitutivi di una fattispecie incriminatrice, nonché la specie e la durata delle sanzioni edittali, ovvero vada riferito – come rit[eneva] il giudice a quo – anche alle norme che disciplinano le modalità di espiazione della pena detentiva». Il giudice rimettente aveva sollevato questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina che precludeva l'accesso alla liberazione condizionale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 306 del 1992, i quali non avessero collaborato con la giustizia. Come anticipato, questa Corte non ha dato una risposta generale al quesito, osservando che le disposizioni censurate, nell'esigere la collaborazione con la giustizia quale condizione di accesso alla liberazione condizionale, non avevano modificato gli elementi costitutivi di tale istituto, e segnatamente il requisito dell'aver tenuto il condannato un comportamento tale da farne ritenere sicuro il ravvedimento. La disciplina censurata si sarebbe piuttosto limitata a introdurre un criterio legale di valutazione del requisito, rappresentato appunto dalla collaborazione processuale; senza, dunque, modificare in senso deteriore per il condannato la disciplina sostanziale della liberazione condizionale.*

*La medesima argomentazione compare poi nelle due ordinanze n. 108 del 2004 e n. 280 del 2001, con le quali sono state parimenti rigettate due questioni relative agli effetti intertemporali di modifiche apportate all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit.*

*4.1.2.– Il quadro della giurisprudenza della Corte di cassazione è invece assai netto nel senso della non riconducibilità all'alveo dell'art. 25, secondo comma, Cost. delle norme sull'esecuzione della pena, e conseguentemente nel senso della pacifica applicabilità di modifiche normative di segno peggiorativo anche ai condannati che abbiano commesso il reato prima dell'entrata in vigore delle modifiche stesse.*

*Il tradizionale principio secondo cui le disposizioni in parola non hanno carattere di norme sostanziali e soggiacciono pertanto, in assenza di specifica disciplina transitoria, al principio tempus regit actum è stato affermato, in particolare, nel 2006 (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 luglio 2006, n. 24561), ed è poi stato sempre confermato dalla giurisprudenza successiva (ex multis, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 18 settembre 2006, n. 30792; sezione prima penale, sentenza 15 luglio 2008, n. 29155; sezione prima penale, sentenza 9 dicembre 2009, n. 46924; sezione seconda penale, sentenza 22 febbraio 2012, n. 6910; sezione prima penale, sentenza 12 marzo 2013, n. 11580; sezione prima penale, sentenza 18 dicembre 2014, n. 52578; sezione prima penale, sentenza 9 settembre 2016, n. 37578).*

*4.1.3.– All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, il diritto vivente è stato invero rimesso in discussione da alcune pronunce di merito, che hanno ritenuto inapplicabile la disposizione censurata ai fatti di reato pregressi, dal momento che ad essa si sarebbe dovuta riconoscere natura “sostanzialmente penale”, secondo i noti criteri Engel elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con conseguente sua soggezione al divieto di retroattività sfavorevole di cui agli artt. 25,*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

secondo comma, Cost. e 7 CEDU (Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Como, ordinanza 8 marzo 2019; Corte di appello di Reggio Calabria, sezione seconda penale, ordinanza 2 aprile 2019; Corte di appello di Napoli, sezione seconda penale, ordinanza 2 aprile 2019).

La Corte di cassazione ha, tuttavia, sinora unanimemente ribadito – salvo che in un solo caso di cui si dirà tra breve (infra, 4.2.2.) – il precedente orientamento espresso dalle Sezioni unite, concludendo nel senso che le modificazioni apportate all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. sono applicabili anche ai fatti di reato pregressi in virtù del principio tempus regit actum (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenze 6 giugno 2019, n. 25212; 26 settembre 2019, n. 39609; 28 novembre 2019, n. 48499; 17 gennaio 2020, n. 1799; nonché ordinanza 18 luglio 2019, n. 31853, che proprio sulla base di questo presupposto interpretativo ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale di cui all'ordinanza iscritta al n. 141 del r.o. 2019, che questa Corte esaminerà in un distinto giudizio).

4.2.– Come anticipato, plurime e convergenti ragioni inducono a dubitare della persistente compatibilità di tale diritto vivente con i principi costituzionali.

4.2.1.– In primo luogo, non è senza significato che, in alcune occasioni almeno, lo stesso legislatore abbia ritenuto di limitare espressamente l'applicabilità di norme incidenti sul regime di esecuzione della pena soltanto alle condanne pronunciate per fatti posteriori all'entrata in vigore delle norme medesime.

Ciò è avvenuto, anzitutto, proprio con il d.l. n. 152 del 1991, cui si deve l'introduzione dell'art. 4-bis ordin. penit., nella sua originaria versione. L'art. 4, comma 1, di tale decreto-legge prevedeva, infatti, che le disposizioni che innalzavano, per i condannati per i reati di cui alla nuova disposizione, i periodi minimi di espiazione di pena per l'accesso ai benefici penitenziari fossero applicabili solo in relazione ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore del decreto-legge stesso.

Analogo accorgimento non fu poi adottato con il d.l. n. 306 del 1992, al quale si deve l'introduzione nell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. del meccanismo preclusivo imperniato sulla mancanza di collaborazione: meccanismo la cui immediata operatività anche rispetto ai condannati per fatti pregressi fu, in effetti, all'origine delle varie questioni di legittimità costituzionale poc'anzi ricordate (supra, 4.1.1.), decise da questa Corte sulla base del principio di non regressione incolpevole del trattamento penitenziario, dedotto in particolare dall'art. 27, terzo comma, Cost.

Ma, ancora nel 2002, il legislatore – nell'aggiungere all'elenco di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. i delitti posti in essere per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico, nonché i delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 cod. pen. – ebbe cura di escludere l'applicabilità della modifica normativa ai condannati per tali titoli delittuosi che avessero commesso il fatto anteriormente alla sua entrata in vigore (art. 4 della legge 23 dicembre 2002, n. 279, recante «Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario»).

4.2.2.– Come è accaduto in talune più recenti occasioni, la legge n. 3 del 2019 non prevede invece alcuna disposizione transitoria che ne escluda l'applicabilità ai condannati per fatti pregressi.

Proprio tale silenzio del legislatore del 2019 ha provocato un diffuso disagio nella giurisprudenza di merito riguardo alla sostenibilità costituzionale e convenzionale della conclusione, imposta dal diritto vivente, nel senso della sua applicazione anche ai condannati per fatti pregressi. Ciò si è manifestato sia nelle pronunce di merito, di cui si è poc'anzi dato conto (supra, 4.1.3.), che hanno direttamente adottato una soluzione difforme; sia nel grande numero di ordinanze che hanno sollevato, nell'arco di un brevissimo lasso temporale, le questioni di legittimità costituzionale ora in discussione, con le quali si sollecita in sostanza questa Corte a dichiarare costituzionalmente illegittimo quel diritto vivente.

Nella stessa giurisprudenza di legittimità non mancano, d'altronde, segnali indicativi del medesimo disagio.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*Una sentenza della sezione sesta penale della Corte di cassazione, in particolare, ha prospettato dubbi di legittimità costituzionale della mancata previsione di una disciplina transitoria da parte della disposizione in questa sede censurata, pur ritenendo di non poter sollevare la relativa questione per difetto di rilevanza nel caso di specie. La Corte di cassazione ha osservato, in proposito, che l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità circa il carattere processuale delle norme dell'ordinamento penitenziario andrebbe oggi riveduto, anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte EDU, sì da garantire l'effettiva prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: «l'aver il legislatore cambiato in itinere le “carte in tavola” senza prevedere alcuna norma transitoria» presenterebbe «tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce [...] nel passaggio – “a sorpresa” e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata “senza assaggio di pena” ad una sanzione con necessaria incarcerazione» (Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 14 marzo 2019, n. 12541).*

*4.2.3.– Tutte le ordinanze di remissione valorizzano, in effetti, i recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte EDU sull'estensione della garanzia dell'art. 7 CEDU, con riferimento almeno a talune modifiche in peius del regime dell'esecuzione delle pene; recenti sviluppi che l'ordinamento italiano non può del resto ignorare.*

*Al riguardo, va premesso che, sino a poco più di un decennio fa, la Corte di Strasburgo aveva sostenuto una tesi sovrapponibile a quella della giurisprudenza italiana, negando in particolare che le modifiche alla disciplina dell'esecuzione della pena chiamassero in causa la garanzia dell'art. 7 CEDU (Corte EDU, sentenza 29 novembre 2005, Uttley contro Regno Unito; nello stesso senso, Commissione dei diritti dell'uomo, decisione 3 marzo 1986, Hogben contro Regno Unito).*

*Una prima, significativa correzione di rotta risale al 2008, in relazione a un caso in cui il ricorrente aveva commesso il reato in un'epoca in cui la pena dell'ergastolo, in forza dell'allora vigente normativa penitenziaria nazionale, consentiva l'accesso del condannato alla liberazione condizionale, in caso di buona condotta, dopo vent'anni di detenzione. In seguito alla modifica di tale normativa, la prospettiva di una liberazione condizionale era sostanzialmente venuta meno, con conseguente trasformazione dell'ergastolo in una detenzione, effettivamente, a vita. La Corte EDU ha giudicato qui insussistente l'allegata violazione del divieto di retroattività delle pene, sottolineando che il novum normativo non aveva modificato la pena – l'ergastolo – inflitta sulla base della legge vigente al momento del fatto; nondimeno ha ritenuto violato l'art. 7 CEDU, censurando l'insufficiente chiarezza della legge penale al momento del fatto, e dunque l'imprevedibilità delle conseguenze sanzionatorie connesse alla violazione del precetto (Corte EDU, Grande Camera, sentenza 12 febbraio 2008, Kafkaris contro Cipro).*

*Ma la pronuncia più significativa della Corte EDU – invocata non a caso da tutte le ordinanze di remissione – è, in questo contesto, la sentenza della Grande Camera Del Rio Prada contro Spagna, decisa nel 2013. La Grande Camera – sia pure con riferimento a un caso non sovrapponibile a quelli dai quali le odierne questioni sono originate – ha ribadito che, in linea di principio, le modifiche alle norme sull'esecuzione della pena non sono soggette al divieto di applicazione retroattiva di cui all'art. 7 CEDU, eccezion fatta – però – per quelle che determinino una «ridefinizione o modificazione della portata applicativa della “pena” imposta dal giudice». Altrimenti, ha osservato la Corte, «gli Stati resterebbero liberi – ad esempio modificando la legge o reinterpretando i regolamenti esistenti – di adottare misure che retroattivamente ridefiniscano la portata della pena imposta, in senso sfavorevole per l'interessato. Ove il divieto di retroattività non operasse in tali ipotesi – conclude la Corte – l'art. 7 CEDU verrebbe privato di ogni effetto utile per i condannati, nei cui confronti la portata delle pene inflitte potrebbe essere liberamente inasprita successivamente alla commissione del fatto (Corte EDU, Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, Del Rio Prada contro Spagna, paragrafo 89).*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

4.2.4.– *Le conclusioni cui è recentemente pervenuta la Corte EDU trovano significative conferme nella giurisprudenza di altre corti e nella legislazione di altri Paesi.*

*Secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, il generale divieto di “ex post facto laws” sancito dalla Costituzione americana si applica anche alle modifiche delle norme in materia di esecuzione della pena che producano l’effetto pratico di prolungare la detenzione del condannato, modificando il quantum della pena e operando così come una legge retroattiva sfavorevole, in quanto tale non applicabile al condannato (Weaver v. Graham, 450 U.S. 24, 33 (1981); Lynce v. Mathis, 519 U.S. 433 (1997). Nel senso, peraltro, che la garanzia dell’irretroattività opera solo allorché il ricorrente sia in grado di dimostrare che la modifica legislativa sopravvenuta crei un “sufficiente rischio” di incrementare la durata della sua detenzione rispetto alla disciplina vigente al momento della commissione del fatto, California Department of Corrections v. Morales, 514 U.S. 499 (1995); Garner v. Jones, 529 U.S. 244 (2000)).*

*Principi analoghi sono riconosciuti nell’ordinamento francese, quanto meno a livello di legislazione ordinaria, dall’art. 112-2 del codice penale. Tale norma dispone in via generale l’immediata applicabilità, in vista della repressione anche dei reati commessi anteriormente alla loro entrata in vigore, delle leggi modificatrici del diritto processuale penale e della prescrizione del reato o della pena, nonché delle leggi relative al «regime di esecuzione e dell’applicazione delle pene»: eccezion fatta però, in riferimento a queste ultime, per «quelle che abbiano l’effetto di rendere più severe le pene inflitte con la sentenza di condanna», le quali sono espressamente dichiarate «applicabili soltanto alle condanne pronunciate per fatti commessi posteriormente alla loro entrata in vigore».*

4.2.5.– *Alcune ordinanze di rimessione (in particolare, quelle iscritte ai numeri 160 e 161 del r.o. 2019) e, soprattutto, le difese delle parti private hanno infine posto l’accento – come già la citata sentenza della Corte di cassazione n. 12541 del 2019 – sugli effetti distorsivi prodotti sulle scelte difensive degli imputati dal mutamento, nel corso delle indagini e poi del processo, del quadro normativo sull’esecuzione della pena; con il conseguente profilarsi, altresì, di possibili lesioni dell’art. 24 Cost.*

*Un tale rilievo è, in verità, di intuitiva evidenza. L’imputato, ad esempio, può determinarsi a rinunciare al proprio “diritto di difendersi provando” e concordare invece con il pubblico ministero una pena contenuta entro una misura che lo candidi sin da subito a ottenere una misura alternativa alla detenzione, confidando comunque nella garanzia di non dover “passare per il carcere” grazie al meccanismo sospensivo di cui all’art. 656, comma 5, cod. proc. pen.; ovvero decidere, all’opposto, di affrontare il dibattimento, confidando nella prospettiva che la pena che gli verrà inflitta, anche in caso di condanna, non comporterà verosimilmente il suo ingresso in carcere, per effetto di una misura alternativa che egli abbia una ragionevole aspettativa di ottenere in base alla normativa in vigore al momento del fatto.*

*Una modifica in peius, con effetto retroattivo sui processi in corso, della normativa in materia penitenziaria, è suscettibile di frustrare le (legittime) aspettative poste a fondamento di tali scelte difensive, esponendo l’imputato a conseguenze sanzionatorie affatto impreviste e imprevedibili al momento dell’esercizio di una scelta processuale, i cui effetti sono però irrevocabili (per analoghi rilievi, si vedano anche la già citate sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti, Weaver v. Graham, 32, e Lynce v. Mathis, 445, nonché Corte Suprema del Canada, R. v. K.R.J., [2016] 1 SCR 906, 926, paragrafo 25, in un caso che concerneva l’applicazione retroattiva di misure interdittive aggiuntive alla pena detentiva a carico di chi fosse stato condannato per abusi sessuali).*

4.3.– *Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, questa Corte ritiene necessario procedere a una complessiva rimediazione della portata del divieto di retroattività sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., in relazione alla disciplina dell’esecuzione della pena.*

4.3.1.– *Come è noto, dall’art. 25, secondo comma, Cost. discende pacificamente tanto il divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante,*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d’autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*quanto il divieto di applicare retroattivamente una legge che preveda una pena più severa per un fatto già in precedenza incriminato (da ultimo, sentenza n. 223 del 2018); divieto, quest'ultimo, che trova esplicita menzione nell'art. 7, paragrafo 1, secondo periodo, CEDU, nell'art. 15, paragrafo 1, secondo periodo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché nell'art. 49, paragrafo 1, seconda proposizione, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).*

*La ratio di tale divieto è almeno duplice.*

*Per un verso, il divieto in parola mira a garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale. E ciò sia per garantirgli – in linea generale – la «certezza di libere scelte d'azione» (sentenza n. 364 del 1988); sia per consentirgli poi – nell'ipotesi in cui sia instaurato un procedimento penale a suo carico – di compiere scelte difensive, con l'assistenza del proprio avvocato, sulla base di ragionevoli ipotesi circa i concreti scenari sanzionatori a cui potrebbe andare incontro in caso di condanna (supra, 4.2.5.).*

*Ma una seconda ratio, altrettanto cruciale, non può essere trascurata. Come già acutamente colse una celebre decisione della Corte Suprema statunitense a qualche anno appena di distanza dalla proclamazione del divieto di “ex post facto laws” nella Costituzione federale, **il divieto in parola erige un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di stabilire o aggravare ex post pene per fatti già compiuti.** Quel divieto – scriveva nel 1798 la Corte Suprema – deriva con ogni probabilità dalla consapevolezza dei padri costituenti che il Parlamento della Gran Bretagna aveva spesso rivendicato, e in concreto utilizzato, il potere di stabilire, a carico di chi avesse già compiuto determinate condotte ritenute di particolare gravità per la *salus rei publicae*, pene che non erano previste al momento del fatto, o che erano più gravi di quelle sino ad allora stabilite. Ma quelle leggi, osservava la Corte, in realtà «erano sentenze in forma di legge»: null'altro, cioè, che «l'esercizio di potere giudiziario» da parte di un Parlamento animato, in realtà, da intenti vendicativi contro i propri avversari (Corte Suprema degli Stati Uniti, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386, 389 (1798)).*

***Il divieto di applicazione retroattiva di pene non previste al momento del fatto, o anche solo più gravi di quelle allora previste, opera in definitiva come uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico che stanno al cuore stesso del concetto di “stato di diritto”. Un concetto, quest'ultimo, che evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una “legge” pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare.***

*4.3.2.– Occorre allora verificare se e in che misura tali fondamentali rationes debbano essere estese anche alle norme che, lasciando inalterati tipologia e quantum delle pene previste per il reato, ne modifichino tuttavia le modalità esecutive.*

***Al riguardo, non v'è dubbio che vi siano ragioni assai solide a fondamento della soluzione, sinora consacrata dal diritto vivente, secondo la quale le pene devono essere eseguite – di regola – in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione, e non in base a quella in vigore al tempo della commissione del reato.***

***In primo luogo, dal momento che l'esecuzione delle pene detentive è un fenomeno che si dipana diacronicamente, spesso anche a notevole distanza dal fatto di reato, non può non riconoscersi che nel tempo inevitabilmente muta il contesto, fattuale e normativo, nel quale l'amministrazione penitenziaria si trova a operare. Da ciò deriva la necessità di fisiologici assestamenti della disciplina normativa, chiamata a reagire continuamente a tali mutamenti. Ove il regime di esecuzione delle pene detentive dovesse restare cristallizzato alla disciplina vigente al momento del fatto, ad esempio, non potrebbero essere applicate a chi avesse commesso un omicidio negli anni Ottanta o Novanta le restrizioni all'uso dei telefoni cellulari o di internet oggi previste dall'ordinamento penitenziario.***

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

***In secondo luogo, le (fisiologicamente mutevoli) regole trattamentali sono basate esse stesse su complessi bilanciamenti tra i delicati interessi in gioco – ex multis: la tutela dei diritti fondamentali dei condannati, ma anche il controllo della residua pericolosità criminale del detenuto all’interno e all’esterno del carcere, in un quadro di limitatezza complessiva delle risorse a disposizione –; bilanciamenti i cui esiti mal si prestano a essere ricondotti alla logica binaria della soluzione “più favorevole” o “più sfavorevole” per il singolo condannato, con la quale è però costretto ad operare il divieto di applicazione retroattiva della legge penale. Si pensi a una eventuale riduzione delle “ore d’aria”, a fronte però di maggiori opportunità di lavoro extramurario.***

***Ma soprattutto, un rigido e generale divieto di applicazione retroattiva di qualsiasi modifica della disciplina relativa all’esecuzione della pena o delle misure alternative alla detenzione che dovesse essere ritenuta in concreto deteriore per il condannato finirebbe per creare, all’interno del medesimo istituto penitenziario, una pluralità di regimi esecutivi paralleli, ciascuno legato alla data del commesso reato. Ciò che creerebbe non solo gravi difficoltà di gestione per l’amministrazione, ma anche differenze di trattamento tra i detenuti; con tutte le intuibili conseguenze sul piano del mantenimento dell’ordine all’interno degli istituti, che è esso pure condizione essenziale per un efficace dispiegarsi della funzione rieducativa della pena.***

***4.3.3.– La regola appena enunciata deve, però, soffrire un’eccezione allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato.***

***In tal caso, infatti, la successione normativa determina, a ogni effetto pratico, l’applicazione di una pena che è sostanzialmente un aliud rispetto a quella stabilita al momento del fatto: con conseguente piena operatività delle rationes, poc’anzi rammentate, che stanno alla base del divieto di applicazione retroattiva delle leggi che aggravano il trattamento sanzionatorio previsto per il reato.***

***Ciò si verifica, paradigmaticamente, allorché al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita “fuori” dal carcere, la quale – per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto – divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio nomen iuris, va eseguita di norma “dentro” il carcere. Tra il “fuori” e il “dentro” la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un aliud rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un’applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell’art. 25, secondo comma, Cost.***

***E ciò vale anche laddove la differenza tra il “fuori” e il “dentro” si apprezzi in esito a valutazioni prognostiche relative, rispettivamente, al tipo di pena che era ragionevole attendersi al momento della commissione del fatto, sulla base della legislazione allora vigente, e quella che è invece ragionevole attendersi sulla base del mutato quadro normativo. Proprio la giurisprudenza statunitense cui si è fatto poc’anzi riferimento (supra, 4.2.4.) mostra non a caso come – ai fini della verifica del carattere deteriore della modifica normativa sulla concreta vicenda esecutiva – non possa prescindersi da una valutazione prognostica circa la creazione, da parte della legge sopravvenuta, di un serio rischio che il condannato possa essere assoggettato a un trattamento più severo di quello che era ragionevolmente prevedibile al momento del fatto, in termini di minore probabilità di accesso a modalità extramurarie di esecuzione della sanzione (come il parole negli Stati Uniti, o le misure alternative alla detenzione nell’ordinamento italiano).***

***4.4.– Occorre a questo punto verificare in che misura gli esiti della complessiva rimediazione sin qui compiuta incidano sulle questioni di legittimità costituzionale ora all’esame.***

***La disposizione censurata inserisce la maggior parte dei reati contro la pubblica amministrazione nell’elenco previsto dall’art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., determinando con ciò le conseguenze***

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d’autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

deteriori sulla complessiva vicenda esecutiva a carico dei condannati per tali reati, che si sono a tempo debito illustrate (supra, 2.).

V'è dunque da stabilire se e in che misura tali conseguenze deteriori possano essere legittimamente applicate – al metro dei principi appena enunciati – a chi sia stato condannato per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della disposizione medesima.

**4.4.1.– Questa Corte ritiene che l'art. 25, secondo comma, Cost. non si opponga a un'applicazione retroattiva delle modifiche derivanti dalla disposizione censurata alla disciplina dei meri benefici penitenziari, e in particolare dei permessi premio e del lavoro all'esterno.**

**Per quanto, infatti, non possa disconoscersi il significativo impatto di questi benefici sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, non pare a questa Corte che modifiche normative che si limitino a rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici medesimi determinino una trasformazione della natura della pena da eseguire, rispetto a quella comminata al momento del fatto e inflitta, sì da chiamare in causa la garanzia costituzionale in parola.**

**Il condannato che fruisca di un permesso premio, o che sia ammesso al lavoro all'esterno del carcere, continua in effetti a scontare una pena che resta connotata da una fondamentale dimensione "intramuraria". Egli resta in linea di principio "dentro" il carcere, continuando a soggiacere alla dettagliata disciplina che caratterizza l'istituzione penitenziaria, e che coinvolge pressoché ogni aspetto della vita del detenuto.**

**D'altra parte, proprio perché i condannati ammessi periodicamente a godere di permessi premio e/o a svolgere lavoro all'esterno ai sensi dell'art. 21 ordin. penit. restano detenuti che scontano la pena detentiva loro inflitta dal giudice della cognizione, non può non valere nei loro confronti l'esigenza, già segnalata (supra, 4.3.2.), di evitare disparità di trattamento, all'interno del medesimo istituto penitenziario, dipendenti soltanto dal tempo del commesso reato: disparità che sarebbero di assai problematica gestione da parte dell'amministrazione penitenziaria, e che verrebbero come tali difficilmente accettate dalla generalità dei detenuti.**

**4.4.2. – La conclusione opposta si impone, invece, in relazione agli effetti prodotti dalla disposizione censurata sul regime di accesso alle misure alternative alla detenzione disciplinate dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, e in particolare all'affidamento in prova al servizio sociale, alla detenzione domiciliare nelle sue varie forme e alla semilibertà.**

**Si tratta di «misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena [...] e che per ciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto» (sentenza n. 349 del 1993), finendo anzi per costituire delle vere e proprie "pene" alternative alla detenzione (ordinanza n. 327 del 1989) disposte dal tribunale di sorveglianza, e caratterizzate non solo da una portata limitativa della libertà personale del condannato assai più contenuta, ma anche da un'accentuata vocazione rieducativa, che si esplica in forme del tutto diverse rispetto a quella che pure connota la pena detentiva.**

**Ciò è stato anche di recente ribadito da questa Corte con riferimento sia all'affidamento in prova al servizio sociale per i condannati adulti, definito quale «strumento di espiazione della pena, alternativo rispetto alla detenzione: uno strumento, certo, meno afflittivo rispetto al carcere, ma egualmente connotato in senso sanzionatorio rispetto al reato commesso, tanto che l'esito positivo dell'affidamento in prova estingue la pena detentiva e ogni altro effetto penale (art. 47, comma 12, ordin. penit.)» (sentenza n. 68 del 2019); sia alla detenzione domiciliare, che costituisce anch'essa «"non una misura alternativa alla pena", ma una pena "alternativa alla detenzione"», caratterizzata da prescrizioni meramente «limitative della libertà, sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento del servizio sociale» (sentenza n. 99 del 2019, con richiamo alla già citata ordinanza n. 327 del 1989).**

**Tali considerazioni valgono anche rispetto alla semilibertà, ove l'obbligo di trascorrere una parte della giornata – e quanto meno le ore notturne – all'interno dell'istituto penitenziario (ma, di regola,**

**Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.**

**Giappichelli Formazione**

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*in sezioni autonome: art. 48, comma 2, ordin. penit.) si accompagna al godimento di spazi di libertà assai significativi, al di fuori della fitta rete di prescrizioni che normalmente corredano la concessione di meri benefici extramurari.*

*4.4.3.– La medesima conclusione si impone – in forza del rinvio “mobile” (sentenza n. 39 del 1994) di cui all’art. 2 del d.l. n. 152 del 1991 – per ciò che concerne la liberazione condizionale: istituto disciplinato dagli artt. 176 e 177 cod. pen., ma funzionalmente analogo alle misure alternative alla detenzione, essendo anch’esso finalizzato a consentire il graduale reinserimento del condannato nella società, attraverso la concessione di uno sconto di pena a chi abbia, durante il percorso penitenziario, «tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento».*

*La subordinazione anche della liberazione condizionale alla collaborazione processuale o alle condizioni equiparate comporta per il condannato per delitti contro la pubblica amministrazione l’evidente rischio di un significativo prolungamento del periodo da trascorrere in carcere, rispetto alle prospettive che gli si presentavano sulla base della legge vigente al momento del fatto; con conseguente incompatibilità con l’art. 25, secondo comma, Cost. dell’applicazione retroattiva della preclusione di cui all’art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. anche rispetto alla liberazione condizionale.*

*4.4.4.– Identica conclusione va tratta, infine, quanto all’effetto riflesso spiegato dalla disposizione censurata in relazione al divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione della pena di cui all’art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen.*

*A tale conclusione non è di ostacolo la collocazione di tale ultima disposizione nel codice di procedura penale, da cui la giurisprudenza sinora unanime (per tutte, Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza n. 24561 del 2006) ha dedotto la sua sottoposizione al generale principio tempus regit actum.*

*Infatti, la collocazione topografica di una disposizione non può mai essere considerata decisiva ai fini dell’individuazione dello statuto costituzionale di garanzia ad essa applicabile. In plurime occasioni, la giurisprudenza costituzionale ha, d’altronde, già esteso le garanzie discendenti dall’art. 25, secondo comma, Cost. a norme non qualificate formalmente come penali dal legislatore (sentenze n. 63 del 2019, n. 223 del 2018, n. 68 del 2017 e n. 196 del 2010; ordinanza n. 117 del 2019).*

*Tale principio non può non valere anche rispetto alle norme collocate nel codice di procedura penale, allorché incidano direttamente sulla qualità e quantità della pena in concreto applicabile al condannato.*

*Non v’è dubbio che l’art. 656, comma 9, cod. proc. pen. – nel vietare la sospensione dell’ordine di esecuzione della pena in una serie di ipotesi, tra cui quella, che qui viene in considerazione, relativa alla condanna per un reato di cui all’art. 4-bis, ordin. penit. – produce l’effetto di determinare l’inizio dell’esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull’eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite – per l’intera durata della pena inflitta – sulla base della legge vigente al momento della commissione del fatto.*

*Tanto basta per riconoscere alla disposizione in questione un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto; con conseguente sua inapplicabilità, ai sensi dell’art. 25, secondo comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all’entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l’ambito applicativo, tramite l’inserimento di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell’elenco di cui all’art. 4-bis ordin. penit.*

*4.4.5.– Per le ragioni già anticipate (supra, 4.3.4.), non varrebbe a inficiare le conclusioni appena raggiunte l’obiezione secondo cui la prospettiva – per il condannato – di vedersi applicare una misura alternativa, sulla base della legge in vigore al momento del fatto, sarebbe stata meramente ipotetica ed eventuale.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d’autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*La valutazione circa il carattere deteriore della disciplina sopravvenuta non può, infatti, che essere condotta secondo criteri di rilevante probabilità: e ciò con riferimento tanto ai benefici accessibili per il condannato sulla base della disciplina previgente, quanto alle conseguenze deteriori che derivano dall'entrata in vigore della nuova disciplina.*

*Sotto il primo profilo, è evidente che – in linea generale, e salve le peculiarità di ogni singolo caso – nei confronti dei condannati per reati contro la pubblica amministrazione sussisteva una rilevante probabilità, sulla base della disciplina previgente, di accedere a misure alternative alla pena detentiva, laddove i relativi limiti di pena ancora da scontare o i rispettivi requisiti anagrafici (per ciò che concerne la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 01, ordin. penit.) lo permettessero. Un tale assunto è, se non altro, dimostrato dallo stesso elevato numero delle ordinanze di remissione, che argomentano la rilevanza delle questioni proprio muovendo da un giudizio di meritevolezza rispetto al beneficio del singolo condannato sulla base della previgente disciplina.*

*Sotto il secondo profilo, non può negarsi, per converso, che la normativa sopravvenuta – oltre a precludere in via assoluta l'accesso a taluni benefici, come la detenzione domiciliare per i condannati ultrasessantenni (ciò che basterebbe, invero, a dimostrarne per tabulas il carattere necessariamente deteriore) – rende significativamente meno probabile la concessione degli stessi, anche in considerazione delle incertezze, ancora non affrontate dalla giurisprudenza, sulla precisa estensione dell'obbligo collaborativo in capo ai condannati per reati contro la pubblica amministrazione e, segnatamente, se esso debba intendersi come limitato al singolo fatto di reato per il quale è stata pronunciata condanna, ovvero se si estenda a tutti i reati ad esso in qualche modo connessi, e dei quali l'autorità giudiziaria ritenga che il condannato sia comunque a conoscenza.*

*4.5.– Come già evidenziato, il censurato art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, così come scritto dal legislatore, nulla prevede in relazione alla sua applicazione nel tempo, né dispone la sua applicazione alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge. In contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. – sotto i profili denunciati dalle ordinanze di remissione in questa sede esaminate – è la norma risultante dal diritto vivente, a tenore della quale le modifiche introdotte con la disposizione censurata sarebbero applicabili anche retroattivamente. Al fine di porre rimedio a tale violazione, non può però accogliersi la richiesta, formulata in udienza dall'Avvocatura generale dello Stato, di una sentenza interpretativa di rigetto, che dichiari non fondate le questioni “nei sensi di cui in motivazione”. L'indubbia esistenza di un diritto vivente in senso contrario (supra, 4.1.) – diritto vivente dal quale muovono, del resto, le stesse ordinanze di remissione – esclude la praticabilità di una simile opzione, e impone a questa Corte di pronunciare una sentenza di accoglimento delle questioni prospettate (ex plurimis, sentenza n. 299 del 2005).*

*Conseguentemente, va dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 cod. pen. e della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena prevista dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale.*

*Restano assorbiti i profili di ammissibilità e di merito di tutte le ulteriori censure prospettate in riferimento ad altri parametri costituzionali.*

*5.– Come già chiarito (supra, 4.4.1.), questa Corte non ritiene, invece, che l'art. 25, secondo comma, Cost. vieti l'applicazione retroattiva di modifiche normative che incidano in senso deteriore per il condannato quanto alla disciplina di meri benefici penitenziari, come – segnatamente – i permessi premio e il lavoro all'esterno.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*Ciò non significa, peraltro, che al legislatore sia consentito disconoscere il percorso rieducativo effettivamente compiuto dal condannato che abbia già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio. Ciò si porrebbe in contrasto – se non con l'art. 25, secondo comma, Cost. – con il principio di eguaglianza e di finalismo rieducativo della pena (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.), secondo i principi sviluppati dalla giurisprudenza di questa Corte sin dagli anni Novanta del secolo scorso (supra, 4.1.1.).*

*Un simile vulnus si è in effetti verificato nel caso oggetto del procedimento a quo cui si riferisce l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Potenza, iscritta al n. 210 del r.o. 2019 (Ritenuto in fatto, 10.), relativa alla vicenda di un condannato che sta spiando la propria pena detentiva, e che – secondo quanto esposto dal rimettente – alla data di entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 aveva già maturato, in base alla disciplina previgente, i requisiti per la concessione del permesso premio.*

*Negare, a chi si trovi nella posizione di quel condannato, la concessione del beneficio equivarrebbe a disconoscere la funzione pedagogico-propulsiva del permesso premio (sentenza n. 253 del 2019), quale strumento idoneo a consentirne un suo iniziale reinserimento nella società, in vista dell'eventuale concessione di misure alternative alla detenzione, in assenza di gravi comportamenti che dimostrino la non meritevolezza del beneficio nel caso concreto (sentenza n. 504 del 1995; nello stesso senso, sentenze n. 137 del 1999 e n. 445 del 1997).*

*L'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019 deve, pertanto, essere dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati per uno dei reati ivi elencati che, prima dell'entrata in vigore della legge medesima, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio stesso, restando assorbiti i profili di ammissibilità e di merito di tutte le ulteriori censure proposte dal rimettente.*

*6.– L'accoglimento delle questioni prospettate dalle ordinanze iscritte ai numeri 114, 115, 118, 119, 160, 161, 193, 194 e 220 del r.o. 2019 in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost. rende infine priva di oggetto – e per tale ragione inammissibile – la questione di legittimità costituzionale iscritta al n. 157 del r.o. 2019, avente identico petitum, sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Taranto in riferimento al solo art. 3 Cost.*

*Per Questi Motivi*

**LA CORTE COSTITUZIONALE**

*riuniti i giudizi,*

*1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale;*  
*2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della medesima legge, abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso;*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale di sorveglianza di Taranto con l'ordinanza indicata in epigrafe (r.o. n. 157 del 2019).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 12 febbraio 2020.

Omissis.

**1.2. Segue: Corte cost., 30 luglio 2021, n. 183.**

Omissis.

Considerato in diritto

1.– La Corte d'appello di Bologna (reg. ord. n. 9 del 2021) ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, nella parte in cui, richiamando il secondo comma dell'art. 572 del codice penale, inserito dall'art. 9, comma 2, lettera b), della legge 19 luglio 2019, n. 69 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere), «prevede che il reato di maltrattamenti in famiglia commesso in presenza di minori è ostativo alla sospensione dell'ordine di esecuzione, senza prevedere un regime transitorio che dichiarò applicabile tale norma solo ai fatti commessi successivamente» all'entrata in vigore della legge medesima.

Il rimettente prospetta la violazione degli artt. 3, 13, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, in quanto l'applicazione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva per maltrattamenti aggravati dalla presenza di minore commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 69 del 2019 – che ha reso questo titolo di reato ostativo alla sospensione – lederebbe la garanzia costituzionale e convenzionale di irretroattività delle norme penali ad effetti sostanziali, quelle incidenti cioè sulla portata effettiva della pena.

1.1.– Il giudice a quo riferisce di dover provvedere sull'istanza con la quale F. P. ha chiesto sospendersi l'ordine di carcerazione emesso nei suoi confronti il 23 settembre 2019 in esecuzione di una sentenza passata in giudicato il 26 luglio 2019 recante condanna inflittagli per il reato aggravato di cui agli artt. 572 e 61, primo comma, numero 11-quinquies), cod. pen., avente ad oggetto maltrattamenti in danno della moglie commessi in presenza di minori «dal 2011 al mese di maggio 2017».

Le questioni sarebbero rilevanti poiché l'accoglimento delle stesse consentirebbe a F. P. di ottenere la sospensione dell'ordine di carcerazione e chiedere quindi, da libero, una misura alternativa alla detenzione; effetto che il rimettente dichiara non conseguibile altrimenti, attesa la sussistenza di «un diritto vivente così granitico in tema di applicazione del principio tempus regit actum in materia esecutiva» da impedire ogni interpretazione adeguatrice della norma censurata.

Omissis.

4.– Nel merito, le questioni non sono fondate, nei sensi di cui appresso.

5.– Con la sentenza n. 32 del 2020, questa Corte, ritenendo necessaria «una complessiva rieditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena», ha affermato che la regola di diritto vivente secondo cui le pene devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione, e non in base a quella in vigore al tempo della commissione del reato, soffre «un'eccezione allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato».

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*Ciò la sentenza medesima ha affermato anche per il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva di cui all'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen., non essendo decisiva in senso contrario la collocazione della disposizione nel codice di rito, atteso che quel divieto «produce l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite – per l'intera durata della pena inflitta – sulla base della legge vigente al momento della commissione del fatto».*

***Enunciata a proposito dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), la medesima ratio non può che valere in ogni ipotesi nella quale il legislatore estenda il novero dei reati ostativi alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva senza una disciplina transitoria mirata ad escludere dall'inasprimento normativo i condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente alla sua entrata in vigore.***

*5.1. – Al cospetto di un diritto vivente univocamente orientato all'indiscriminata applicazione del principio tempus regit actum in materia esecutiva, questa Corte, nella sopra citata sentenza, ha ritenuto di non poter adottare una pronuncia interpretativa di rigetto, e ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale – per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. – dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «in quanto interpretato» nel senso imposto da quel medesimo diritto vivente.*

*Modificando il quadro interpretativo del regime intertemporale delle novelle incidenti sulla disciplina dell'esecuzione della pena, tale declaratoria di illegittimità costituzionale ha restituito ai giudici comuni la possibilità – e quindi il dovere – di interpretare in senso costituzionalmente adeguato ogni sopravvenienza normativa che muti quella disciplina in peius.*

*5.2. – Per dette ragioni, con la sentenza n. 193 del 2020, questa Corte, chiamata a pronunciarsi su questioni analoghe alle odierne – sollevate, in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, nei riguardi dell'art. 3-bis, comma 1, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione), convertito, con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015, n. 43, nella parte in cui, stabilendo l'esclusione della sospensione dell'ordine di esecuzione per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, «non prevede una norma transitoria al fine di evitare l'applicazione retroattiva del divieto» –, ha dichiarato le questioni stesse non fondate «nei sensi di cui in motivazione».*

*Infatti, sulla premessa che tale norma, sancendo il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, nulla dispone circa i fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, la sentenza n. 193 del 2020 ha osservato che «nessun ostacolo si oppone più a che il giudice a quo adotti, rispetto a tali reati, l'unica interpretazione della disposizione censurata compatibile con il principio di legalità della pena di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., così come declinato da questa Corte nella sentenza n. 32 del 2020».*

*Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3-bis, comma 1, del d.l. n. 7 del 2015, come convertito, sono state dichiarate non fondate, quindi, «potendo e dovendo la disposizione censurata essere interpretata in modo conforme a Costituzione», cioè nel senso che essa potrà trovare applicazione – con riferimento al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*detentiva di cui all'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. – ai soli fatti di reato commessi successivamente alla sua entrata in vigore.*

*6.– A conclusioni analoghe deve pervenirsi per le questioni ora in scrutinio, una volta constatato che il reato di maltrattamenti familiari in presenza di minori è entrato a far parte del novero dei reati ostativi alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva solo per effetto della modifica introdotta dalla legge n. 69 del 2019, che non può peggiorare il regime esecutivo nei confronti di un condannato il quale – come F. P. – abbia commesso il reato medesimo prima dell'entrata in vigore di quella legge.*

*6.1.– La menzione dell'art. 572, secondo comma, cod. pen. nell'elenco dei titoli di reato per i quali l'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. esclude la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva è stata introdotta dall'art. 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78 (Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 94.*

*A quel tempo, l'art. 572, secondo comma, cod. pen., a sua volta introdotto dall'art. 4, comma 1, lettera d), della legge 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), prevedeva un'aggravante ad effetto comune del reato di maltrattamenti, se commesso «in danno di persona minore degli anni quattordici».*

*6.2.– Su tale quadro normativo è intervenuto il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province), convertito, con modificazioni, nella legge 15 ottobre 2013, n. 119.*

*L'art. 1, comma 1, del testo originario di tale decreto sostituiva il secondo comma dell'art. 572 cod. pen. riferendo l'aggravante – sempre ad effetto comune – al fatto commesso «in danno o in presenza di minore degli anni diciotto», quindi con un ampliamento concernente non soltanto l'età del minore, giacché venivano inclusi anche gli ultraquattordicenni, ma anche la condotta del maltrattante, estesa a comprendere i maltrattamenti (non in danno, ma) in presenza del minore, tipo di lesione indiretta, basata sulla percezione della violenza in ambito domestico, anche nota come “violenza assistita”.*

*In sede di conversione, tuttavia, l'art. 1 del d.l. n. 93 del 2013 è stato modificato nel senso che, tramite il comma 1-bis, è stato abrogato il secondo comma dell'art. 572 cod. pen. e, mediante il comma 1, il relativo contenuto è stato trasferito nell'art. 61, primo comma, numero 11-quinquies), cod. pen., prevedendo, tra le circostanze aggravanti comuni, l'«avere [...] nel delitto di cui all'articolo 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto [...]».*

*6.3.– Da ultimo, l'art. 9, comma 1, della legge n. 69 del 2019 ha espunto il riferimento all'art. 572 cod. pen. dall'art. 61, primo comma, numero 11-quinquies), cod. pen.*

*L'art. 9, comma 2, lettera b), della legge medesima ha tuttavia inserito nell'art. 572 cod. pen. un nuovo secondo comma, che ha recuperato l'aggravante, questa volta configurandola alla stregua di una circostanza ad effetto speciale, giacché vi si prevede che «[l]a pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore [...]».*

*6.4.– Questo excursus evidenzia che, anteriormente alla modifica introdotta dalla legge n. 69 del 2019, l'art. 572, secondo comma, cod. pen. non ha mai contemplato la circostanza della presenza del minore quale aggravante del reato di maltrattamenti.*

*Esso è stato formalmente veicolo dell'aggravante della «presenza di minore degli anni diciotto» nell'arco temporale che va dall'entrata in vigore del d.l. n. 93 del 2013 (17 agosto 2013) sino all'entrata in vigore della legge di conversione (16 ottobre 2013), e tuttavia l'effetto caducatorio spiegato da quest'ultima – che, come si è visto, ha abrogato quel secondo comma tramite un emendamento modificativo del testo originario del decreto – impedisce che ciò possa avere un*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*qualche rilievo (meno che mai in malam partem), giacché il decreto-legge convertito in legge con emendamenti implicanti mancata conversione in parte qua perde efficacia sin dall'inizio ex art. 77, terzo comma, Cost. (sentenze n. 367 del 2010 e n. 51 del 1985).*

*6.5.– La giurisprudenza di legittimità ha potuto quindi constatare che tra l'originaria forma aggravata ex art. 572, secondo comma, cod. pen. e quella inserita nell'art. 61, primo comma, numero 11-quinquies), cod. pen. vi è continuità normativa soltanto per le condotte tenute in danno dei minori di anni quattordici, unico terreno comune ad entrambe, mentre non rientrano nell'originaria previsione di aggravamento, e non possono quindi ritenersi richiamate in forma "mobile" dall'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen., le ulteriori ipotesi aggravate introdotte nell'art. 61, primo comma, numero 11-quinquies), cod. pen., ipotesi nuove, ispirate da maggior rigore punitivo, quindi soggette ai principi di tassatività e irretroattività (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 21 marzo 2019, n. 12653).*

*6.6.– Insussistente in rapporto all'aggravante ad effetto comune ex art. 61, primo comma, numero 11-quinquies), cod. pen., l'effetto ostativo della "violenza assistita" è da intendersi quindi introdotto ex novo con l'aggravante ad effetto speciale di cui al secondo comma dell'art. 572 cod. pen., come inserito dalla legge n. 69 del 2019.*

*7.– In definitiva, le questioni vanno dichiarate non fondate, poiché, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice a quo, pur in conformità al diritto vivente al tempo dell'ordinanza di rimessione, l'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. può e deve essere oggi interpretato – in linea con la sopravvenuta sentenza di questa Corte n. 32 del 2020 – nel senso che il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva nei confronti del condannato per il delitto di maltrattamenti aggravato dalla presenza di minori non si applica alla condanna per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 69 del 2019.*

*PER QUESTI MOTIVI*

*LA CORTE COSTITUZIONALE*

*dichiara non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 13, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, dalla Corte d'appello di Bologna con l'ordinanza indicata in epigrafe.*

*Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 7 luglio 2021.  
Omissis.*

**2. Interpretazione giudiziale e "prospective overruling": Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2019, n. 8544.**

Massima:

Il mutamento giurisprudenziale determina una interpretazione retroattiva sfavorevole della norma penale solo qualora consista in una radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale pregressa, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre non determina alcuna lesione dei diritti dell'imputato ove il mutamento si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile che di per sé rende l'esito conseguito comunque possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario.

Si riporta di seguito la parte motivazionale:

*Omissis.*

*6.3 Nella sentenza della Corte EDU non si rinviene nemmeno una posizione coerente con i suoi precedenti pronunciamenti quanto all'incidenza del contrasto interpretativo, attinente al solo profilo*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

della qualificazione giuridica del fatto illecito, sulla reale capacità di previsione dell'esito giudiziario da parte del cittadino. Si è osservato da parte della dottrina, e si condivide il rilievo, che le divergenti definizioni giuridiche date al contributo dell'*extraneus* ed il numero limitato di opzioni alternative, individuate in giurisprudenza, rendevano **conoscibile in via anticipata al momento del compimento della condotta la possibile adozione di una delle** soluzioni in discussione, conducenti in ogni caso all'incriminazione ed alla punizione, senza che la stessa potesse manifestarsi quale effetto a sorpresa, quale risposta giudiziaria postuma, improvvisa ed inedita, tale da sorprendere l'affidamento del soggetto agente come formatosi al momento del compimento dei fatti, in cui erano già presenti segnali discernibili, anticipatori del realizzarsi dell'incriminazione e della punizione. In altri termini, come sottolineato dal Procuratore Generale, la tesi accolta dalla sentenza D. nel 1994 si presenta, non come un mutamento normativo, **ma quale mera evoluzione nell'interpretazione della disposizione di legge vigente, coerente con l'essenza della fattispecie tipizzata dagli artt. 110 e 416-bis c.p.**, possibile e conoscibile in anticipo, oltre che consentita dalla Convenzione nel significato attribuitole dalla Corte EDU, che ha sanzionato sino ad ora soltanto gli interventi decisori dei giudici nazionali dissonanti rispetto ai precedenti costanti orientamenti, sia per il loro contenuto radicalmente innovativo, sia per gli effetti peggiorativi per l'imputato, frutto di un'applicazione in via retroattiva, non consentita dall'art. 7 della Convenzione (Corte EDU, GC, Del Rio Prada, p. 116; 24/05/2007, Dragotoniū e Militaru-Pidhorni c. Romania, p. 44; GC, 20/10/2005, Vasiliasukas c. Lituania, p.181; 05/05/1993, Kokkinakis c. Grecia, p. 52). Per quanto già esposto, nel caso del concorso esterno in associazione mafiosa la sentenza D. non ha operato in via esegetica una ricostruzione in *malam partem* della fattispecie di reato in riferimento a comportamenti tenuti in un periodo temporale in cui gli stessi erano considerati leciti ed esenti da pena, ma ha **recepito una delle possibili soluzioni, già nota ed ampiamente illustrata nel suo fondamento giuridico**, quindi conoscibile e tale da avvertire il cittadino del rischio di punizione in sede penale.

Convincenti conferme della correttezza della lettura qui proposta, non isolata nel panorama dei precedenti di legittimità, sono ricavabili dalla giurisprudenza già occupatasi di casi, in cui si era dedotto l'intervento di un **c.d. overruling giurisprudenziale**, ossia di un mutamento ermeneutico, ascrivibile alla Corte di cassazione e foriero di un'applicazione retroattiva sfavorevole della disposizione di legge, sia **processuale, che sostanziale**, denunciata dalle difese come trasgressiva dell'art. 2 c.p., art. 25 Cost. e art. 7 CEDU. Singole sezioni penali di questa Corte, chiamate a pronunciarsi in relazione a decisioni giudiziali, assunte dalle Sezioni Unite in un momento successivo alla violazione dei precetti che aveva dato luogo al processo, quindi giocoforza retroattive, in tema di imprescrittibilità della pena dell'ergastolo (Sez. U. n. 19756 del 24/09/2015, Trubia, Rv. 266329), di corretta interpretazione del delitto di cui all'art. 615-ter c.p. (Sez. U. n. 41210 del 18/05/2017, Savarese, Rv. 271061) e di inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi (Sez. U. n. 8825 del 27/10/2016, dep. 2017, Galtelli, Rv.268822), **hanno rilevato che l'overruling non consentito, perchè non prevedibile per l'imputato**, è ravvisabile nei soli casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre va esclusa qualora la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sè rende l'esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario (Sez. 5, n. 13178 del 12/12/2018, dep. 2019, Galvanetti, Rv. 275623; Sez. 5, n. 41846 del 17/05/2018, Postiglione, Rv. 275105; Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, FabbriZZi, Rv. 273876; Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406; Sez. 5, n. 31648 del 17/06/2016, Falzone).

Altrettanto conformi i precedenti della giurisprudenza delle Sezioni Unite civili, le quali, seppur in riferimento al **limitato campo applicativo del diritto processuale e non sostanziale**, e con la precisazione della sua valenza circoscritta agli interventi interpretativi in *malam partem*, hanno di recente ribadito che: **"Il prospective overruling è finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) di mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo sterilizzandoli, così consentendosi all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento dell'atto, di produrre ugualmente i suoi effetti"* (Sez. U. civ. n. 4135 del 12/02/2019, Rv. 652852; Sez. U. civ., n. 28575 del 08/11/2018, Rv. 651358; Sez. U. civ., n. 15144 del 11/07/2011, Rv. 617905). Al contrario, si è negato tutela alla parte incorsa in sanzioni processuali nei casi di innovazioni esegetiche, postesi quale sviluppo non irragionevole di un pregresso indirizzo già affermato.

6.4 In aggiunta ai superiori rilievi s'impone l'ulteriore considerazione delle difficoltà di individuare il momento in cui, a fronte di divergenti interpretazioni del dato normativo, affermatesi contestualmente, il grado di consolidamento del quadro ermeneutico in sede giudiziaria sia sufficiente per garantire la prefigurazione per il soggetto agente della punizione penale: nell'ambito dell'ordinamento interno, contrassegnato dal valore non vincolante del precedente, dall'efficacia soltanto persuasiva, per la profondità ed accuratezza dei suoi argomenti, dell'interpretazione giurisprudenziale, il cui avvento non soggiace di per sé al divieto di retroattività e non è assimilabile ad una nuova disposizione di legge, un eccessivo irrigidimento del criterio della prevedibilità dell'esito processuale in senso oggettivo finirebbe per precludere alla Corte di cassazione, cui questa attività compete istituzionalmente, di individuare una nuova soluzione esegetica sfavorevole all'imputato, ma rispettosa dell'essenza del reato tipizzato dalla legge, quindi perfettamente ragionevole e coerente con il testo normativo, ciò solo per il suo carattere innovativo, per l'assenza di casi precedenti già risolti, o perchè preceduta da contrasti sulla corretta lettura del testo stesso. Tanto comporterebbe una limitazione dei poteri decisori del giudice di legittimità ed il vincolo del rispetto del precedente in chiara collisione col disposto dell'art. 101 Cost., comma 2, finendo per assegnare al principio di legalità un contenuto contrastante con il precetto costituzionale, che, come tale, non può essere recepito (Sez. 5, n. 42996 del 14/09/2016, Ciancio Sanfilippo, Rv. 268203).  
Omissis.

**2.1. Mutamento giurisprudenziale in malam partem e art. 5 c.p.: Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 2024, n. 28594.**

Omissis.

**RITENUTO IN FATTO**

1. La Corte di appello di Napoli ha confermato la sentenza con cui Bo.Do. è stato condannato per i delitti di peculato e di accesso abusivo a sistema informatico. All'imputato, quale sovrintendente della Polizia di Stato, si contesta: - di essersi appropriato, di nascosto rispetto agli altri colleghi della pattuglia, di una somma di denaro - non determinata - durante un controllo di polizia giudiziaria compiuto nei confronti di Bo.Si.; detta somma sarebbe stata nascosta dallo stesso Bo.Si. in una intercapedine (capo R); - di essersi introdotto abusivamente in un sistema informatico e, in particolare, di aver operato una abusiva interrogazione alla banca dati SDI, relativamente ad Ab.Ro. (fatto commesso il 15 novembre 2016).

2. Ha proposto ricorso per cassazione l'imputato articolando due motivi.

2.1. Con il primo si deduce violazione di legge e vizio di motivazione quanto al giudizio di responsabilità per il delitto di peculato.

Il tema attiene al dolo e alla consapevolezza da parte dell'imputato dell'altruità della cosa, e cioè che essa appartenesse a Bo.Si.

La stessa Corte di appello non avrebbe escluso che l'imputato potesse non avere la consapevolezza della appartenenza della somma al soggetto controllato.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*Il giudizio di responsabilità sarebbe stato formulato facendo riferimento a frammenti di intercettazioni ritenute inutilizzabili, ovvero valorizzando in modo errato le dichiarazioni dello stesso Bo.Si. che, secondo i Giudici di merito, aveva riferito che il denaro fosse nel portafoglio, laddove invece si sarebbe trattato di un portamonete non meglio identificato; sarebbero state inoltre travisate le parole dell'imputato e non si sarebbe tenuto conto che Bo.Si. aveva riferito di avere nascosto fra due muri un mazzetto di banconote - per un valore di 200-300 Euro - senza essere visto da nessuno. La Corte avrebbe errato nel ritenere che, ai fini della configurabilità del reato contestato, sarebbe sufficiente la consapevolezza della mera altruità della cosa; assume invece l'imputato che il bene di cui l'imputato si sarebbe appropriato sarebbe stato una res derelicta, divenuta res nullius, acquisita mediante occupazione che avrebbe dovuto essere portata presso gli Uffici del Comune; il mancato compimento di detta azione, si aggiunge, non costituirebbe reato.*

*Per il giudizio di responsabilità sarebbe stata necessaria la prova che l'imputato sapesse che quel denaro fosse del soggetto controllato.*

*2.2. Con il secondo motivo si deduce violazione di legge e vizio di motivazione quanto al giudizio di responsabilità per il reato di cui all'art. 615 ter cod. pen.*

*La Corte non avrebbe fornito risposte ai motivi di appello, essendosi limitata a recepire le valutazioni del Tribunale; l'accesso sarebbe stato giustificato in ragione della prassi, consolidata nelle linee guida del Ministero dell'interno, di interrogare il sistema in dotazione delle forze dell'ordine in occasione della presentazione di una denuncia da parte di un cittadino; nell'occasione Ab.Ro. aveva presentato una denuncia pochi mesi prima e, dunque, si sarebbe trattato di un accesso giustificato. Sotto altro profilo si evidenzia che, rispetto ai fatti per cui si procede - avvenuti nel 2016 - prima cioè della pronuncia della sentenza delle Sezioni unite "Savarese", intervenuta nel maggio del 2017, i vertici delle Forze dell'ordine non avevano emanato circolari e direttive che rendessero non più scusabile un abuso al sistema informatico in assenza di una preventiva motivazione.*

*Nel caso di specie difetterebbe comunque il dolo del reato, non essendo ravvisabile la finalità di c.d. sviamento di potere che la Corte di cassazione ha ritenuto come elemento costitutivo per i casi di accesso da parte di soggetti legittimati ad introdursi nel sistema.*

*Diritto*

**CONSIDERATO IN DIRITTO**

*1. Il ricorso è fondato quanto al secondo motivo.*

*2. Il primo motivo è inammissibile.*

*La Corte di appello, anche richiamando la sentenza del Tribunale, ha con motivazione priva di illogicità evidenti, ricostruito i fatti e spiegato che: a) l'imputato, nel corso di un servizio di polizia durante il quale erano stati controllati alcuni giovani - tra cui Bo.Si. - si era appropriato di alcune banconote da 50 Euro che il Bo.Si. stesso -temendo che il denaro potesse essergli sequestrato all'esito del controllo - aveva nascosto all'interno di una intercapedine di un muretto sulla pubblica via; b) Bo.Si., poco dopo, si era presentato in Commissariato e aveva accusato gli agenti di essersi appropriati dei suoi soldi; c) l'imputato, preoccupato delle possibili conseguenze del suo gesto, si era disfatto del denaro e aveva contattato il collega Po., dicendogli di aver fatto "una stupidaggine", ammettendo l'accaduto; d) Po. aveva rassicurato il ricorrente dicendogli di aver recuperato e restituito il denaro all'avente diritto.*

*In tale contesto si è chiarito come, diversamente dagli assunti difensivi, il denaro non potrebbe essere considerato res nullius e neppure res derelicta, atteso che, nella specie, non vi era affatto la volontà da parte del legittimo titolare di spogliarsi del bene, di disfarsene in modo definitivo, di dismettere di esercitare su di essa un potere di controllo; su quel denaro il legittimo detentore avrebbe potuto ricostituire l'originario potere di fatto (Sez. 4, n. 3910 del 17/12/2020, - dep. 2021, Degli Innocenti, Rv. 280380; Sez. 5, n. 11107 del 26/02/2015, Di Benedetto, Rv. 263105 secondo cui affinché una cosa possa considerarsi abbandonata dal proprietario è necessario che, per le condizioni o per il luogo*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*in cui essa si trovi, risulti chiaramente la volontà dell'avente diritto di disfarsene definitivamente, in cui, in applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito, condannando gli imputati per il reato di furto aggravato, aveva escluso che costituissero "res derelicta", ovvero cosa abbandonata con l'intenzione di disfarsene, quattro condotti ondulati in acciaio, del valore complessivo di Euro cinquantamila, ordinatamente collocati su un terreno privato, non recintato e ben tenuto).*

*È stato inoltre evidenziata la consapevolezza da parte dell'imputato che il denaro fosse proprio di Bo.Si., il quale ha riferito di avere appreso che il denaro fosse stato raccolto nei pressi di un muretto da uno dei poliziotti che, dunque, si era accorto del gesto del giovane.*

*Il quadro probatorio è stato ulteriormente precisato dalla Corte di appello facendo riferimento: a) alle dichiarazioni di Po., cioè del collega dell'imputato, il quale ebbe a riferire che durante il controllo l'imputato si spostò proprio per controllare se i giovani si fossero disfatti di qualcosa; b) alle stesse dichiarazioni dell'imputato che riferì al suo superiore di avere fatto una "sciocchezza". Dunque, l'imputato si appropriò di denaro di cui, in ragione del suo ufficio e del suo servizio, ebbe la disponibilità a seguito del controllo compiuto e nella piena consapevolezza che quelle banconote appartenevano ad uno dei ragazzi fermati. Rispetto a tale articolato quadro di riferimento, il motivo rivela la sua strutturale inammissibilità perché, da una parte, manifestamente infondato, e, dall'altra, perché aspecifico, non essendosi confrontato il ricorrente con la motivazione del provvedimento impugnato.*

**3. È invece fondato il secondo motivo di ricorso, relativo al reato di cui all'art. 615 ter cod. pen.**

*I Giudici di merito hanno spiegato in punto di fatto come, in un dato momento, si fosse manifestata l'esigenza investigativa di verificare la regolarità degli accessi alle banche dati da parte degli appartenenti al Commissariato di P., essendo emerso che il sostituto commissario Po. aveva fornito a tale Ab.Ro. Salvatore informazioni sui procedimenti penali che interessavano questi.*

*Nel corso delle indagini era emerso che anche l'odierno imputato aveva interrogato il 15 novembre 2016 tre volte, in rapida successione, la banca dati in ordine alla posizione di Ab.Ro., figlio di Salvatore.*

*Sulla base di tale quadro di riferimento è stato formulato il giudizio di responsabilità.*

*4. Si tratta di un ragionamento viziato.*

**Al momento in cui i fatti furono commessi il principio di diritto, stabilizzatosi con la sentenza delle Sezioni unite n. 4694 del 27/10/2011 - dep. 2012, Casani, Rv. 251269 era quello per cui il delitto previsto dall'art. 615 ter cod. pen. era configurabile solo per colui che, pur essendo abilitato, avesse avuto accesso o si fosse mantenuto in un sistema informatico o telematico protetto violando le condizioni ed i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso, rimanendo invece irrilevanti, ai fini della sussistenza del reato, gli scopi e le finalità che avessero soggettivamente motivato l'ingresso nel sistema.**

*In particolare, le Sezioni unite, a cui era stata rimessa la questione del se integrasse la fattispecie criminosa di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico protetto la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto abilitato ma per scopi o finalità estranei a quelli per i quali la facoltà di accesso gli è stata attribuita, chiarirono che:*

*- ai fini della integrazione del reato, assumeva rilievo solo il profilo oggettivo dell'accesso e del trattenimento nel sistema informatico da parte di un soggetto che, sostanzialmente, non fosse autorizzato ad accedervi ed a permanervi, ovvero che avesse violato i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema (nozione specificata, da parte della dottrina, con riferimento alla violazione delle prescrizioni contenute in disposizioni organizzative interne, in prassi aziendali o in clausole di contratti individuali di lavoro); il reato era configurabile anche nel caso in cui l'agente avesse posto in essere operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle rispetto alle quali era incaricato ed in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito;*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

- dovevano considerarsi irrilevanti gli eventuali fatti successivi;  
- nei casi in cui l'agente - come nel caso di specie - avesse compiuto sul sistema un'operazione assentita dall'autorizzazione ricevuta ed avesse agito nei limiti di questa, il reato di cui all'art. 615 ter cod. pen. non poteva configurarsi, a prescindere dallo scopo eventualmente perseguito;

- qualora l'attività autorizzata fosse consistita anche nella acquisizione di dati informatici, e l'operatore fosse stata eseguita nei limiti e nelle forme consentiti dal titolare dello ius excludendi, il delitto in esame non avrebbe potuto essere individuato, anche se degli stessi dati egli si fosse servito per finalità illecite (così, testualmente, le Sezioni unite).

5. Rispetto a tale quadro di riferimento, non è in contestazione in punto di fatto che nella specie: a) l'imputato avesse il potere di accedere alla banca dati; b) l'operazione fosse tra quelle a lui consentite; c) non vi fossero prassi o direttive specifiche interne che limitassero il potere dell'imputato di accedere e trattarsi nel sistema; d) non furono violati i limiti oggettivi che consentivano l'accesso al ricorrente.

La responsabilità penale è stata fatta discendere solo in ragione dello scopo e delle finalità illecite per le quali l'accesso fu eseguito.

Al momento in cui furono commessi, nel novembre del 2016, i fatti per cui si procede non solo non erano vietati espressamente dalla norma incriminatrice, ma erano penalmente irrilevanti in virtù della regola stabilizzatrice posta dalle Sezioni unite nel 2011, cioè cinque anni prima.

Il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite "Casani" è stato successivamente rivisto con la sentenza delle Sezioni unite n. 41210 del 18/05/2017, Savarese, Rv. 271061, secondo cui, invece, integra il delitto previsto dall'art. 615-ter, secondo comma, n. 1, cod. pen. la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso, acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee rispetto a quelle per le quali la facoltà di accesso gli è attribuita (nella specie, la Corte aveva ritenuto immune da censure la condanna di un funzionario di cancelleria, il quale, sebbene legittimato ad accedere al Registro informatizzato delle notizie di reato - c.d. Re.Ge. - conformemente alle disposizioni organizzative della Procura della Repubblica presso cui prestava servizio, aveva preso visione dei dati relativi ad un procedimento penale per ragioni estranee allo svolgimento delle proprie funzioni, in tal modo realizzando un'ipotesi di sviamento di potere).

In tale contesto, è utile indicare quale fosse stata l'evoluzione della giurisprudenza nel periodo intercorrente tra le due sentenze pronunciate dalle Sezioni unite sulla questione.

È sufficiente al riguardo richiamare testualmente la sentenza delle Sezioni unite "Savarese" che, nella ricostruzione della questione rimessa, ha spiegato:

*" La Sezione rimettente ha dato atto dello svilupparsi nella giurisprudenza successiva alla sentenza (Omissis) di diverse posizioni, dettate dalla ritenuta necessità di precisazioni e specificazioni, in funzione eminentemente estensiva, della portata del principio di diritto espresso dalla citata sentenza, tanto da considerare idonea ad integrare la tipicità della fattispecie incriminatrice la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che si traduca in un abuso o sviamento dei poteri conferitigli.*

*È stato, in particolare, evidenziato il contrasto manifestatosi con le sentenze, entrambe della Quinta Sezione, n. 22024 del 24/04/2013, Carnevale, Rv. 255387, e n. 44390 del 20/06/2014, Mecca, Rv. 260763, che, seppure fondate sulla espressa adesione all'identica premessa costituita dal decisum delle Sezioni Unite Casani, avevano fornito risposte antitetiche circa la possibilità di ravvisare l'abusività dell'accesso nella violazione dei principi che presiedono allo svolgimento dell'attività amministrativa, quali sinteticamente enunciate dall'art. 1 legge 7 agosto 1990, n. 241. Secondo la prima decisione, nel caso in cui l'agente sia un pubblico dipendente "non può non trovare applicazione il principio di cui alla L. 7 agosto 1990 n. 241, art. 1, in base al quale l'attività*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

amministrativa persegue fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario". Di qui deriverebbe la "ontologica incompatibilità" di un utilizzo del sistema informatico senza il rispetto di tali principi, in quanto "fuoriuscente dalla ratio del conferimento del relativo potere". Con la seconda delle citate decisioni era stata, all'opposto, esclusa la possibilità di identificare il carattere di abusività della condotta di accesso al sistema, o di mantenimento al suo interno, nella violazione delle predette regole di imparzialità e trasparenza enunciate dall'art. 1 legge, n. 241 del 1990, se non a prezzo di frustrare la ratio della stessa norma incriminatrice come interpretata dalle Sezioni Unite, dilatando inammissibilmente la nozione di "accesso abusivo" oltre i limiti imposti dalla necessità di tutelare i diritti del titolare del sistema".

Dunque, nel periodo di tempo intercorso tra le due pronunce delle Sezioni unite si era registrata una tendenza a precisare, a specificare in senso estensivo la portata del principio affermato dalle Sezioni unite Casani, ma detto principio, fissato nel 2011, aveva sostanzialmente "tenuto", ad eccezione di quanto affermato con la sentenza della Quinta sezione, n. 22024 del 24/04/2013, Carnevale, Rv. 255387, di cui si è detto.

Un principio, quello affermato dalle Sezioni unite "Casani", stabilizzato nella sua portata dal 2011 e fino al 2017, seppur con una tendenza ad una interpretazione estensiva in ragione di esigenze di specificazioni e precisazioni.

Vi era stata una sola sentenza - quella del 2013 - che espressamente si era collocata in una prospettiva di superamento di detto principio e che aveva indotto, a distanza di anni, le Sezioni semplici della Corte a rimettere la questione nuovamente alle Sezioni unite, che, nel 2017, avevano appunto modificato in senso sfavorevole all'imputato il principio in precedenza affermato, allargando di fatto l'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice.

Nel 2017 le Sezioni unite ritennero che la norma incriminatrice sia riferibile anche ai casi in cui i soggetti accedono al sistema e vi si trattengono abusando della propria qualità soggettiva, cioè anche in relazione a quelle situazioni in cui l'accesso o il mantenimento nel sistema informatico dell'ufficio a cui è addetto il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, seppur avvenuto a seguito dell'utilizzo di credenziali proprie dell'agente ed in assenza di ulteriori espressi divieti in ordine all'accesso ai dati, si connoti, tuttavia, come nel caso di specie, dall'abuso delle proprie funzioni e rappresenti uno sviamento di potere, cioè un uso del potere in violazione dei doveri di fedeltà che ne devono indirizzare l'azione nell'assolvimento degli specifici compiti di natura pubblicistica a lui demandati (in tal senso, testualmente, le Sezioni unite).

6. Il fatto contestato all'imputato che, al momento in cui fu commesso, non costituiva reato in ragione della regola fissata dalle Sezioni unite "Casani" nel 2011- cinque anni prima- ha assunto invece rilievo penale nel maggio del 2017, a seguito di un mutamento della giurisprudenza.

In particolare, al momento in cui i fatti furono commessi - il 15.11.2016 -, esisteva una regola rispetto alla quale non vi era un effettivo, concreto, contrasto giurisprudenziale, nè sincronico e neppure diacronico.

È noto come il contrasto giurisprudenziale di tipo sincronico - due o più interpretazioni difformi della medesima norma coesistono nel medesimo intervallo temporale - incida sul principio di determinatezza e di prevedibilità delle decisioni, impedendo ai consociati di calcolare le conseguenze giuridico-penali della propria condotta, mentre il c.d. contrasto di tipo diacronico - cioè l'esistenza di linea interpretativa "affermata" in un determinato lasso temporale che, tuttavia, viene smentita da una decisione successiva e che origina una "svolta" giurisprudenziale in senso sfavorevole all'imputato - incida sul principio di prevedibilità ed evoca in senso lato il tema della irretroattività della "norma" penale sfavorevole - corollario fondamentale del principio di legalità

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

**- , potendosi in astratto venire a determinare -qualora non intervengano opportuni meccanismi di "neutralizzazione" - un fenomeno di c.d. "retroattività occulta".**

**Un mutamento giurisprudenziale, quello sopravvenuto nel 2017, che, in astratto -come sempre - era possibile, non privo di ragionevolezza, che aveva avuto vaghi prodromi, ma che, al momento in cui fu commesso il fatto, non era esattamente "nell'aria".**

**Una 'correzione di rotta', quella affermata nel 2017, con effetto in malam partem rispetto alle letture precedenti della norma incriminatrice (sul tema specifico oggetto del ricorso in esame, e, in particolare, sulla prevedibilità del mutamento di giurisprudenza, cfr., Sez. 5, n. 25944 del 09/07/2020, Paciletti, Rv. 279496, in fattispecie cui la Corte ha escluso, perché prevedibile, la rilevanza del mutamento giurisprudenziale realizzatosi proprio con la sentenza delle Sezioni unite "Savarese", in relazione ad una fattispecie in cui, tuttavia, gli accessi abusivi erano stati compiuti prima della pronuncia della sentenza delle Sezioni unite "Casani", in un momento in cui, cioè, vi era sulla questione un contrasto giurisprudenziale sincronico; nello stesso senso, Sez. 6, n. 10659 del 20/02/2020, Najim, non massimata in relazione a fattispecie relativa al decorso del termine per impugnare in tema di giudizio abbreviato per l'imputato assente, ai sensi dell'art. 442, comma 3, cod. proc. pen., in relazione ad una condotta posta in essere - prima dell'intervento delle Sezioni unite sulla questione - in un momento in cui esisteva contrasto sincronico).**

**7. Se le interpretazioni estensive, di adattamento, di specificazione, che rispettano i requisiti di ragionevolezza e di conformità al "precedente" rappresentano un'evoluzione fisiologica del dato legale e, quindi, sono prevedibili, gli esiti interpretativi che l'agente non è in grado di rappresentarsi al momento del fatto, devono ritenersi imprevedibili.**

**Il riferimento è a quelle situazioni in cui il mutamento giurisprudenziale è sostanzialmente motivato dalla necessità di sopperire ad una situazione di inerzia legislativa ovvero, come nel caso di specie, di correggere, di modificare, di "prendere le distanze" formalmente da una precedente opzione interpretativa considerata -successivamente - insoddisfacente, non più condivisibile, o, addirittura, errata.**

**Un mutamento che, tuttavia, rende penalmente rilevante ciò che prima era lecito.**

**Un mutamento di giurisprudenza non tanto evolutivo, quanto, piuttosto, sostanzialmente innovativo. Si è chiarito in dottrina come il c.d. mutamento evolutivo si realizzi quando, nella pressoché assenza di precedenti, si estende la portata applicativa della fattispecie incriminatrice attraverso una interpretazione che arricchisce, specifica, integra ovvero adegua il significato precedentemente attribuito all'enunciato legislativo, permettendo alla norma, cristallizzata nella disposizione, di adattarsi ad un nuovo contesto storico-normativo.**

**Il mutamento innovativo si realizza, invece, quando vi è, secondo la stessa giurisprudenza, la necessità di "porre rimedio" - nell'immutato contesto di riferimento - a quello che viene di fatto ritenuto dall'interprete come un vuoto di tutela derivante da una precedente interpretazione che viene considerata non più condivisibile.**

**8. In tale contesto, sia che si voglia attribuire al mutamento giurisprudenziale una valenza sempre più assimilabile a quella che si realizza con una modifica normativa in malam partem (cfr., Sez. U, n. 18288 del 21/01/2010, Beschi, Rv. 246651), sia che, invece, si voglia attribuire al "diritto vivente" la tradizionale valenza meramente "dichiarativa" della reale portata della norma di legge (Corte cost., n. 230 del 2012, in tema di mutamento giurisprudenziale favorevole al reo; cfr., anche Corte cost. n. 24 del 2017; Corte cost. n. 115 del 2018; Corte cost. n. 9 del 2021), il mutamento giurisprudenziale sfavorevole pone "questioni" perché è destinato a "colpire" anche chi ha commesso il fatto anteriormente ad esso, quando cioè predominava l'orientamento "favorevole", generatore di affidamento.**

**9. Il tema inerisce anche al ruolo delle sentenze delle Sezioni unite della Corte, del principio di prevedibilità delle decisioni e del diritto penale.**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

Si è recentemente chiarito come la portata del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite abbia un obiettivo rilievo in relazione alla prevedibilità delle decisioni future e all'affidamento dei consociati.

"Una regola di stabilizzazione, quella enunciata dalle Sezioni unite, a cui va attribuita una valenza non solo "di tipo essenzialmente persuasivo", disvelando la potenzialità semantica del testo della disposizione normativa (Corte cost., sent. n. 230 del 2012), ma che, dopo l'intervento della legge 23 giugno 2017, n. 103, ha avuto anche una valenza di precedente relativamente vincolante".

È noto come, con l'inserimento del comma 1-bis nell'art. 618 cod. proc. pen. si preveda che la Sezione semplice della Corte di cassazione, qualora ritenga di non condividere il principio di diritto formulato in una sentenza delle Sezioni Unite, "rimette" a queste ultime la decisione del ricorso; è stato dunque introdotto, con riguardo alle sole sentenze delle Sezioni Unite, il vincolo del precedente: un vincolo relativo, in quanto limitato all'interno della sola Corte di cassazione e non operante nei confronti dei giudici di merito.

Un precedente che, ancorché fluido e superabile, produce un vincolo ed esprime una regola di stabilizzazione rispetto alla quale viene procedimentalizzato l'eventuale dissenso della Sezione semplice. (Sez. U, n. 8052 del 26/10/2023- dep. 2024, Rizzi, Rv. 285852).

È stato peraltro già spiegato che la portata vincolante del precedente deve essere riconosciuta, come nel caso di specie, anche alle decisioni delle Sezioni Unite intervenute precedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione, posto che il valore di "precedente" è identificabile con la peculiare fonte di provenienza della decisione, indipendentemente dalla collocazione temporale di quest'ultima (Sez. U, n. 36072, del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273549-01).

Se si ritiene, come correttamente si è fatto osservare, che, con l'introduzione dell'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen. siano state poste le basi per la creazione di un sistema del "precedente" - seppure inteso in senso relativo -, deve riconoscersi allora maggiore rilievo al tema del c.d. mutamento giurisprudenziale.

In presenza infatti di pronunce delle Sezioni unite sempre più rilevanti per effetto del "vincolo" da esse derivante, emerge chiara sullo sfondo la questione di cosa accada ogni qual volta la sentenza delle Sezioni unite attui una "svolta" giurisprudenziale, in senso peggiorativo per l'imputato.

In altri termini, più un sistema tende ad assicurare maggiore uniformità alla giurisprudenza, più il mutamento giurisprudenziale finisce per "avvicinarsi" ad una modifica legislativa, senza tuttavia avere gli effetti di questa.

Non paiono esservi dubbi sul fatto che "il sistema del precedente vincolante, attribuendo alla regola enunciata dalle Sezioni Unite una valenza di tendenziale stabilizzazione dei rapporti, è funzionale ad assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e, quindi, ad offrire al cittadino la possibilità di conoscere le conseguenze delle libere scelte di azione e di fare affidamento su un assetto normativo stabile.

Il rispetto dei requisiti qualitativi di accessibilità e conoscibilità della norma, della prevedibilità della decisione giudiziale, della conoscibilità delle conseguenze delle proprie azioni, è conseguente al grado di precisione non solo del testo di legge, ma anche alla stabilizzazione dell'orientamento ermeneutico interno che quella disposizione scolpisce nella sua portata. Non si tratta di equiparare il diritto vivente alla legge, quanto, piuttosto, di riconoscere al primo un ruolo, una funzione che interferisce con la ragionevole prevedibilità delle decisioni future (in tal senso, anche testualmente, Sez. U, Rizzi, cit.).

Dunque, la disposizione e la sua interpretazione "stanno e cadono insieme", in un contesto unitario tra diritto e processo, tra legalità sostanziale e processuale, tra esigenza di certezza e tutela dell'affidamento incolpevole, tra responsabilità e colpevolezza.

10. È evidente che, ove si assimili il c.d. mutamento giurisprudenziale imprevedibile ad una norma penale sfavorevole sopravvenuta, il tema della tutela dell'affidamento incolpevole e della

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

prevedibilità delle conseguenze della propria condotta, troverebbe il suo riferimento nell'applicazione dell'art. 2 cod. pen. e, dunque, nella irretroattività della applicazione della "norma" sopravvenuta ai fatti in precedenza commessi.

Ove si ritenga, invece, di non equiparare il mutamento giurisprudenziale sfavorevole ad una norma penale sopravvenuta che allarga la tipicità della fattispecie, il tema "passa" e si interseca con quello della colpevolezza e, sotto il profilo soggettivo, della calcolabilità delle conseguenze giuridiche e della prevedibilità delle decisioni.

Si è consapevoli che, sul tema della prevedibilità, costituiscono nodi ancora irrisolti quelli relativi alla portata dell'interpretazione giurisprudenziale, alla struttura del giudizio di prevedibilità, al parametro al quale esso deve essere ancorato - cioè se si debba fare riferimento ad un criterio soggettivo, ritagliato sull'agente concreto, ovvero ad un criterio oggettivo-, all'oggetto del giudizio di prevedibilità, al "quantum di prevedibilità" - necessario per assurgere a salvaguardia delle esigenze garantistiche della rimproverabilità soggettiva e della colpevolezza; al di là delle questioni indicate, tuttavia, è stato acutamente osservato in dottrina, il principio di prevedibilità opera "come un indicatore di direzione, come una fondamentale esigenza del sistema", come espressione "di una forte esigenza di stabilità ed uniformità del prodotto normativo risultante dall'integrazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale nella norma "vivente".

Ciò che deve essere verificato, dal punto di vista della garanzia di cui all'art. 7 CEDU, è "se l'individuo potesse concretamente prevedere l'estensione interpretativa "sulla base delle indicazioni della giurisprudenza - giuste o sbagliate che fossero - nello stato in cui si trovava al momento della commissione del fatto".

Il tema della prevedibilità non è distante da quello della conoscibilità del precetto, della prevedibilità del diritto penale - cioè della norma penale destinata ad operare nel caso concreto - e della colpevolezza, intesa come rimproverabilità soggettiva; il tema incide sul presupposto principale di ogni istanza di responsabilizzazione penale.

11. In tale contesto, non possono essere trascurati, in tema di colpevolezza, i principali passaggi argomentativi della sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1998 che ha pronunciato sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 cod. pen. affermandone l'illegittimità nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, l'ignoranza inevitabile.

Ci si deve riferire alle fondamentali affermazioni della pronuncia che ha segnato l'affermazione del moderno principio costituzionale di colpevolezza, declinandone il fondamento per come delineato dalle disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 25, comma secondo, 27, commi primo e terzo e 73, comma terzo, Cost.

Così la Corte costituzionale: "a che vale richiedere come essenziale requisito subiettivo (minimo) d'imputazione uno specifico rapporto tra soggetto ed evento, tra soggetto e fatto, quando ogni "preliminare" esame delle relazioni tra soggetto e legge e, conseguentemente, tra soggetto e fatto considerato nel suo "integrale" disvalore antiggiuridico viene eluso? E come è possibile risolvere i quesiti attinenti alla c.d. costituzionalizzazione (salve le osservazioni che, in proposito, saranno prospettate in seguito) del principio di colpevolezza, intesa quest'ultima come relazione tra soggetto e fatto, quando, non "rimuovendo" il principio d'assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale, sancito dall'art. 5 c.p., vengono "stroncate", in radice, le indagini sulle metodiche d'incriminazione dei fatti e quelle sulla chiarezza e riconoscibilità dei contenuti delle norme penali nonché sulle "certezze" che le norme penali dovrebbero assicurare e, pertanto, sulle garanzie che, in materia, di libertà d'azione, il soggetto attende dallo Stato?"

Secondo la Corte costituzionale, "il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente sono per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto".

Nel contesto dell'affermata necessità, quale presupposto della responsabilità penale, della "rimproverabilità" della condotta (siccome giustificativa della necessità di rieducazione alla quale è volta la pena a norma del terzo comma dell'art. 27 Cost.), è stata affermata l'indispensabilità della "conoscibilità" del precetto penale.

Sul punto, la Corte ha affermato che l'art. 27, commi primo e terzo, Cost., "statuendo la necessità di considerazione qualche relazione psicologica del soggetto con il disvalore giuridico del fatto, si riconnette, infatti ai principi di fondo della convivenza democratica a termini dei quali, dei quale operazione così come il cittadino è tenuto a rispettare l'ordinamento democratico, quest'ultimo, è tale in quanto sappia porre i privati in grado di comprenderlo senza comprimere la loro sfera giuridica con divieti non riconoscibili ed interventi sanzionatori non prevedibili", concludendo che "l'art. 5 c.p. rende incostituzionale tutto il sistema ordinario in materia di colpevolezza, in quanto sottrae a questa l'importantissima materia del rapporto tra soggetto e legge penale e, conseguentemente, tra soggetto e coscienza del significato illecito del fatto".

Fra gli innumerevoli passaggi che costituiscono il fondamento del volto costituzionale della colpevolezza penale, va anche segnalato quello conclusivo con il quale è stato precisato che l'art. 5 cod. pen., se interpretato in termini di irrilevanza totale dell'ignoranza della legge penale viola "lo spirito stesso dell'intera Carta fondamentale ed i suoi essenziali principi ispiratori. Far sorgere l'obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell'agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale e dell'illiceità del fatto, sottoporre il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all'ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati".

Poiché infatti il soggetto ha posto in essere il fatto quando esso veniva nella sostanza qualificato come lecito, una sua eventuale punizione non significherebbe altro che far retroagire l'incriminazione".

**Il tema dell'errore sul precetto presenta profili di connessione con il tema della "incertezza interpretativa", atteso che in entrambi i casi l'agente versa in una situazione di errore in ordine alla rilevanza penale della propria condotta.**

In particolare, nei casi come quello in esame, l'agente, al momento della condotta, fa affidamento sul perdurare della interpretazione più favorevole, che, invece, successivamente, anche a distanza di anni, viene disattesa dal giudice.

Ciò che deve essere verificato è se l'errore sulla rilevanza penale della propria condotta sia dipeso o meno da negligenza, se sia possibile o meno muovere un addebito di responsabilità anche sulla base del parametro dell'homo ejusdem conditionis et professionis - già utilizzato in tema di error iuris.

**12. Il diritto "di cambiare idea" e il mutamento dell'interpretazione passano attraverso la necessità di considerare il diritto individuale dell'imputato alla prevedibilità della decisione, e, in tal senso, soccorre l'art. 5 cod. pen. che, si è fatto acutamente notare, consente "di adeguare l'interpretazione del diritto ai mutamenti del contesto sociale e dello stesso sistema normativo, senza però sacrificare il diritto soggettivo del destinatario dei precetti alla libertà e sicurezza delle proprie scelte d'azione": in tal senso, "la colpevolezza è capace di tutelare l'individuo contro le incertezze e i difetti della produzione giuridica, legislativa e giurisprudenziale perché essa si modella alle effettive capacità conoscitive del soggetto concreto, realizzando il principio di responsabilità".**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

13. Nel caso di specie, l'imputato, al momento in cui i fatti furono commessi, poteva fare affidamento su una regola stabilizzata che escludeva la rilevanza penale della propria condotta e non vi erano concreti, specifici, "segnali" che inducessero a prevedere che, dopo cinque anni dalla sentenza "Casani", le Sezioni unite della Corte avrebbero in seguito attribuito a quella condotta rilievo penale, rivedendo in senso "peggiorativo" il precedente orientamento.

L'imputato poteva ragionevolmente confidare di porre in essere un fatto lecito in ragione di una norma "vivente", che operava in concreto e che impedisce di formulare un giudizio di colpevolezza-rimproverabilità soggettiva.

Il consociato, un sovrintendente di Polizia, non era tenuto - nemmeno in astratto - in quel momento a rappresentarsi l'eventualità della condanna.

14. Ne consegue che la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio limitatamente al reato di cui all'art. 615 ter cod. pen. perché il fatto non costituisce reato.

Per l'effetto, deve essere eliminata la porzione di pena di giorni venti di reclusione inflitta per detto reato.

Omissis.

**4. Tempus commissi delicti: le Sezioni unite sui reati ad evento differito: Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986.**

Omissis.

4. La conclusione raggiunta consente di affrontare la questione rimessa alla cognizione delle Sezioni unite, al cui esame, tuttavia, è opportuno far precedere una sia pur sintetica ricognizione della successione di leggi che viene in rilievo nel caso di specie.

Nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dalla legge 23 marzo 2016, n. 41 (entrata in vigore il 25/03/2016), l'art. 589, secondo comma, cod. pen. comminava, per il fatto di omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale, la pena della reclusione da 2 a 7 anni: la fattispecie di cui al secondo comma integrava una circostanza aggravante (ex plurimis, Sez. 4, n. 18204 del 15/03/2016, Bianchini, Rv. 266641; Sez. 4, n. 44811 del 03/10/2014, Salvadori, Rv. 260643), non soggetta, diversamente da quella di cui all'art. 589, terzo comma, cod. pen. (Sez. 4, n. 33792 del 23/04/2015, Rv. 264331), al regime derogatorio della disciplina relativa al giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee stabilito dall'art. 590-bis cod. pen. (sempre nella formulazione anteriore alla novella del 2016). Di conseguenza, l'applicazione, come nel caso di specie, delle circostanze attenuanti generiche, poteva condurre all'irrogazione di una pena, nel minimo, di 6 mesi di reclusione, nel caso di giudizio di equivalenza, ovvero di 4 mesi di reclusione, nel caso di giudizio di prevalenza dell'attenuante.

Il quadro sanzionatorio muta radicalmente con l'avvento della legge n. 41 del 2016, che ha introdotto la fattispecie di omicidio stradale ex art. 589-bis cod. pen.: si tratta di autonoma fattispecie incriminatrice (Sez. 4, n. 29721 del 01/03/2017, Venni, Rv. 270918), sicché l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche può condurre all'irrogazione, nel minimo, della pena di anni 1 e mesi 4 di reclusione: pena, questa, individuata dalla sentenza impugnata prima della riduzione per il rito.

5. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità compendiato nella questione di diritto sopra richiamata è ben espresso, in particolare, da due pronunce della Quarta Sezione di questa Corte, entrambe relative a fattispecie concrete di omicidio colposo (per inosservanza della normativa antinfortunistica, l'una, e delle norme sulla circolazione stradale, l'altra) ed entrambe caratterizzate da un significativo intervallo di tempo intercorso tra condotta ed evento e dalla sopravvenienza, tra l'uno e l'altra, di una disciplina legislativa più sfavorevole per l'imputato: è quanto accaduto nel caso di specie, posto che la condotta ascritta all'imputato risale al 20/01/2016, l'evento mortale si è verificato il 28/08/2016 e, medio tempore, è intervenuta la più sfavorevole disciplina dettata dalla

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

legge n. 41 del 2016, che ha delineato il quadro sanzionatorio all'interno del quale è stata definita la pena applicata ex art. 444 cod. proc. pen..

5.1. Nella prospettiva del primo orientamento, Sez. 4, n. 22379 del 17/04/2015, Sandrucci è intervenuta in una fattispecie concreta in cui l'evento mortale si era verificato molti anni dopo la condotta e, nell'intervallo di tempo tra l'una e l'altro, erano sopravvenute due modifiche legislative che avevano comportato l'innalzamento dei limiti edittali dell'art. 589 cod. pen. (la legge 21 febbraio 2006, n. 102 e il d. l. 23 maggio 2008, n. 93, convertito, con modificazioni, con legge 24 luglio 2008, n. 125). Disattendendo i rilievi della difesa volti a censurare l'applicazione della più sfavorevole disciplina vigente al momento dell'evento, la sentenza Sandrucci ha ritenuto corretta la decisione del giudice di merito secondo cui per il trattamento sanzionatorio deve aversi riguardo 'a quello vigente al momento della consumazione del reato: cioè al momento dell'evento lesivo', sicché non vi è ragione di evocare l'art. 2, quarto comma, cod. pen. 'per il rilievo assorbente che questo fa riferimento al tempo in cui è stato commesso il reato e cioè a quello in cui si è consumato'. È dunque 'rispetto al momento della consumazione del reato che potrebbe porsi una questione di applicazione di una normativa in ipotesi più favorevole che sia sopravvenuta'; in altri termini, è al momento della consumazione che bisogna avere riguardo per individuare la normativa applicabile e (solo) 'rispetto a tale momento può in ipotesi porsi una questione di applicazione di normativa sopravvenuta': il che doveva escludersi nel caso in esame.

Sempre al primo orientamento l'ordinanza di rimessione riconduce anche Sez. 5, n. 19008 del 13/03/2014, Calamita, Rv. 260003, che ha ritenuto corretta l'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 (oggi, art. 416-bis.l. cod. pen.) in relazione ai reati di importazione e conseguente detenzione di armi da guerra, nei confronti di un imputato il quale aveva intrapreso trattative con il venditore prima dell'introduzione della circostanza aggravante, laddove la condotta illecita si era perfezionata, per effetto dell'apporto di altri concorrenti, dopo l'entrata in vigore della nuova norma: osserva la sentenza Calamita, per un verso, che 'il tempus commissi delicti è quello in cui si perfeziona la condotta o si verifica l'evento' (argomento, questo, sostanzialmente in linea con il primo orientamento) e, per altro verso, che l'indirizzo giurisprudenziale in tema di reati permanenti (in particolare, associativi) deve trovare applicazione 'anche per i reati non permanenti, quando l'azione abbia avuto durata apprezzabile e si sia, comunque, conclusa (e dunque il reato abbia avuto consumazione) sotto la vigenza della nuova legge'. Come osservato dall'ordinanza di rimessione, la sentenza Calamita presenta una duplice peculiarità, in quanto a venire in rilievo è una condotta ad 'esecuzione frazionata' e le diverse 'frazioni' sono state realizzate da diversi concorrenti: sotto questo secondo profilo, il problema dell'individuazione del tempus commissi delicti si intreccia, nel caso affrontato dalla sentenza in esame (dalla quale, peraltro, non risulta univocamente quale segmento del fatto si sia perfezionato dopo l'introduzione della circostanza aggravante e, in particolare, se si tratti solo dell'evento ovvero anche di una parte della condotta posta in essere dai concorrenti), con le diverse questioni attinenti all'individuazione dei requisiti necessari affinché la singola 'frazione' di condotta assuma rilevanza ai fini del concorso di persone nel reato: questioni, afferenti sia al piano dell'elemento materiale, sia a quello dell'elemento soggettivo della fattispecie concorsuale, estranee al tema rimesso all'esame di queste Sezioni unite.

5.2. Al secondo orientamento va, invece, ascritta Sez. 4, n. 8448, del 05/10/1972, Bartesaghi, Rv. 122686 intervenuta, come si è anticipato, in una fattispecie concreta di omicidio colposo per violazione delle norme sulla circolazione stradale: tra la condotta e l'evento era stata introdotta la legge 11 maggio 1966, n. 296, che prevedeva un più severo trattamento sanzionatorio, applicato dal giudice di appello che, in parte qua, aveva riformato la sentenza di primo grado. Aderendo all'impostazione del giudice di primo grado, la sentenza Bartesaghi ha osservato che 'al fine di stabilire la legge applicabile, non si tratta di individuare il momento della consumazione, ma quello

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

nel quale il reato è stato commesso, come espressamente stabilisce la legge. E se vi sono reati nei quali commissione e consumazione coincidono, ve ne sono altri nei quali il momento della consumazione, col realizzarsi dell'evento, si verifica successivamente o può verificarsi successivamente'. Seguendo la tesi del giudice di appello, osserva ancora la sentenza Bartesaghi, si giungerebbe all'applicazione retroattiva della legge nel caso di nuove o più gravi statuizioni penali, quando la condotta si sia esaurita sotto l'imperio di una legge che non prevedeva il fatto come reato, o che lo prevedeva meno grave di quanto non sia considerato dalla nuova. Ed in tal modo il reo verrebbe ad essere punito più gravemente per il fatto puramente casuale che nel periodo di tempo intercorrente tra la sua condotta e l'evento sia sopraggiunta la nuova legge, in tal modo determinandosi quell'incertezza sul grado di illiceità del comportamento umano che è escluso in modo assoluto dal principio dell'irretroattività'. Poiché il legislatore, uniformandosi ai principi di irretroattività e di non ultrattività, ha voluto distinguere tra commissione e consumazione del reato, rileva conclusivamente la sentenza Bartesaghi, non è lecito all'interprete identificare i due momenti: 'e ciò tanto più appare esatto in quanto il precetto penale, alla cui violazione consegue quella determinata sanzione è rivolto al soggetto condizionandone l'attività psichica, che si estrinseca nella condotta nella misura nella quale tale condotta, in quanto causa di evento penalmente sanzionato, sia considerata illecita'.

6. Le Sezioni Unite ritengono di dover condividere il secondo orientamento, con le precisazioni di seguito indicate. Plurime ragioni convergono verso la conclusione secondo cui, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta.

In limine, tuttavia, deve essere esaminato il problema segnalato, nella sua requisitoria scritta, dal Procuratore generale presso questa Corte, il quale, come si è visto, ha chiesto, in via principale, che sia sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui fa riferimento alla commissione del reato e non del fatto anche con riguardo ai reati di evento qualora quest'ultimo sia differito nel tempo e, dopo la realizzazione della condotta, sopravvenga una disciplina punitiva meno favorevole. La tesi del Procuratore generale, incentrata sul duplice rilievo che l'art. 2, quarto comma, cod. pen. fa riferimento al tempo in cui è stato commesso il reato (e non il fatto) e che la scissione degli elementi costitutivi del reato (condotta, nesso causale, evento) non è consentita in via interpretativa, non può essere condivisa.

6A. Come puntualizzato da queste Sezioni Unite, 'l'interpretazione letterale della legge (...) è il canone ermeneutico prioritario per l'interprete', sicché 'l'ulteriore canone dato dall'interpretazione logica e sistematica soccorre e integra il significato proprio delle parole, arricchendole della ratio della norma e del suo coordinamento nel sistema nel quale va ad inserirsi', ma tale criterio 'non può servire ad andare oltre quello letterale quando la disposizione idonea a decidere la controversia è chiara e precisa' (Sez. U, n. 46688 del 29/09/2016, Schirru). Del resto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito che il significato della lettera della norma impugnata 'non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme' e, dunque, impedisce di conseguire in via interpretativa 'l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre' (così, ex plurimis, Corte cost., sent. n. 110 del 2012). Se, dunque, prioritario, nel senso indicato, è 'l'esame delle connotazioni testuali della norma' (Sez. U, n. 3464 del 30/11/2017 - dep. 2018, Matrone), tale esame non esonera certo il giudice dalla ricerca di tutti i possibili significati rinvenibili nel testo: all'interno di quello che, in ambito civile, è stato indicato come il limite di 'tolleranza ed elasticità del significante testuale' (Sez. U civ., n. 15144 del 11/07/2011; Sez. U civ., n. 27341 del 23/12/2014), l'interprete deve esplorare a fondo le potenzialità linguistiche della disposizione legislativa, individuandone - anche alla luce del sistema normativo in cui è inserita - tutti i possibili e coerenti significati autorizzati dal testo. Il dato letterale, dunque, è

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*l'oggetto prioritario dell'attività interpretativa e ne segna il limite 'esterno'; limite che deve essere individuato con particolare rigore nella materia penale, in considerazione del peculiare valore rivestito, rispetto ad essa, dalla riserva di legge, che, come messo in luce dalla giurisprudenza costituzionale, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost., 'demanda il potere di normazione in materia penale - in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (...), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento - quello legislativo - che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione' (sent. n. 230 del 2012). Ma il perimetro segnato, per l'interprete, dal limite esterno rappresentato dal dato testuale ben può includere - e spesso include - una pluralità di significati attribuibili al testo della disposizione, pluralità desumibile, ad esempio, dall'intrinseca polisemia dello stesso dato testuale, così come dalla sua lettura nel contesto delineato dal sistema normativo in cui si colloca e, prima di tutto, dalla disciplina legale dell'istituto di cui la norma è parte: ossia, per quanto è qui di interesse, dall'art. 2 cod. pen..*

*6.2. Nella disposizione codicistica, il riferimento al 'reato', e non al 'fatto', non assume la valenza ad esso attribuita dal Procuratore generale, ossia la considerazione del 'reato' nella 'triade dei suoi elementi costitutivi, condotta nesso causale - evento naturalistico': invero, con il termine 'fatto' il primo e il secondo comma dell'art. 2 cod. pen. evocano la fattispecie non (o non più) penalmente sanzionata, mentre il termine 'reato' di cui al quarto comma indica quella penalmente sanzionata (e assoggettata al regime della successione di leggi penali).*

*D'altra parte, su un piano generale - ed anche al fine di meglio definire la portata della questione posta all'esame delle Sezioni unite e del principio di diritto che sarà enunciato - mette conto sottolineare come l'individuazione del tempus commissi delicti non possa essere delineata in termini generalizzanti, ma vada riferita ai singoli istituti e ricostruita sulla base della ratio di ciascuno di essi e dei principi - prima di tutto costituzionali - che li governano: conclusione, questa, condivisa dalla dottrina secondo cui l'indagine volta all'individuazione del tempus non può che essere riferita ai singoli istituti per i quali assume rilevanza il dato cronologico della commissione del reato.*

*Non si rinviene, infatti, nel codice penale una definizione, per così dire, 'onnicomprensiva' del tempus commissi delicti. Tale, in particolare, non può essere considerata quella offerta dall'art. 6 cod. pen. (alla quale sembra far riferimento la sentenza Calamita sopra richiamata), che, al fine di individuare i reati commessi nel territorio dello Stato, fa coincidere la commissione del reato con il verificarsi nel territorio stesso della condotta (anche in parte) ovvero dell'evento; tuttavia, l'alternatività - o, meglio, l'equivalenza - ai fini dell'art. 6 cod. pen. del criterio della condotta e del criterio dell'evento rende ragione dell'inidoneità di detta disciplina a fissare il tempus commissi delicti ai fini della successione di leggi, posto che, come i casi in esame testimoniano, la distanza temporale che può riscontrarsi tra condotta ed evento impone di individuare in termini unitari (e non già alternativi) il tempus. Del resto, mentre una disciplina ad hoc è dettata in tema di decorrenza del termine di prescrizione (art. 158), formulazioni sostanzialmente espressive del sintagma 'reato commesso' si rinvengono in numerose disposizioni codicistiche relative ad istituti diversi (ad esempio, alla recidiva: art. 99; alla sospensione condizionale della pena: art. 163, secondo e terzo comma; al perdono giudiziale: art. 169; all'amnistia: art. 151), ciascuno connotato da una ratio ed inserito in contesti normativi specifici.*

*Il riferimento dell'art. 2, quarto comma, cod. pen. alla 'commissione del reato', dunque, non si presta, di per sé solo, ad accreditare, in termini appunto generalizzanti, il criterio della condotta: sotto questo profilo, la sentenza Bartesaghi, pur rimarcando correttamente la non sovrapponibilità*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*della nozione di consumazione rispetto a quella di commissione del reato, sembra, in alcuni passaggi, enfatizzare la portata del dato testuale. Se, tuttavia, le ragioni di ordine prima di tutto sistematico che militano a favore del secondo orientamento non possono dar corpo a un criterio generale di individuazione del tempus commissi delicti a qualsiasi fine e rispetto a qualsiasi istituto, il riferimento letterale alla 'commissione del reato' non è di ostacolo all'individuazione della condotta dell'agente quale punto di riferimento cronologico della successione di leggi: la mancanza, nel codice penale, di una nozione onnicomprensiva del tempus commissi delicti e la valenza dei richiami al 'fatto' e al 'reato' nell'art. 2 cod. pen. convergono nell'individuazione di un'area semantica dell'espressione 'reato commesso' nella quale è riconducibile, in via interpretativa, il criterio della condotta, senza fuoriuscire dall'ambito dei significati autorizzati dal testo legislativo, ossia dai quarto comma dello stesso art. 2.*

*Come questa Corte ha già avuto modo di affermare, 'l'interpretazione adeguatrice dei giudici ha possibilità di esplicazione soltanto quando una disposizione abbia carattere 'polisenso' e da essa sia enucleabile, senza manipolare il contenuto della disposizione, una norma compatibile con la Costituzione' attraverso l'impiego degli ordinari canoni ermeneutici (Sez. U, n. 23016 del 31/03/2004, Pezzella): canoni, quelli di seguito valorizzati nel perimetro delineato dal testo della disposizione, che escludono la necessità di promuovere un incidente di legittimità costituzionale.*

*7. Nell'individuazione delle ragioni dell'adesione al secondo orientamento vengono dunque in rilievo, in primo luogo, gli strumenti dell'interpretazione sistematica e la valorizzazione delle indicazioni offerte dai principi - innanzitutto costituzionali - che governano la successione di leggi penali.*

*7.1. A fondamento del principio di irretroattività della norma più sfavorevole (che attiene non solo alle norme incriminatrici, ma anche a quelle che 'incidono sulla qualità e quantità della pena': Corte cost., sent. n. 306 del 1993) si pone, essenzialmente, un'istanza di garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore, garanzia che l'art. 25, secondo comma, Cost. tutela, come si è anticipato, quale 'valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali' (Corte cost., sent. n. 394 del 2006; sent. n. 236 del 2011): sotto questo profilo, il principio di irretroattività della norma più sfavorevole si differenzia dal principio di retroattività della norma penale più favorevole, che rinviene il proprio fondamento non già nell'art. 25 Cost., ma, in primo luogo, nel principio di uguaglianza, essendo quindi 'suscettibile di limitazioni e deroghe', che, tuttavia, 'devono giustificarsi in relazione alla necessità di preservare interessi contrapposti di analogo rilievo' (ex plurimis, Corte cost., sent. n. 215 del 2008, sent. n. 394 del 2006), nonché nell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 7 Cedu, parametro che, comunque, non attribuisce al principio di retroattività in mitius carattere assoluto e inderogabile, potendo esso, anche sotto questo profilo, subire 'deroghe o limitazioni' (sent. n. 236 del 2011, cit.). Per il principio di irretroattività della norma più sfavorevole, viene invece in rilievo un'istanza di preventiva valutabilità da parte dell'individuo delle conseguenze penali della propria condotta, istanza, a sua volta, funzionale a preservare la libera autodeterminazione della persona (funzione, questa, che il divieto di retroattività condivide con il principio di determinatezza). Univoche, in tal senso, sono le indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale: il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, 'si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della 'calcolabilità' delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale' (Corte cost., sent. n. 394 del 2006; conf., ex plurimis, sent. n. 236 del 2011): esigenza, questa, 'con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo 'a sorpresa' del trattamento penale della fattispecie' (sent. n. 230 del 2012).*

*È dunque la condotta il punto di riferimento temporale essenziale a garantire la 'calcolabilità' delle conseguenze penali e, con essa, l'autodeterminazione della persona: ed è a tale punto di*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*riferimento temporale che deve essere riconnessa l'operatività del principio di irretroattività ex art. 25 Cost., posto che 'spostare in avanti' detta operatività, correlandola all'evento del reato, determinerebbe, qualora alla condotta interamente posta in essere nella vigenza di una legge penale sia sopravvenuta una normativa penale più sfavorevole, la sostanziale retroattività di quest'ultima rispetto al momento in cui è effettivamente possibile per la persona 'calcolare' le conseguenze penali del proprio agire; con l'inevitabile svuotamento dell'effettività della garanzia di autodeterminazione della persona e della ratio di tutela del principio costituzionale di irretroattività.*

*La ratio di garanzia del principio di irretroattività della norma più sfavorevole e il suo necessario riferimento alla valutabilità delle conseguenze penali della condotta dell'uomo sono, dunque, decisivi nell'indirizzare la soluzione della questione rimessa alle Sezioni unite verso l'adesione al 'criterio della condotta'. Una ratio di garanzia della persona del tutto coerente con il principio personalista che il Costituente ha posto quale uno dei pilastri fondamentali dell'edificio costituzionale, secondo l'impostazione accolta con l'approvazione del c.d. ordine del giorno Dossetti.*

*Le indicazioni offerte dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente confermano le ragioni dell'adesione al secondo orientamento: la disposizione poi recepita nel secondo comma dell'art. 25 Cost. è, in buona sostanza, frutto di un emendamento proposto, tra gli altri, dall'onorevole L.G., che intervenne nel dibattito chiarendo il significato del principio di irretroattività, nella formulazione poi approvata, ossia stabilire 'in maniera precisa che la norma di legge penale deve preesistere non solo all'evento, ma anche all'azione', poiché è in quest'ultima che 'si realizza il contrasto tra la volontà imputabile del delinquente e la volontà della legge': una chiara traccia della necessità di correlare, dal punto di vista cronologico, il principio di irretroattività alla condotta dell'agente e non al successivo momento dell'evento.*

*Di segno analogo è l'indicazione offerta dalla decisione delle Sezioni unite di questa Corte intervenuta sulle questioni scaturite dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui ammetteva al giudizio abbreviato l'imputato cui fosse addebitato un reato punibile con l'ergastolo (Corte cost., sent. n. 176 del 1991): muovendo dal rilievo della natura di trattamento penale di favore rivestita dalla riduzione di pena per il giudizio abbreviato, le Sezioni unite hanno affermato che la garanzia dell'art. 25, secondo comma, Cost. deve essere intesa nel senso che se un trattamento penale più favorevole è ricollegato dalla legge ad una condotta 'non può un'eventuale pronuncia di incostituzionalità di quella legge comportare un trattamento svantaggioso per chi ha tenuto quella condotta'; di qui la conclusione che la sentenza della Corte costituzionale non poteva determinare effetti svantaggiosi per gli imputati di reati punibili con l'ergastolo che avevano richiesto il giudizio abbreviato prima della dichiarazione dell'illegittimità (Sez. U, n. 2977 del 06/03/1992, Piccillo, Rv. 189399). Pur non affrontando la questione oggi in esame, all'evidenza estranea al peculiare problema allora in discussione, è significativo, nella sentenza Piccillo, il legame instaurato, nella definizione della portata della garanzia accordata dall'art. 25, secondo comma, Cost., tra il trattamento più svantaggioso sopravvenuto e la condotta (in quel caso, processuale) alla quale era associato il trattamento più favorevole previsto dalla norma dichiarata incostituzionale: un legame che, con riferimento alla condotta tenuta durante la (invalida) vigenza di una norma penale più favorevole poi dichiarata incostituzionale, attribuisce al principio di irretroattività una sorta di 'rigidità rinforzata' anche rispetto alla stessa declaratoria di illegittimità costituzionale, secondo una prospettiva che si rinviene altresì nella giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sent. n. 148 del 1983; sent. n. 394 del 2006; nonché, con riguardo all'affine problema del decreto-legge non convertito, sent. n. 51 del 1985, intervenuta limitatamente all'applicabilità dell'art. 2, ultimo comma, cod. pen. ai 'fatti progressi' all'adozione del decreto-legge).*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*La medesima prospettiva - con la sottolineatura del diverso regime cui sono sottoposti, in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma più favorevole, i 'fatti pregressi' e i 'fatti concomitanti' - è stata valorizzata dalla giurisprudenza di legittimità quando ha affermato che, in tema di successione di leggi nel tempo, la norma incriminatrice più severa, ripristinata per effetto della pronuncia di incostituzionalità di una successiva norma penale di favore, non può essere applicata ai fatti commessi durante la vigenza di quest'ultima, rispetto ai quali 'non può avere svolto alcuna funzione di orientamento e di limite delle scelte di comportamento dell'agente', ma opera per tutti quei fatti pregressi commessi nella vigenza della norma non ancora modificata in senso più favorevole dalla disciplina dichiarata incostituzionale, fatti, quelli pregressi, che 'dovevano essere 'confrontati', dal proprio autore, con le norme vigenti in quel momento' (Sez. 3, n. 28233 del 03/03/2016, Menti, Rv. 267410; conf., Sez. 3, n. 4185 del 19/10/2016 - dep. 2017, Facciuto, Rv. 269068; Sez. 4, n. 44808 del 26/09/2014, Madani, Rv. 260735).*

*In coerenza con la ratio di garanzia del principio di irretroattività, del resto, può richiamarsi l'art. 7, paragrafo 1, della CEDU, che sancisce il divieto di applicazione retroattiva delle norme penali incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe, in modo da assicurare, come ha chiarito la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo all'azione penale, esistesse una disposizione legale che rendesse l'atto punibile e che la pena imposta non abbia superato i limiti fissati da tale disposizione (Corte Edu, sentenza 22 giugno 2000, Coeme c. Belgio, § 145).*

*7.2. L'identificazione, ai fini della successione di leggi penali, del tempus commissi delicti con quello della condotta tipica trova poi decisive conferme di ordine sistematico sul terreno delle funzioni costituzionali della pena.*

*Quanto alla funzione di prevenzione generale, evocata nell'intervento dell'onorevole L. sopra richiamato, è nel momento in cui agisce ovvero omette di compiere l'azione doverosa che l'agente si pone in contrasto con la funzione di orientamento della norma penale: ciò conferma che, ai fini della successione di leggi penali, il tempo del commesso reato va individuato nella condotta, ossia nel momento rispetto al quale la funzione di prevenzione generale della norma penale può in concreto esplicarsi.*

*La medesima conclusione vale per la funzione rieducativa, la cui centralità nella definizione del volto costituzionale del sistema penale è stata di recente rimarcata dal giudice delle leggi richiamando il 'principio della non sacrificabilità' di tale funzione 'sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena' (Corte cost., sent. n. 149 del 2018). Muovendo dalla lettura congiunta del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost., nel quadro delle fondamentali direttive del sistema costituzionale desunte, tra l'altro, dall'art. 25 Cost., la Corte costituzionale ha messo in luce come alla 'possibilità di conoscere la norma penale' vada 'attribuito un autonomo ruolo nella determinazione dei requisiti subiettivi d'imputazione costituzionalmente richiesti', in quanto tale possibilità è 'presupposto della rimproverabilità del fatto, inteso quest'ultimo come comprensivo anche degli elementi subiettivi attinenti al fatto di reato'; in questa prospettiva, con specifico riferimento al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, si è sottolineato che, 'avuto riguardo anche al fondamentale principio di colpevolezza ed alla funzione preventiva della pena, desumibili dall'art. 27 Cost., ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo - sulla base dell'affidamento nell'ordinamento legale in vigore al momento del fatto quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione (...): aspettativa che sarebbe, per contro, manifestamente frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all'epoca della sua commissione non costituiva reato, o era punito meno severamente' (Corte cost., sent. n. 364 del 1988). La sottolineatura del momento della 'commissione' e la sua correlazione all'affidamento sulle conseguenze penali previste dall'ordinamento legale richiamano ancora una volta la rilevanza essenziale della condotta tipica e*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

*la necessità di individuare in essa il criterio per determinare il tempus commissi delicti ai fini della successione di leggi penali.*

*Omissis.*

## **5. Il principio di retroattività favorevole, anche in rapporto all'art. 7 CEDU: Corte cost., n. 236 del 2011.**

*Omissis.*

*Questa Corte ha reiteratamente affermato che il principio di retroattività della disposizione penale più favorevole al reo – previsto a livello di legge ordinaria dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. – non è stato costituzionalizzato dall'art. 25, secondo comma, Cost., che si è limitato a sancire l'irretroattività delle norme incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe. Esso, dunque, ben può subire deroghe per via di legislazione ordinaria, quando ne ricorra una sufficiente ragione giustificativa (ex plurimis: sentenze n. 215 del 2008, n. 393 del 2006, n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978; ordinanza n. 330 del 1995).*

*Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, «il principio di retroattività della lex mitior ha una valenza ben diversa, rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. Quest'ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. (...) In questa prospettiva, è dunque incontrovertibile che il principio de quo trovi diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost. in tutte le sue espressioni: e, cioè, non soltanto con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso. In questi termini, il principio in parola si connota, altresì, come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali. (...) Invece, il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, la lex mitior sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo. In quest'ottica, la Corte ha quindi costantemente escluso che il principio di retroattività in mitius trovi copertura nell'art. 25, secondo comma, Cost.» (sentenza n. 394 del 2006).*

*L'ambito di operatività del principio di retroattività in mitius non deve essere limitato alle sole disposizioni concernenti la misura della pena, ma va esteso a tutte le norme sostanziali che, pur riguardando profili diversi dalla sanzione in senso stretto, incidono sul complessivo trattamento riservato al reo. Come chiarito dalla sentenza n. 393 del 2006, infatti, «la norma del codice penale [che sancisce la regola generale della retroattività della lex mitior] deve essere interpretata, ed è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte (e da quella di legittimità), nel senso che la locuzione “disposizioni più favorevoli al reo” si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato».*

*Ciò premesso sull'ambito di operatività del principio di retroattività in bonam partem, merita di essere ricordato che, secondo questa Corte, «la regola della retroattività della lex mitior, pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., non è priva di un fondamento costituzionale» (sentenza n. 215 del 2008). Questo fondamento è stato individuato nel «principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006).*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*Non sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve). Per il principio di eguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, l'abolitio criminis, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa (sentenze n. 215 del 2008, n. 394 e n. 393 del 2006, n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978 e n. 164 del 1974).*

*Il principio di eguaglianza costituisce, però, come è stato chiarito da questa Corte, non solo il fondamento, ma anche il limite dell'applicabilità retroattiva della lex mitior. Mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, costituisce un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività in mitius è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo (ex multis: sentenze n. 215 del 2008, n. 394 del 2006, n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978).*

*11. – La sentenza n. 393 del 2006, pur ammettendo che «eventuali deroghe al principio di retroattività della lex mitior, ai sensi dell'art. 3 Cost., possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa», così mostrando di condividere la costante giurisprudenza costituzionale sul «regime giuridico riservato alla lex mitior, e segnatamente [alla] sua retroattività», non si è limitata a ricollegare il suddetto principio a quello di eguaglianza, ma gli ha riconosciuto un valore autonomo anche attraverso il riferimento alla normativa internazionale e comunitaria. In tale sentenza questa Corte infatti ha rilevato che il principio di retroattività della legge penale più favorevole non è affermato solamente, seppure come criterio di portata generale, da una norma del codice penale (l'art. 2), ma è riconosciuto anche dal diritto internazionale e comunitario, in particolare dall'art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881, e dall'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e successivamente recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che le ha attribuito lo stesso valore giuridico dei trattati. Del resto la Corte di giustizia dell'Unione europea, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, aveva ritenuto che il principio della lex mitior facesse parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, come tale, dovesse essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia stessa garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario (sentenza 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; tale principio è stato successivamente ribadito dalle sentenze 11 marzo 2008, Jager, C-420/06, e 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11).*

*Anche se, nella sentenza n. 393 del 2006, le fonti internazionali non sono invocate come norme interposte nel giudizio di costituzionalità, ma solo come dati normativi da cui desumere la rilevanza dell'interesse tutelato dal principio di retroattività della lex mitior, questa Corte, attraverso il loro richiamo, ha fatto assumere al principio di retroattività in mitius una propria autonomia, che ha ora, attraverso l'art. 117, primo comma, Cost., acquistato un nuovo fondamento con l'interposizione dell'art. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.*

*Rimane, però, da stabilire se il riconoscimento, da parte della giurisprudenza europea, del principio di retroattività della norma più favorevole e la sua iscrizione tra le garanzie sancite dalla citata norma convenzionale, oltre a fargli acquistare autonomia, ne abbia mutato natura e caratteristiche, se cioè esso sia assoluto e inderogabile come il principio di non retroattività delle norme penali di*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*sfavore, ovvero se la sua diversità rispetto alla garanzia fondamentale che questo rappresenta renda possibile, in presenza di particolari ragioni giustificative, l'applicabilità della disposizione meno favorevole che era in vigore quando il reato è stato commesso, o comunque l'introduzione di limiti alla regola della retroattività in mitius. In secondo luogo, occorre individuare quale ne sia l'oggetto, se cioè riguardi solamente le disposizioni che prevedono il reato e la pena o anche qualunque altra disposizione che incida sul trattamento penale, come in particolare quelle sulla prescrizione.*

*12. – L'art. 7, paragrafo 1, della CEDU sancisce il divieto di applicazione retroattiva delle norme penali incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe, in modo da assicurare che, «nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo all'azione penale, [esistesse] una disposizione legale che rendeva l'atto punibile, e che la pena imposta non [abbia] superato i limiti fissati da tale disposizione» (sentenza 22 giugno 2000, Coëme e altri contro Belgio; sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia).*

*La Corte di Strasburgo ha costantemente escluso che l'art. 7 della Convenzione sancisse anche «il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato» (decisione della Commissione 6 marzo 1978, X. contro Germania; decisione 5 dicembre 2000, Le Petit contro Regno Unito; decisione 6 marzo 2003, Zaprianov contro Bulgaria, tutte relative a ipotesi di successiva depenalizzazione del reato per il quale il ricorrente era stato condannato), pur ammettendo la non contrarietà alla citata norma convenzionale dell'applicazione retroattiva della disposizione penale più favorevole da parte delle giurisdizioni interne (sentenza 27 settembre 1995, G. contro Francia; decisione del 9 febbraio 2006, Karmo contro Bulgaria). Di recente, però, con la sentenza del 17 settembre 2009 (Scoppola contro Italia) la Grande Camera, mutando il proprio precedente e consolidato orientamento, ha ammesso che «l'art. 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa», traducendosi «nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato».*

*A questa conclusione la Corte europea è pervenuta tenendo conto dell'«evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale» e dando atto della necessità di adottare un «approccio dinamico ed evolutivo» nell'interpretazione della Convenzione, che renda «le garanzie concrete ed effettive, e non teoriche e illusorie»: ha così registrato «un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla commissione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale».*

*Il nuovo orientamento è stato confermato in una successiva pronuncia (decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia), con cui la Corte europea ha ribadito che «le disposizioni che definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività, che includono anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'imputato», sottolineando però che l'art. 7 riguarda solamente le norme penali sostanziali, e in particolare le disposizioni che influiscono sull'entità della pena da infliggere.*

*Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

13. – *Se si ritenesse che il principio di retroattività della legge penale più favorevole, affermato dalla Corte di Strasburgo, si differenzi per la sua rigidità da quello che aveva già trovato riconoscimento nella giurisprudenza di questa Corte, nel senso che tale principio non tollera deroghe o limitazioni giustificate da situazioni particolari, se ne dovrebbe vedere in questa sua caratteristica il profilo veramente innovativo, fermo rimanendo in ogni caso che il momento in cui la norma CEDU va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sentenza n. 317 del 2009). Dalla sentenza della Corte europea del 17 settembre 2009 (Scoppola contro Italia) però non emerge una novità siffatta. Nulla la Corte ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività in mitius subisca deroghe o limitazioni: è un aspetto che la Corte non ha considerato, e che non aveva ragione di considerare, date le caratteristiche del caso oggetto della sua decisione. È però significativo che la Corte abbia espressamente posto un limite, escludendo che il principio in questione possa travolgere il giudicato (nella sentenza si fa esclusivo riferimento a «leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva»), diversamente da quanto prevede nel nostro ordinamento l'art. 2, secondo e terzo comma, cod. pen. È da aggiungere che la sentenza Scoppola, anche se in modo non inequivoco, induce 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. Si legge infatti nella sentenza 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» e che «ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive». Ma, 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.*

*Insomma, secondo la Corte europea, la circostanza che un determinato fatto era previsto come reato dalla legge in vigore al momento della sua commissione ed era punito con un certa sanzione non può costituire, di per sé, valida ragione per giustificare l'applicazione di tale legge, ancorché successivamente abrogata o modificata in melius, continuando così a «infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive». Perciò, qualora vi sia una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile, la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo, specie quando, come è avvenuto nel caso in esame, fattispecie incriminatrice e pena siano rimaste immutate. Alla luce delle considerazioni che precedono, non è arbitraria la conclusione che il riconoscimento da parte della Corte europea del principio di retroattività in mitius – che già operava nel nostro ordinamento in forza dell'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. e aveva trovato un fondamento costituzionale attraverso la giurisprudenza di questa Corte – non abbia escluso la possibilità di introdurre deroghe o limitazioni alla sua operatività, quando siano sorrette da una valida giustificazione.*

*A ben vedere, il principio di retroattività della lex mitior presuppone un'omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo, posto che, come è stato chiarito da questa Corte, il principio di eguaglianza, così come ne costituisce un fondamento, può rappresentare anche il limite dell'applicabilità retroattiva della legge penale più favorevole (sentenza n. 394 del 2006). È proprio la diversità di contesto, ad esempio, che giustifica la deroga posta dal quinto comma dell'art. 2 cod. pen. stabilendo che «Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti»; ciò infatti significa che deve*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*continuare ad applicarsi la disposizione che vigeva al momento della commissione del fatto, anche se successivamente entra in vigore un trattamento penale più favorevole o addirittura il fatto cessa di costituire reato. Alla eccezionalità della situazione esistente al momento della commissione del fatto (tale è anche quella che giustifica una legge temporanea) deve corrispondere il trattamento che il legislatore ritiene adeguato ad essa e non l'altro, successivo, più favorevole, dettato per una situazione di normalità.*

*È dunque chiaro che, a differenza di quello di irretroattività della legge penale sfavorevole, il principio di retroattività della legge favorevole non può essere senza eccezioni.*

*Oltre alla diversità del contesto di fatto anche quella del contesto normativo può giustificare o addirittura imporre discipline transitorie volte a limitare gli effetti retroattivi delle modificazioni normative più vantaggiose. È quanto, ad esempio, è avvenuto allorché per alcune ipotesi criminose si è sostituita la punibilità d'ufficio con quella a querela e si è data, con una norma transitoria, la possibilità di presentare la richiesta di punizione entro un termine, diverso da quello ordinario (art. 124 cod. pen.), decorrente dal giorno dell'entrata in vigore della nuova legge o, se già pendeva il procedimento, dal giorno in cui il giudice aveva informato la persona offesa della facoltà di esercitare il diritto di querela (art. 99 della legge 24 novembre 1981, n. 689; art. 19 della legge 25 giugno 1999, n. 205; si veda inoltre l'art. 5 del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61).*

*Pure la norma censurata, nell'escludere l'applicazione retroattiva dei nuovi termini di prescrizione, se più favorevoli al reo, ai processi già pendenti in grado di appello e avanti alla Corte di cassazione, fa riferimento a due contesti processuali diversi: quello dei processi pendenti in primo grado, ove non è ancora stata pronunciata una sentenza, che, mediante una riorganizzazione dei tempi e delle attività processuali, sono suscettibili di essere definiti prima che decorra il nuovo e più breve termine di prescrizione; quello dei processi pendenti in appello, o avanti alla Corte di cassazione, in cui ciò è meno agevole o addirittura non è più possibile, con la conseguenza che il giudice in seguito all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 dovrebbe dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione.*

*È per tale ragione che questa Corte, con la sentenza n. 393 del 2006, facendo operare il principio di retroattività in mitius, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005, mentre successivamente, con la sentenza n. 72 del 2008, ha ritenuto priva di fondamento la questione relativa allo stesso articolo nella parte residua, in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione ai «processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione». La ragionevolezza di questa soluzione, come ha rilevato la sentenza n. 72 del 2008, «è poi ulteriormente comprovata dal rilievo che essa – poiché nei giudizi in esame il materiale probatorio, in linea di massima, è ormai stato acquisito – mira ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento, e così tutela interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale), oltre – si può aggiungere – al principio di effettività del diritto penale).*

*14. – Come si è già detto, questa Corte deve anche chiedersi quali norme penali formino oggetto del principio di retroattività in mitius riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte europea, deve cioè verificare se esso riguardi solamente le disposizioni che individuano il reato e la pena o anche qualunque altra disposizione che incida sul trattamento penale, come in particolare le disposizioni sulla prescrizione.*

*La Corte europea dei diritti dell'uomo, ritenendo che il principio in esame sia un corollario di quello di legalità, consacrato dall'art. 7 della CEDU, ha fissato dei limiti al suo ambito di applicazione, desumendoli dalla stessa norma convenzionale. Il principio di retroattività della lex mitior, come in generale «le norme in materia di retroattività contenute nell'art. 7 della Convenzione», concerne*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*secondo la Corte le sole «disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono» (decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia; nello stesso senso, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia).*

*Il principio riconosciuto dalla CEDU, quindi, non coincide con quello che vive nel nostro ordinamento ed è regolato dall'art. 2, quarto comma, cod. pen. Quest'ultimo infatti riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche in melius di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo, mentre il primo ha una portata più circoscritta, concernendo le sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni.*

*La diversa, e più ristretta, portata del principio convenzionale è confermata dal riferimento che la giurisprudenza europea fa alle fonti internazionali e comunitarie, e alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea. Sia l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia l'art. 49 della Carta di Nizza, infatti, non si riferiscono a qualsiasi disposizione penale, ma solo alla «legge [che] prevede l'applicazione di una pena più lieve».*

*Del resto la sentenza Scoppola riguardava proprio una questione relativa alla pena, e non è senza significato che, nel richiamare la precedente e consolidata giurisprudenza sull'art. 7 della CEDU e sulla sua portata, la Corte europea abbia avvertito l'esigenza di chiarire la nozione di pena cui fa riferimento la citata norma convenzionale, specificando che si tratta della misura che viene «imposta a seguito di una condanna per un reato», e non di qualsiasi elemento incidente sul trattamento penale. Perciò è da ritenere che il principio di retroattività della lex mitior riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità.*

*15. – Una volta individuati i limiti oggettivi del principio di retroattività in mitius, riconosciuto dalla Corte europea sulla base dell'art. 7 della CEDU, è agevole la conclusione che esso non può riguardare le norme sopravvenute che modificano, in senso favorevole al reo, la disciplina della prescrizione, con la riduzione del tempo occorrente perché si produca l'effetto estintivo del reato.*

*Del resto dalla stessa giurisprudenza della Corte europea emerge che l'istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 della Convenzione, come si desume dalla sentenza 22 giugno 2000 (Coëme e altri contro Belgio) con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che prolungava, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati.*

### **5.1. Retroattività favorevole delle sanzioni amministrative punitive: Corte cost., 28 gennaio 2021, n. 68.**

*Omissis.*

*Il principio della retroattività della lex mitior in materia penale è infatti fondato, secondo la giurisprudenza di questa Corte, tanto sull'art. 3 Cost., quanto sull'art. 117, primo comma, Cost., eventuali deroghe a tale principio dovendo superare un vaglio positivo di ragionevolezza in relazione alla necessità di tutelare controinteressi di rango costituzionale (infra, punto 6.1.). Il principio in questione deve ritenersi applicabile anche alle sanzioni amministrative che abbiano natura "punitiva" (infra, punto 6.2.). Le sanzioni amministrative previste per l'abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 hanno natura "punitiva", e rientrano come tali nell'ambito di applicazione del principio della retroattività in mitius (infra, punto 6.3.). La deroga alla retroattività in mitius stabilita dall'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, qui censurato, non supera il "vaglio positivo di ragionevolezza" ed è, pertanto, costituzionalmente*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*illegittima, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche in mitius apportate alle sanzioni amministrative previste per l'illecito di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 (infra, punto 6.4.).*

*6.1.– Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 236 del 2011, n. 215 del 2008 e n. 393 del 2006), la regola della retroattività della lex mitior in materia penale non è riconducibile alla sfera di tutela dell'art. 25, secondo comma, Cost., che sancisce piuttosto il principio – apparentemente antinomico – secondo cui «[n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».*

*Tale principio deve, invero, essere interpretato nel senso di vietare l'applicazione retroattiva delle sole leggi penali che stabiliscano nuove incriminazioni, ovvero che aggravino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato, non ostando così a una possibile applicazione retroattiva di leggi che, all'opposto, aboliscano precedenti incriminazioni ovvero attenuino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato. L'applicazione retroattiva della lex mitior non può, però, ritenersi imposta dall'art. 25, secondo comma, Cost., la cui ratio immediata è – in parte qua – quella di tutelare la libertà di autodeterminazione individuale, garantendo al singolo di non essere sorpreso dall'inflizione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto. Una simile garanzia non è posta in discussione dall'applicazione di una norma penale, pur più gravosa di quelle entrate in vigore successivamente, che era comunque in vigore al momento del fatto: e ciò «per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, la lex mitior sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo» (sentenza n. 394 del 2006).*

*Cionondimeno, la regola dell'applicazione retroattiva della lex mitior in materia penale – sancita, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, del codice penale – non è sprovvista di fondamento costituzionale: fondamento che la costante giurisprudenza di questa Corte ravvisa anzitutto nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006). Ciò in quanto, in via generale, «[n]on sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)» (sentenza n. 236 del 2011).*

*La riconduzione della retroattività della lex mitior in materia penale all'alveo dell'art. 3 Cost. anziché a quello dell'art. 25, secondo comma, Cost., segna però anche il limite della garanzia costituzionale della quale la regola in parola costituisce espressione. Mentre, infatti, l'irretroattività in peius della legge penale costituisce un «valore assoluto e inderogabile», la regola della retroattività in mitius della legge penale medesima «è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli» (sentenza n. 236 del 2011).*

*Il criterio di valutazione della legittimità costituzionale di eventuali deroghe legislative alla retroattività della lex mitior in materia penale, alla stregua dell'art. 3 Cost., è stato oggetto di approfondita analisi da parte di questa Corte nella sentenza n. 393 del 2006. In quell'occasione, la Corte osservò che la retroattività in mitius della legge penale è ormai affermata non solo, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2 cod. pen., ma trova ampi riconoscimenti nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea. La retroattività della lex mitior in materia penale è in particolare enunciata tanto dall'art. 15, comma 1, terzo periodo, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; quanto dall'art. 49, paragrafo 1, terzo periodo, CDFUE. Ciò ha indotto questa Corte a concludere che il valore tutelato dal principio in parola «può essere*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo [...]. Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole» (sentenza n. 393 del 2006).*

*In applicazione di tale criterio, la stessa sentenza n. 393 del 2006 giudicò non ragionevole, e pertanto costituzionalmente illegittima, la deroga alla retroattività delle modifiche più favorevoli, introdotte dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), alla disciplina della prescrizione del reato, con riferimento ai processi pendenti in primo grado in cui fosse stata già dichiarata l'apertura del dibattimento. La successiva sentenza n. 72 del 2008 escluse invece l'incostituzionalità di tale deroga rispetto ai processi già pendenti in grado di appello, in ragione dell'esigenza di tutelare gli interessi di rango costituzionale dell'efficienza e della salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale, potenzialmente pregiudicati dalla dispersione delle attività processuali già svolte che sarebbe conseguita all'applicazione generalizzata dei nuovi e più brevi termini di prescrizione a processi già conclusi in primo grado.*

*La questione della legittimità costituzionale della deroga alla retroattività, per i processi pendenti in grado di appello, delle più favorevoli disposizioni in materia di prescrizione introdotte dalla legge n. 251 del 2005 tornò qualche anno più tardi all'esame di questa Corte, in ragione del fatto nuovo rappresentato dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia. Tale pronuncia aveva, per la prima volta, dedotto dall'art. 7 CEDU il principio secondo cui «se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato»; il che aveva indotto la Corte di cassazione a sollevare questione di legittimità costituzionale della medesima disciplina transitoria già giudicata legittima, quanto ai parametri allora dedotti, dalla sentenza n. 72 del 2008, sotto il profilo – questa volta – di un suo possibile contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, come interpretato dalla sentenza Scoppola.*

*Con la già menzionata sentenza n. 236 del 2011, questa Corte affermò che – proprio in seguito alla sentenza Scoppola – il «principio di retroattività in mitius» ha, «attraverso l'art. 117, primo comma, Cost, acquistato un nuovo fondamento con l'interposizione dell'art. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo»; aggiungendo, peraltro, che – anche nel prisma del diritto convenzionale – a tale principio non può riconoscersi carattere assoluto, ben potendo il legislatore «introdurre deroghe o limitazioni alla sua operatività, quando siano sorrette da una valida giustificazione». La sentenza n. 236 del 2011 ritenne, per l'appunto, sussistere una simile valida giustificazione per la deroga legislativa alla retroattività in mitius sottoposta nuovamente al suo esame; e ciò per le medesime ragioni che avevano condotto la sentenza n. 72 del 2008 a risolvere in senso positivo la questione della sua compatibilità con l'art. 3 Cost.*

*La giurisprudenza costituzionale è, in tal modo, giunta ad assegnare al principio della retroattività della lex mitior in materia penale un duplice, e concorrente, fondamento. L'uno – di matrice domestica – riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nel cui alveo peraltro la sentenza n. 393 del 2006, in epoca immediatamente precedente alle sentenze “gemelle” n. 348 e n. 349 del 2007, aveva già fatto confluire gli obblighi internazionali derivanti dall'art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e dall'art. 49, paragrafo 1, CDFUE, considerati in quell'occasione come criteri interpretativi (sentenza n. 15 del 1996) delle stesse garanzie costituzionali. L'altro – di origine internazionale, ma avente ora ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'art. 117, primo comma, Cost. – riconducibile all'art. 7 CEDU,*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo (oltre alla sentenza Scoppola, Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia; sentenza 24 gennaio 2012, Mihai Toma contro Romania; sentenza 12 gennaio 2016, Gouarré Patte contro Andorra; sentenza 12 luglio 2016, Ruban contro Ucraina), nonché alle altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio, tra cui gli stessi artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.*

*A tale pluralità di basi normative nel testo costituzionale fa, peraltro, da contraltare la comune ratio della garanzia in questione, identificabile in sostanza nel diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione.*

*Comune è altresì il limite della tutela assicurata, assieme, dalla Costituzione e dalle carte internazionali a tale garanzia: tutela che la giurisprudenza di questa Corte ritiene non assoluta, ma aperta a possibili deroghe, purché giustificabili al metro di quel «vaglio positivo di ragionevolezza» richiesto dalla sentenza n. 393 del 2006, in relazione alla necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all'interesse individuale in gioco.*

*6.2.– Se poi, ed eventualmente in che misura, il principio della retroattività della lex mitior sia applicabile anche alle sanzioni amministrative, è questione recentemente esaminata funditus dalla sentenza n. 193 del 2016.*

*In quell'occasione, questa Corte ha rilevato come la giurisprudenza di Strasburgo non abbia «mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche “punitive” alla luce dell'ordinamento convenzionale». In difetto, pertanto, di alcun «vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative», la sentenza n. 193 del 2016 ha giudicato non fondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), del quale il giudice a quo sospettava il contrasto con gli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, nella parte in cui non prevede una regola generale di applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi: regola generale la cui introduzione, secondo la valutazione di questa Corte, avrebbe finito «per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata “amministrativa” dal diritto interno) come “convenzionalmente penale”, alla luce dei cosiddetti criteri Engel».*

*Rispetto, però, a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità “punitiva”, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della “materia penale” – ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della lex mitior, nei limiti appena precisati (supra, punto 6.1.) – non potrà che estendersi anche a tali sanzioni.*

*A tale conclusione non osta l'assenza, sino a questo momento, di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come questa Corte ha avuto recentemente occasione di affermare, infatti, «è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo» (sentenza n. 68 del 2017).*

*L'estensione del principio di retroattività della lex mitior in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione “punitiva” è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo «vaglio positivo di ragionevolezza», al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività in mitius nella materia penale.*

*6.3.– Non v'è dubbio che la sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 abbia natura punitiva, e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani assicurano alla materia penale, ivi compresa la garanzia della retroattività della lex mitior.*

*Questa Corte ha già avuto occasione di affermare, in due distinte occasioni, la natura sostanzialmente punitiva della confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate (sentenze n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017); ma tale qualificazione deve necessariamente estendersi anche alla sanzione amministrativa pecuniaria prevista per il medesimo illecito, che qui viene immediatamente in considerazione. Tale sanzione non può essere considerata come una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né semplicemente mirante alla prevenzione di nuovi illeciti. Si tratta, infatti, di sanzione dall'elevatissima carica afflittiva, che può giungere, oggi, sino a cinque milioni di euro (a loro volta elevabili sino al triplo ovvero al maggior importo di dieci volte il profitto conseguito o le perdite evitate), e che è comunque sempre destinata, nelle intenzioni del legislatore, a eccedere il valore del profitto in concreto conseguito dall'autore, a sua volta oggetto, di separata confisca. Una simile carica afflittiva si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto.*

*Del resto, proprio in considerazione della «finalità repressiva» di questa sanzione amministrativa e del suo «elevato carico di severità», la Corte di giustizia UE ha recentemente affermato la sua natura «penale» ai sensi dell'art. 50 CDFUE (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 20 marzo 2018, Di Puma e altri, in cause C-596/16 e C-596/16, paragrafo 38).*

*6.4.– Resta, dunque, da verificare se la deroga, stabilita dalla disposizione in questa sede censurata, alla retroattività in mitius del più favorevole regime sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 72 del 2015 (il cui principale effetto pratico, come più sopra evidenziato, consiste nella “dequintuplicazione” delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 58 del 1998) possa ritenersi legittima al metro del vaglio positivo di ragionevolezza di cui si è detto.*

*A tale quesito non può che risponderci negativamente.*

*Nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, in attuazione della legge n. 154 del 2014, il Governo dichiarò la propria intenzione di non introdurre nel decreto il principio del favor rei «sia per la sospetta irragionevolezza dell'introduzione di detto principio con riferimento solo ad alcune disposizioni, sia per evitarne l'applicazione a tutti i procedimenti ancora sub iudice», con conseguente «rischio di ripercussioni negative su procedimenti sanzionatori in corso».*

*La prima ragione è ictu oculi infondata: è semmai la mancata generalizzata previsione della retroattività delle modifiche sanzionatorie in melius a essere sospetta di irragionevolezza, e bisognosa pertanto di una specifica giustificazione in termini di necessità di tutela di controinteressi costituzionalmente rilevanti. Tali controinteressi non possono, d'altra parte, identificarsi semplicemente nell'esigenza di evitare «ripercussioni negative su procedimenti sanzionatori in corso», posto che l'influenza della lex mitior sui procedimenti sanzionatori non ancora conclusi al*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*momento della sua entrata in vigore è la conseguenza necessaria del principio di retroattività della lex mitior stessa.*

*Né la scelta del legislatore di posporre l'entrata in vigore delle modifiche al regime sanzionatorio degli illeciti previsti dalla Parte V del d.lgs. n. 58 del 1998 al momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni regolamentari della Banca d'Italia e della CONSOB appare essa stessa sorretta dalla finalità di tutelare cogenti controinteressi di rango costituzionale, di importanza assimilabile a quella che legittimò, nella valutazione delle citate sentenze n. 72 del 2008 e n. 236 del 2011, la deroga alla retroattività delle disposizioni più favorevoli in materia di prescrizione del reato introdotte dalla legge n. 251 del 2005 con riferimento ai giudizi pendenti in grado di appello (ove si trattava di evitare, per effetto della maturazione dei più brevi termini di prescrizione introdotti dalla nuova disciplina, la dispersione di tutte le attività processuali svolte nei giudizi già conclusi in primo grado, rispetto a fatti che continuavano a essere considerati come reato e a essere puniti con la medesima pena in vigore al momento della loro commissione). I menzionati regolamenti della Banca d'Italia e della CONSOB, infatti, concernono pressoché esclusivamente la procedura di accertamento della sanzione, e non influiscono sulla configurazione degli illeciti, né – se non in misura marginalissima – sulla modalità di determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, che qui viene direttamente in considerazione.*

*Conseguentemente, la scelta del legislatore del 2015 di derogare alla retroattività dei nuovi e più favorevoli quadri sanzionatori risultanti dal d.lgs. n. 72 del 2015 sacrifica irragionevolmente il diritto degli autori dell'illecito di abuso di informazioni privilegiate a vedersi applicare una sanzione proporzionata al disvalore del fatto, secondo il mutato apprezzamento del legislatore. Mutato apprezzamento che riflette, evidentemente, la consapevolezza del carattere non proporzionato di un minimo edittale di centomila euro.*

*Da ciò consegue l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998.*

*7.– La dichiarazione di illegittimità costituzionale deve essere estesa in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), alla mancata previsione – da parte del censurato art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015 – della retroattività delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle corrispondenti sanzioni amministrative previste per l'illecito di cui all'art. 187-ter (Manipolazione del mercato) del d.lgs. n. 58 del 1998.*

*Tale illecito è, infatti, corredato da un quadro sanzionatorio identico a quello previsto dall'art. 187-bis, rispondente esso pure a un'evidente logica punitiva, già riconosciuta come tale dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, paragrafi 94-101), dalla Corte di giustizia UE (Grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, Garlsson e altri, in causa C-537/16, paragrafi 34-35) e dalla stessa Corte di cassazione (sezione quinta civile, sentenza 30 ottobre 2018, n. 27564).*

*Anche rispetto alla disciplina sanzionatoria dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-ter, d'altra parte, la deroga al principio della retroattività della lex mitior apportata dal legislatore delegato non supera il vaglio positivo di ragionevolezza, per le medesime ragioni già evidenziate a proposito del parallelo illecito di cui all'art. 187-bis.*

*Dal che, per l'appunto, la necessità di dichiarare la illegittimità costituzionale della disciplina transitoria dettata dalla disposizione censurata anche nella parte in cui essa esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche in melius apportate alle sanzioni previste per l'illecito di cui all'art. 187-ter.*

*Omissis.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

**6. Successioni mediata o indiretta: Cass. pen., sez. un., 27 settembre 2007, n. 2451 (sentenza Magera).**

*Omissis.*

*Ritenuto in fatto*

1. *Il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Genova ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza del 20 settembre 2006 con la quale il Tribunale di Genova, all'esito di un giudizio abbreviato, ha assolto il cittadino rumeno Paul Magera, alias Paul Barna, dall'imputazione di ingiustificata permanenza nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanarsene, impartitogli dal questore di Udine, "perché il fatto non sussiste".*

*Omissis.*

2. *La prima sezione penale ha rimesso il ricorso alle Sezioni unite, rilevando che Magera è cittadino rumeno e che in seguito all'ingresso della Romania nell'Unione Europea occorre «porsi il quesito relativo all'applicabilità della disciplina dell'art. 2 c.p.» e «stabilire se risulti ancora punibile una condotta che oggi non costituisce più reato». Come ha ricordato l'ordinanza di remissione, la prima sezione in precedenza, con la sentenza 11 gennaio, 2007, Ferlazzo, nell'esaminare una fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina relativa all'ingresso illegale in Italia di cittadini di uno Stato (la Polonia), successivamente entrato nell'Unione Europea, aveva ritenuto di trovarsi in presenza «di una vicenda successoria di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione della rilevanza penale del fatto». Però secondo l'ordinanza questa decisione si ricollega a un orientamento giurisprudenziale non incontrastato, al quale se ne contrappone un altro che invece riconduce le modificazioni mediate (relative cioè a norme diverse da quella incriminatrice) nell'ambito dell'art. 2 c.p. e riconosce loro un effetto abolitivo della fattispecie che risulta dalla combinazione della norma penale con quella integratrice. L'ordinanza ha rilevato che questo secondo orientamento è stato seguito anche dalle Sezioni unite, con la sentenza 23 maggio 1987, Tuzet, relativa alla qualificazione dell'attività degli istituti di credito, e da altre decisioni della Corte di cassazione che possono ritenersi espressione di «una linea di fondo prevalente nella giurisprudenza di legittimità». Ciò posto, la prima sezione ha chiesto alle Sezioni unite di stabilire «se la sopravvenuta circostanza che dal 1° gennaio 2007 la Romania è entrata a far parte dell'Unione Europea giustifichi l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 2 c.p. e debba, quindi, fare pronunciare l'assoluzione con la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", nel processo a carico di un cittadino rumeno imputato del reato previsto dall'art. 14, comma 5-ter, d. lg. n. 286 del 1998 per l'inosservanza dell'ordine di lasciare il territorio italiano anteriormente emesso dal questore a seguito del decreto prefettizio di espulsione».*

*Considerato in diritto*

*Omissis.*

2. *Come ha ricordato l'ordinanza di remissione, questa Corte ha ritenuto che non potesse trovare applicazione l'art. 2 c.p. in un caso di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di "stranieri" (si trattava di polacchi), divenuti, nel corso del giudizio, cittadini europei, perché, a suo avviso, si era verificata una «vicenda successoria di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione della rilevanza penale del fatto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento normativo di adesione del nuovo paese all'U.E., limitatamente ai casi che possono rientrare nel nuovo provvedimento, senza fare venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso» (Sez. I, 11 gennaio 2007, n. 1815, Ferlazzo, rv. 236028). L'ordinanza ha aggiunto che un orientamento analogo in precedenza era stato espresso da Sez. VI, 16 dicembre 2004, n. 9233/2005, Buglione, rv. 230950, relativa all'applicazione di una*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*misura cautelare personale per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadine lettoni, che dopo l'ingresso in Italia avevano perso la qualità di straniera per l'adesione del loro Paese all'Unione Europea. A questi precedenti, citati nell'ordinanza, si possono aggiungere, nello stesso senso, sempre in tema di favoreggiamento (ma questa volta di rumeni), Sez., I, 8 maggio 2007, n. 22805, Mathe e Sez. I, 15 giugno 2007, n. 29728, Afloarei. Invece Sez. I, 22 novembre 2006, n. 42412, Balota, rv. 235584 ha preso in considerazione il reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d. lg. n. 286/98, in un caso singolare: il Tribunale monocratico di Crotone, con provvedimento del 1° febbraio 2006, aveva negato la convalida dell'arresto di un cittadino rumeno per la violazione dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato rilevando che l'arrestato avrebbe dovuto ritenersi in via analogica cittadino europeo, perché era previsto che il 1° gennaio 2007 la Romania sarebbe entrata a far parte dell'Unione Europea. Il provvedimento è stato annullato in quanto, secondo la Corte di cassazione, il delitto dell'art. 14, comma 5 ter, cit. «si perfeziona con la mera realizzazione della condotta, sicché non rilevano né la previsione di un futuro ingresso dello Stato di appartenenza del cittadino extracomunitario nell'Unione europea, né l'adesione in itinere» del suo Paese d'origine all'Unione. La Corte ha aggiunto che l'arrestato non si sarebbe potuto giovare del regime di cui all'art. 2 c.p. neppure successivamente, perché il perfezionamento dell'adesione avrebbe dato luogo a «una vicenda successiva di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione del contenuto del precetto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento ... senza fare venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso». Inoltre, in vari altri casi la Corte di cassazione ha deciso ricorsi relativi al reato dell'art. 14, comma 5 ter, lg. n. 286/98 senza neppure prospettarsi la possibilità che in seguito alla perdita della qualità di straniero, che l'imputato aveva al momento del fatto, potesse essersi verificata un'abolitio criminis (ved., ad esempio, Sez. I, 27 febbraio 2007, n. 9345, Trandafir; Sez. I, 14 marzo 2007, n. 19096, lordache; Sez. I, 27 marzo 2007, n. 17576, Todeanca). Tenuto conto delle decisioni finora intervenute, deve riconoscersi che, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, sulla punibilità dei reati previsti dagli artt. 12 e 14 d. lg. n. 286/98, relativi a stranieri che successivamente abbiano acquistato la cittadinanza europea, non è ravvisabile alcun contrasto; è vero però che, come ha rilevato l'ordinanza di rimessione, esistono orientamenti difformi sugli effetti che in genere può determinare sul trattamento penale la modificazione di una norma extrapenale (nel senso di norma esterna alla fattispecie penale, che potrebbe anche essere una norma penale, come avviene nel caso di calunnia o di associazione per delinquere), cui quella penale faccia in qualche modo riferimento, e che se si dovesse accogliere l'opinione che questa modificazione si risolve sempre in un fenomeno di successione di leggi penali si dovrebbe concludere che, diversamente da quanto è stato ritenuto dalle ricordate decisioni, l'acquisto della qualità di cittadino europeo fa escludere, a norma dell'art. 2, comma 2, c.p., la punibilità dei reati previsti dal d. lg. n. 286/98, commessi precedentemente.*

*3. In seguito all'entrata in vigore, il 1 gennaio 2007, del Trattato di adesione della Romania all'Unione Europea (l. 9 gennaio 2006, n. 16) ha perso efficacia il decreto di espulsione emesso dal prefetto a norma dell'art. 13 d. lg. n. 286/98, ed è venuto meno l'obbligo per l'imputato di lasciare il territorio dello Stato, in ottemperanza all'ordine impartito a suo tempo dal questore, e correlativamente è cessato il reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d. lg. n. 286/98. Poiché però il reato era già stato commesso c'è da chiedersi se ne permanga, o meno, la punibilità. La risposta deve essere ricercata facendo riferimento ai criteri già affermati in tema di successione di leggi penali da queste Sezioni unite con la sentenza 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano. In quella sentenza le Sezioni unite hanno escluso la possibilità di accogliere la teoria della doppia punibilità in concreto e hanno affermato che per individuare il campo di applicazione del secondo comma dell'art. 2 c.p. non ci si può limitare a considerare se il fatto, punito in base alla legge anteriore, sia punito, o meno, anche in base a quella posteriore. Perciò non può escludersi che un fatto, divenuto non punibile per la legge*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*extrapenale posteriore, rimanga punibile per la legge anteriore, vigente al momento della sua commissione. L'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato. In questo caso ci si trova in presenza di un'abolitio criminis parziale, analoga a quella che si verifica quando è la stessa disposizione penale ad essere modificata con l'esclusione di una porzione di fattispecie che prima ne faceva parte (si pensi ad esempio alle modificazioni subite dal reato di abuso d'ufficio o da quello di false comunicazioni sociali). La successione avvenuta tra norme extrapenali non incide invece sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto. In altre parole, nel caso in esame occorre stabilire se la qualità di appartenenti all'Unione Europea, acquistata dai cittadini della Romania e degli altri Stati che sono di recente entrati a far parte dell'Unione, ha inciso sulla fattispecie dell'art. 14, comma 5 ter, d. l.g. n. 286/98, con effetto retroattivo o ha solo dato luogo a una modificazione della situazione di fatto, che ha reso lecita la loro permanenza in Italia dal momento dell'ingresso dei rispettivi Stati nell'Unione. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite ha prospettato la possibilità che nel caso in esame la punibilità venga esclusa in applicazione del quarto comma dell'art. 2 c.p., anziché del secondo comma dello stesso articolo, con l'opportuno effetto in tal caso di rendere inoperante la vicenda, successiva rispetto alle condanne divenute irrevocabili. Però il quarto comma dell'art. 2 c.p., come si desume dal suo contenuto dispositivo e si ritiene generalmente, riguarda la modificazione delle incriminazioni e non la loro abolizione, riguarda cioè l'ipotesi in cui, in seguito a una successione di leggi penali, il fatto continua a costituire reato ma è trattato in modo diverso, e pone la regola che in tale ipotesi deve applicarsi la disposizione più favorevole, «salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile». Nel caso in esame occorre invece stabilire se l'incriminazione sia stata o meno abolita in seguito alla modificazione della legge extrapenale, e una risposta affermativa non può non comportare anche il superamento delle eventuali sentenze irrevocabili di condanna, di cui, a norma del secondo comma dell'art. 2 c.p., dovrebbero cessare l'esecuzione e gli effetti penali.*

*4. Sulla questione relativa agli effetti della successione di leggi extrapenali in giurisprudenza sono emerse opinioni diverse e i vari casi che si sono presentati sono stati risolti ora muovendo dall'affermazione di principio che l'art. 2, comma 2, c.p. si applica anche rispetto alla successione di leggi extrapenali, ora, invece, dall'affermazione opposta. Se però si considerano attentamente i diversi casi passati al vaglio della giurisprudenza ci si rende conto che per la loro soluzione non ci si può affidare all'affermazione di principio che tutte le modificazioni di dati normativi esterni, implicati dalla fattispecie penale, sono da trattare come un fenomeno di successione di leggi penali o all'affermazione opposta. Anche nella dottrina le opinioni sono diverse e si articolano variamente tra due estremi. Da un lato c'è la tesi di chi ritiene che ogni disposizione che rileva nella descrizione della fattispecie penale finisce, ai fini dell'art. 2 c.p., a connotarsi penalmente e a far assumere rilevanza alle modificazioni che la riguardano; dal lato opposto la tesi di chi invece è convinto che le modificazioni di leggi diverse da quella penale non rilevino se il nucleo penale della fattispecie non cambia. Le modificazioni secondo questa tesi sono assimilabili a quelle relative ai presupposti di fatto e quindi danno origine a una diversità di fatti concreti, rimanendo prive di rilevanza ai fini del secondo comma dell'art. 2 c.p. In mezzo coloro che distinguono tra leggi extrapenali le cui modificazioni sono rilevanti e leggi le cui modificazioni non lo sono, da individuare anche facendo ricorso a criteri valutativi, per riuscire a differenziare i casi in cui la modificazione ha determinato,*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*anche per il passato, il venir meno della lesività del fatto da quelli in cui invece non ha determinato questo effetto. Al primo dei due estremi si colloca una tesi estremamente lineare, la quale dalla premessa che il significato del termine "fatto" nel primo e nel secondo comma dell'art. 2 c.p. deve essere uguale deduce che qualunque modificazione mediata, se da un lato non può avere l'effetto di rendere punibile un fatto che prima non lo era, dall'altro non può non far cessare la punibilità di un fatto che prima lo era. «Se per "fatto" ai fini dell'art. 2, comma 1, c.p. si deve ... assumere il fatto storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice ~ si è detto ~ non si vede perché lo stesso concetto non debba più valere ai fini dell'art. 2, comma 2, c.p.». La tesi è suggestiva, però è dubbio che il "fatto" dell'art. 2, comma 1, c.p. sia quello «storicamente determinato in tutti i suoi aspetti rilevanti», ivi compresi quelli disciplinati dalle norme extrapenali. E' vero che la modificazione di una norma extrapenale non potrebbe dar luogo a un'applicazione retroattiva, ma non sembra che ciò dipenda dal concetto di "fatto" accolto dall'art. 2, comma 1. c.p.p., perché è assai difficile ipotizzare che un fatto divenuto reato per la successiva modificazione di una legge extrapenale possa essere integrato da condotte precedenti, posto che in precedenza potevano esistere, e non sempre, gli elementi di fatto, ma non anche le qualificazioni normative presupposte dalla norma penale. Venendo al caso oggetto di giudizio si immagini una situazione in cui uno Stato cessa di far parte dell'Unione Europea. Il cittadino di questo Stato diviene uno straniero (nel senso precisato dall'art. 1 d.lg. n. 286/98) ma è impossibile ipotizzare che possa essersi verificata in precedenza una condotta riconducibile all'art. 14, comma 5 ter d.lg. n. 286/98 (secondo la sequenza: provvedimento di espulsione del prefetto, impossibilità di eseguire immediatamente l'espulsione e di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, provvedimento del questore e infine violazione) che potrebbe essere resa punibile in mancanza della regola dell'art. 2, comma 1, c.p. Ma alla stessa conclusione deve giungersi nei casi in cui il fatto commesso prima della modificazione potrebbe essere identico a quello che successivamente integrerebbe un reato. Si pensi all'abuso d'ufficio, per la cui integrazione occorre una «violazione di legge o di regolamento», e si pensi a un atto amministrativo adottato in conformità di una legge che successivamente venga modificata. In seguito alla modificazione l'atto non sarebbe più conforme alla legge e c'è da chiedersi, se in mancanza della regola del primo comma dell'art. 2 c.p. (e dell'art. 25, comma 2, Cost.), la precedente condotta del pubblico ufficiale potrebbe diventare punibile come abuso d'ufficio. La risposta dovrebbe essere certamente negativa perché l'atto non è stato adottato in violazione di legge e la successiva modificazione legislativa non può mutare questo dato di fatto. Come è stato esattamente precisato da Sez. I, 15 gennaio 2003, n. 10656, Villani (per escludere che il reato possa venir meno per effetto della modificazione della norma extrapenale) la violazione di legge nella fattispecie dell'art. 323 c.p. costituisce un "requisito di fatto", e il fatto in quanto tale, una volta accaduto, non può subire modificazioni. Perciò non può concludersi che il concetto di "fatto" accolto dal primo comma dell'art. 2 c.p. è necessariamente comprensivo di tutti gli elementi normativi extrapenali e che questo concetto è recepito anche dal secondo comma dello stesso articolo. E' vero che c'è una corrispondenza tra il primo e il secondo comma dell'art. 2 c.p., ma questa corrispondenza si riscontra nei casi in cui, come si vedrà, la legge extrapenale, per il ruolo che svolge nella fattispecie o per sua natura, è in grado di operare retroattivamente. E' in questi casi infatti che l'innovazione, per lo sbarramento del primo comma, non può avere un effetto di incriminazione retroattiva, mentre può avere l'effetto abolitivo previsto dal secondo comma. In realtà l'art. 2 c.p. non offre argomenti per sostenere che, benché nella rubrica si riferisca letteralmente solo alla legge penale, detti delle regole da valere anche per tutte le leggi extrapenali, richiamate in qualche modo dalla disposizione incriminatrice; leggi che possono essere le più varie e possono venire in considerazione anche indirettamente, attraverso una pluralità di rinvii, dalla legge penale a quella extrapenale e da questa ad altre leggi. Ad esempio, come si è visto, per l'integrazione della fattispecie dell'abuso di ufficio l'art. 323 c.p. richiede genericamente la «violazione di norme di legge o di regolamento» e un rinvio*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*di un'ampiezza così smisurata rende arduo sostenere che qualunque modificazione di tali norme, intervenuta dopo la loro violazione, possa costituire una parziale abolitio criminis. Conclusione questa che del resto la giurisprudenza rifiuta decisamente, escludendo che una modificazione del genere abbia rilevanza ai fini dell'art. 2 c.p. (Sez. VI, 15 gennaio 2003, n. 10656, Villani; Sez. II, 2 dicembre 2003, n. 4296, Stellaccio). Di recente il d.lg. 10 agosto 2007, n. 154 ha modificato alcuni articoli della l. n. 286/98 in attuazione della direttiva 2004/114/CE, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, e non sembra sostenibile che la punibilità per la violazione dell'ordine di lasciare lo Stato a suo tempo legittimamente dato dal questore al cittadino di un Paese terzo possa diventare non punibile perché successivamente la legge sopravvenuta ne avrebbe potuto legittimare la sua permanenza nel territorio dello Stato. La fattispecie dell'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286/98 è rimasta immutata e la modificazione intervenuta nella disciplina dei permessi può incidere sulla condizione dello straniero, consentendogli di ottenere un permesso che prima gli era precluso, ma non può far venir meno la punibilità di un fatto già commesso. Diversa a quanto pare dovrebbe essere la conclusione se a cambiare fosse proprio la definizione di straniero contenuta nell'art. 1 d.lg. n. 286/98. Se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale, riconducibile all'art. 2, comma 2, c.p. (Sez. un. 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano). In un caso del genere dall'ambito della precedente fattispecie verrebbe esclusa una sottoclasse, quella relativa ai cittadini dei Paesi candidati all'ingresso nell'Unione Europea, e rispetto a questa sottoclasse si potrebbe parlare di abolitio criminis, come avviene quando in una vicenda di successione di leggi penali una fattispecie più ampia viene sostituita con una più limitata (si pensi alla modificazione del reato di abuso di ufficio o di quello di false comunicazioni sociali, dei quali la giurisprudenza ha avuto occasione di occuparsi ampiamente), facendo venire meno la punibilità dei fatti che, pur integrando precedentemente il reato, non rientrano nella nuova fattispecie. Lo stesso dovrebbe dirsi se dalla più ristretta categoria degli stranieri che devono essere espulsi, individuata dall'art. 13, comma 2, d.lg. n. 286/98, venisse escluso lo straniero che «si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'art. 27, comma 1 bis, o senza aver richiesto il permesso di soggiorno nei termini prescritti», nei cui confronti, in ipotesi, una legge successiva introducesse un regime meno rigoroso di quello stabilito nei confronti dello straniero «entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera». Anche in questo caso verrebbe ad essere modificata la fattispecie dell'art. 14, comma 5 ter, cit. attraverso una ridefinizione della categoria delle persone alle quali è applicabile la normativa sull'espulsione. Al contrario, la cittadinanza dell'uno o dell'altro Stato, membro oppure no dell'Unione Europea, rispetto alla fattispecie 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286/98 non dà luogo a sottoclassi, non designa nell'ambito della categoria una parte con caratteristiche specifiche, ma individua più semplicemente l'appartenenza all'una o all'altra categoria, cioè a quella dei cittadini extracomunitari o dei cittadini comunitari. L'essere rumeno o albanese significa oggi essere o non essere cittadino dell'Unione Europea, perciò, ai fini del reato in questione, l'ingresso di uno Stato nell'Unione, così come in ipotesi la sua esclusione, non dà luogo a una successione di leggi riconducibile all'art. 2, comma 2, c.p., non modifica, sia pure in modo mediato, la fattispecie penale, ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa.*

**5. Come si è visto, nell'ambito della fattispecie penale le norme extrapenali non svolgono tutte la stessa funzione e, nel caso delle norme penali in bianco, possono addirittura costituire il precetto, anche se in questo caso, vista la funzione che svolgono, si parla forse impropriamente di norme extrapenali; perciò occorre operare una distinzione tra le norme integratrici della fattispecie penale e quelle che tali non possono essere considerate. E' una distinzione alla quale si ricorre anche nell'applicazione del terzo comma dell'art. 47 c.p., per decidere se un errore su una legge**

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

*diversa da quella penale escluda o meno la punibilità, e non è questa la sede per stabilire se ai fini dell'art. 2 e dell'art. 47 c.p. la qualificazione di una norma extrapenale debba essere la stessa; qui è sufficiente considerare che nell'art. 47 c.p. il legislatore ha riconosciuto l'esistenza di leggi diverse da quelle penali, alle quali ha ricollegato un diverso trattamento dell'errore, e non è arbitrario pensare che anche agli effetti dell'art. 2 c.p. le leggi diverse da quelle penali possano avere trattamenti diversi. E' da aggiungere che la retroattività, mentre per le norme penali di favore rappresenta la regola (art. 2, commi 2, 3 e 4, c.p.), anche se può subire deroghe (Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393), per le norme diverse da quelle penali costituisce un'eccezione (art. 11 disposizioni sulla legge in generale), sicché una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama. Ad esempio nell'art. 14, comma 5 ter, d.lg. 286/98, come è già stato rilevato, le parole "lo straniero" ben potrebbero essere sostituite con le parole "il cittadino di Stato non appartenente all'Unione Europea e l'apolide" (secondo l'indicazione dell'art. 1 d.lg. n. 286/98), e si verificherebbe certamente una successione di leggi penali se questa definizione cambiasse, escludendo l'apolide o il cittadino di Stati di cui è previsto l'ingresso nell'Unione. Analogamente le parole "minori" o "minorenni", che figurano in numerose disposizioni del codice penale, potrebbero essere sostituite con le parole "persone che non hanno compiuto il diciottesimo anno di età", perciò l'art. 2, comma 1, c.c. sulla maggiore età ben può essere considerato una disposizione integratrice dei precetti penali che si riferiscono a maggiorenni o a minorenni. E tale infatti la giurisprudenza ha considerato la disposizione civilistica quando è stata modificata dall'art. 1 l. 8 marzo 1975, n. 39, che ha ridotto il limite della maggiore età da ventuno a diciotto anni: la vicenda è stata ricondotta nell'ambito dell'art. 2 c.p. ed è stata esclusa la punibilità dei fatti di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.) commessi nei confronti di persone di età. tra i diciotto e i ventuno anni prima che il limite della maggiore età venisse ridotto (Sez. VI, 11 aprile 1975; n. 8940, Centone, rv. 130790; Sez. VI, 29 dicembre 1977, n. 3791, Amato, rv. 138463). In casi come questi si può parlare di modificazioni mediate della norma incriminatrice, da trattare., alla stregua dell'art. 2 c.p., come una successione di norme penali.*

*6. Oltre che rispetto alle norme integratrici di quelle penali, l'art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento ma per l'assetto giuridico che realizzano, come può accadere per le norme penali richiamate dalla norma incriminatrice (e da considerare perciò alla stregua di norme extrapenali, nel senso di norme esterne a quella penale descrittiva del reato). Sotto questo aspetto si può ricordare che una recente decisione ha escluso la configurabilità del reato di associazione per delinquere per l'avvenuta depenalizzazione del reato fine, rilevando, tra l'altro, che «l'abrogatio criminis svuota di contenuto penalmente rilevante le finalità del sodalizio» (Sez. I, 9 marzo, 2005, n. 13382, Screti, rv. 232491). In questo caso l'effetto retroattivo della norma abolitrice del reato ha inciso sulla fattispecie associativa privandola del scopo della, commissione di fatti-reato. Si pensi al caso ancora più semplice di fatti delittuosi successivamente divenuti leciti e addirittura, in ipotesi, apprezzati positivamente (come potrebbe avvenire per delitti collegati a un particolare regime politico, poi abbattuto). Una volta divenuti non punibili questi fatti non ci sarebbe ragione di punire chi si è associato per commetterli, e se fosse intervenuta condanna sia per i delitti scopo sia per quello associativo la revoca non potrebbe certo riguardare solo i primi. L'effetto abolitivo del reato associativo è conseguenza necessaria dell'effetto retroattivo dell'abolizione del reato scopo. Diverso è il caso della calunnia, che secondo la giurisprudenza consolidata rimane insensibile all'abolizione del reato oggetto dell'incolpazione (Sez. VI, 8 aprile 202, n. 14352, Ba.ssetti, rv. 226425; Sez. VI, 2.1 maggio 1999, n. 8827, Zini, rv. 214674; Sez. VI, 21 novembre 1988, n. 12673, Caronna, rv. 180011). Nella calunnia intatti rileva la*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

qualificazione come reato del fatto oggetto dell'incolpazione, nel momento in cui è avvenuta, e non l'assetto giuridico realizzato dalla norma incriminatrice, sicché l'abrogazione di questa non è in grado di incidere sul reato precedentemente commesso. Ciò che conta ai fini della calunnia è l'incolpazione di un innocente, in modo tale che a suo carico possa iniziare un procedimento penale, e, una volta avvenuta l'incolpazione, l'eventuale successiva abolizione del reato addebitato resta priva di effetti. L'abolizione potrebbe anche avvenire quando il procedimento non solo è iniziato ma ha anche gravemente pregiudicato l'incolpato e in un caso del genere la lesione sarebbe evidentemente irretrattabile. Esempio in proposito è il caso giudicato da Sez. 111, 7 aprile 1951, Ottazzi (in Giust. pen., 1951, II, c. 1073). L'imputato, con denuncia presentata alle autorità politiche e di polizia fasciste dell'epoca, aveva incolpato falsamente una persona di appartenere al Comitato di liberazione nazionale e questa era rimasta .incarcerata fino alla liberazione del territorio nazionale. Il fatto che l'appartenenza al Comitato di liberazione nazionale avesse cessato di costituire reato e fosse divenuta titolo di onore non ha impedito alla Cassazione di ritenere ancora punibile la calunnia, perché «la successiva esclusione legislativa del reato incolpato (abolitio criminis) è un posterius del tutto irrilevante, che non elimina l'inganno teso all'amministrazione della giustizia deviata dalle sue funzioni ordinarie mercé la incolpazione di un fatto che all'epoca costituiva reato», s tanto meno elimina il grave danno subito dall'incolpato.

7. L'applicazione dell'art. 2 c.p. rispetto a leggi extrapenali non integratrici del precetto penale e prive di retroattività sarebbe ingiustificata e potrebbe dar luogo a uno sfasamento tra la disciplina extrapenale e quella penale, se per la seconda dovesse valere la regola della retroattività, esclusa invece per la prima. Sfasamento che da Sez. V, 11 maggio 2006, n. 21197, Formaggia, rv. 234113, in un caso particolare, è stato evitato respingendo la tesi che un'avvenuta evasione dell'iva all'importazione fosse divenuta non punibile perché «l'entrata in vigore del Mercato unico europeo a far data dal 1° gennaio 1993 ha l'atto decadere per il commercio intracomunitario tutta la disciplina relativa alle attività di esportazione e importazione». La Corte ha respinto la tesi con l'affermazione che «l'abolizione delle barriere doganali ... non ha fatto venir meno la punibilità delle condotte di contrabbando commesse anteriormente, permanendo comunque il debito derivante dall'obbligazione tributaria già evasa». Insomma, se, nonostante la modificazione normativa, l'imposta, per il passato, continuava ad essere dovuta non poteva non costituire reato la sua evasione. Il cambiamento avvenuto nella normativa extrapenale, modificando il contesto giuridico, ha determinato una diversità del fatto e non della fattispecie: da quando non è più dovuta l'imposta non è più configurabile il reato, ferma però rimanendone la configurabilità fino al momento in cui, invece l'imposta era dovuta. A fondamento della regola della retroattività della norma penale di favore e delle norme extrapenali che la integrano è stato richiamato in dottrina il principio di parità di trattamento, sancito dall'art. 3 Cost., e il richiamo è certamente corretto, con l'avvertenza però che l'art. 3 Cost. riguarda situazioni uguali e legittima, all'opposto, trattamenti diversi quando le situazioni da regolare sono diverse. Generalmente la novazione della norma extrapenale, che non sia retroattiva o meramente ricognitiva di un mutamento già avvenuto, segna il punto di passaggio tra due contesti giuridici (con correlate situazioni di fatto) ≥ che si sono succeduti nel tempo, sicché fare applicazione ai primi del trattamento penale valido per i secondi significherebbe applicare la nuova norma a una situazione diversa da quella alla quale essa si riferisce.

8. Prima di concludere che nella previsione dell'art. 2, comma 3, c.p., oltre alle modificazioni di norme extrapenali integratrici della norma penale, rientrano quelle di altre norme extrapenali, solo se si tratta di norme retroattive, occorre considerare un precedente in senso diverso delle stesse Sezioni unite. Si tratta della sentenza 23 maggio 1987 ~ 16 luglio 1987, Tuzet, nella quale le Sezioni unite, dopo aver premesso che «per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto», hanno riconosciuto effetto retroattivo a una novazione legislativa che aveva fatto venir meno per i dipendenti bancari la qualità di incaricati di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

pubblico servizio, e hanno conseguentemente dichiarato non punibile un reato di peculato commesso precedentemente. Va detto che alle Sezioni unite non era stata sottoposta specificamente la questione relativa alle modifiche mediate della norma penale e che la sentenza non ha approfondito il tema ma si è limitata ad alcune affermazioni di principio, dopo aver riconosciuto che «la giurisprudenza ... in materia di successione di norme integratrici si mantiene oscillante e sembra influenzata nelle opposte soluzioni dalla specificità dei casi». E all'influenza della specificità del caso non si sono sottratte neppure le Sezioni unite. La sentenza Tuzet era chiamata ad affrontare una questione risalente, relativa alla qualificazione dei dipendenti degli istituti di credito, che una precedente sentenza delle Sezioni unite (10 ottobre 1981 ~ 19 novembre 1981, Carfi) aveva risolto riconoscendo loro la qualità di incaricati di pubblico servizio. La soluzione non era rimasta immune da critiche; la questione non si era sopita e ne erano state inutilmente investite anche la Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee. La prima (sent. 1° luglio 1983, n. 205) aveva concluso con un non liquet, in quanto la questione di legittimità costituzionale sollevata coinvolgeva scelte in tema di diritto penale dell'impresa bancaria che spettavano alla discrezionalità del legislatore, mentre la seconda (sent. 7 aprile 1987) aveva dichiarato che «né le disposizioni, né l'obiettivo della direttiva n. 77/780 si oppongono a che sia conferita ai dipendenti degli enti creditizi la qualità di "pubblico ufficiale" o di "persona incaricata di un pubblico servizio" ai fini dell'applicazione del diritto penale di uno Stato membro». Così la questione era ritornata alle Sezioni unite, che con la sentenza Tuzet hanno mutato orientamento, affermando che per effetto della direttiva comunitaria n. 77/780 e delle norme di attuazione (l. 5 marzo 1985, n. 74 e d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350) era cambiata la regolamentazione degli istituti di credito e correlativamente i dipendenti avevano perso la qualità di incaricati di pubblico servizio. La modificazione normativa non aveva però impedito ad altre decisioni della Corte di cassazione (Sez. VI, 13 novembre 1985, Ercolano; Sez. II, 20 marzo 1986, Di Gianni) di ribadire il precedente orientamento, mentre la sentenza Tuzet, come è stato rilevato in dottrina, era giunta a una conclusione diversa operando un «ribaltamento della tesi emersa nella decisione Carfi, attraverso un discreto ma sistematico smantellamento dei principali elementi di prova ... adottati dalle Sezioni unite del 1981 a favore della soluzione "panpublicistica"». Insomma la diversa qualificazione data ai dipendenti bancari dalla sentenza Tuzet, più che di una modificazione normativa, era stato il frutto di una diversa interpretazione, alla quale le Sezioni unite avevano inteso riconoscere valore retroattivo, come avviene normalmente per le operazioni interpretative. Perciò dalla sentenza Tuzet non possono trarsi argomenti decisivi per sostenere che tutte le modifiche mediate della norma penale sono riconducibili all'art. 2, comma 2, c.p., né può condividersi la tesi che, come è stata riconosciuta efficacia retroattiva alla perdita, da parte dei dipendenti bancari, della qualità di persone incaricate di un pubblico servizio, analogamente deve riconoscersi efficacia retroattiva alla perdita, da parte dei cittadini rumeni, della qualità di stranieri. 9. Le norme che hanno modificato lo status dei rumeni, facendoli diventare cittadini dell'Unione Europea, non possono, come si è detto, considerarsi integratrici della norma penale, né possono operare retroattivamente. L'adesione di uno Stato all'Unione Europea non costituisce un dato formale ma giunge al termine di un percorso di non breve periodo che lo Stato candidato è tenuto a compiere sotto il controllo dell'Unione per adeguare le proprie strutture economiche, sociali e ordinamentali ai parametri stabiliti. E l'adesione a sua volta è produttiva di rilevanti effetti, uno dei quali è costituito dalla libertà, per i cittadini dello Stato, di circolare all'interno dell'Unione. Perciò non può ritenersi che i cittadini rumeni, ai fini penali, vadano trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione e che i reati commessi quando essi per il nostro ordinamento erano stranieri siano divenuti non punibili in forza dell'art. 2, comma 2, c.p. La situazione di fatto e di diritto antecedente all'adesione e quella successiva sono diverse e richiedono quindi logicamente trattamenti, anche penali, diversi. Se si dovesse ritenere il contrario, rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione Europea si verificherebbe una situazione paradossale,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

che darebbe luogo a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione. Inoltre, come è stato giustamente rilevato, «la consapevolezza dell'agente che di lì a breve il proprio Stato entrerà nella CE lo indurrebbe a trasgredire senza timore alcuno l'art. 14, comma 5 d.lg. 286 del 1998, confidando poi nella successiva abolitio criminis». E' da aggiungere che esiste una regolamentazione dell'ingresso, del soggiorno in Italia e dell'allontanamento dei cittadini dell'Unione Europea, diversa da quella prevista per gli stranieri e più volte modificata nel tempo (d.P.R. 30 dicembre 1965, n. 1656; d.P.R. 18 gennaio 2002, n. 54; d.lg. 6 febbraio 2007, n. 30 e, da ultimo, d.i. 29 dicembre 2007), e che l'essere in un dato momento cittadino dell'Unione o straniero comporta l'applicazione dell'una o dell'altra normativa. Perciò può ben darsi il caso di una persona soggetta ad espulsione, in quanto straniera, ma che avrebbe anche potuto essere allontanata, ricorrendone le condizioni, se fosse stata cittadino dell'Unione. Ciò significa che alla diversa qualità della persona si collegano due statuti diversi (anche per quanto riguarda il trattamento penale) e che al cambiamento della qualità consegue il cambiamento dello statuto, il quale non può operare retroattivamente. In conclusione deve escludersi che l'adesione della Romania all'Unione Europea abbia determinato l'abolizione del reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286/98, commesso dai cittadini rumeni prima del 1° gennaio 2007, giorno di entrata in vigore del trattato di adesione. E' quindi esclusa l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non è più previsto come reato, e poiché il Tribunale di Genova ha erroneamente ritenuto l'insussistenza del fatto, la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio alla Corte di appello di Genova, perché, a norma dell'art. 569, comma 4, c.p.p., proceda al giudizio di appello.

P.Q.M.

La Corte di cassazione annulla la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di appello di Genova.  
Omissis.

**Nota.** Si riportano di seguito le massime delle altre sentenze delle Sezioni unite in materia di successione mediata riprese nell'articolo di dottrina di G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in Relazione all'incontro di studio su "L'evoluzione nel tempo delle norme penali e processuali"*, organizzato dal C.S.M. a Roma il 7 luglio 2010.

**6.1. Segue: Cass. pen. sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601 (sentenza Niccoli).**

Massima:

Il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex artt. 216 e seguenti R.D. 16 marzo 1942, n. 267 non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell'impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore, sicché le modifiche apportate all'art. 1 R.D. n. 267 del 1942 dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, non esercitano influenza ai sensi dell'art. 2 cod. pen. sui procedimenti penali in corso.

**6.2. Segue: Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468 (sentenza Rizzoli).**

Massima:

In materia di successione di leggi penali, in caso di modifica della norma incriminatrice, per accertare se ricorra o meno "abolitio criminis" è sufficiente procedere al confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, senza la necessità di ricercare conferme della eventuale continuità tra le stesse facendo ricorso ai criteri valutativi dei beni tutelati e delle modalità di offesa, atteso che tale confronto permette in maniera autonoma di verificare se l'intervento legislativo posteriore assuma carattere demolitorio di un elemento costitutivo del fatto tipico, alterando così

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

radicalmente la figura di reato, ovvero, non incidendo sulla struttura della stessa, consenta la sopravvivenza di un eventuale spazio comune alle suddette fattispecie.

**6.3. Abuso di ufficio e successione “mediata” di leggi penali: sugli effettivi retroattivi della modifica della legge extrapenale in tema di appalti c.d. sotto-soglia: Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2024, n. 16659**

Massima

Ai fini della configurabilità del reato di abuso di ufficio, ha efficacia retroattiva l’innalzamento del limite-soglia al di sopra del quale la stipula di un contratto di appalto di servizi deve essere preceduta dall’avvio della procedura ad evidenza pubblica, dovendosi riconoscere all’indicata disposizione natura di norma extrapenale integratrice di quella penale, sicché, per effetto della successione mediata di leggi, viene meno la pregressa rilevanza penale di appalti di servizi di valore eccedente il previgente limite-soglia di euro 40.000,00, ma inferiore a quello successivamente introdotto, pari ad euro 140.000,00».

**Nota.** *Per la parte motivazionale della sentenza, si veda allegato alla presente dispensa.*

## C. Dottrina

**1. G.L. Gatta, Abolito criminis e successione di norme “integratrici” nella recente giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione, in Relazione all’incontro di studio su “L’evoluzione nel tempo delle norme penali e processuali”, organizzato dal C.S.M. a Roma il 7 luglio 2010.**

*Importanti indicazioni per la soluzione dell’annoso e controverso problema dell’abolito criminis come conseguenza della successione di norme “integratrici” (c.d. modifiche mediate) provengono da tre sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione, pronunciate tra il 2007 e il 2009 (sentenze Magera, Niccoli e Rizzoli). Uno sguardo congiunto alle tre sentenze consente di individuare un filo comune, rappresentato dall’adozione del medesimo criterio di accertamento dell’abolito criminis: il ‘criterio strutturale’, già accolto dalle S.U. sul terreno delle c.d. modifiche immediate (sentenza Giordano del 2003). Decisivo è dunque distinguere tra norme integratrici, in grado modificandosi di incidere sulla fattispecie legale astratta, e norme non integratrici, che tale capacità non hanno.*

SOMMARIO: 1. *Abolito criminis* e successione di norme “integratrici”: problema e panorama della casistica giurisprudenziale. – 2. Soluzione del problema in tre recenti pronunce delle Sezioni Unite. – 3. Le sentenze Magera (2007), Niccoli (2008) e Rizzoli (2009). – 4. Il filo comune alle tre sentenze: l’adozione del ‘criterio strutturale’ per l’accertamento dell’*abolito criminis*. – 5. Soluzione, alla luce del ‘criterio strutturale’, dei diversi casi affrontati dalle S.U. – 6. Considerazioni conclusive.

**1. Abolito criminis e successione di norme “integratrici”: problema e panorama della casistica giurisprudenziale.**

Può l’*abolito criminis* essere conseguenza di modifiche di norme diverse dalla norma incriminatrice, in vario modo richiamate a sua (reale o apparente) integrazione? E’ uno degli interrogativi più controversi del diritto penale intertemporale, con il quale la prassi si confronta di frequente in un cospicuo ed eterogeneo numero di casi[1]. Ci si chiede, ad esempio:

a) – **ipotesi di modifica di norme penali richiamate da elementi normativi** –, se sia punibile la *calunnia* qualora il fatto oggetto dell’inculpazione cessi, per legge posteriore, dal costituire reato (è il caso-guida nella giurisprudenza della Cassazione, affrontato già nel Secondo dopoguerra)[2]; il *favoreggiamento*, personale, se il reato favorito viene successivamente

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d’autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

abolito[3]; l'*associazione per delinquere*, se il delitto-scopo viene abolito dopo che l'associazione si è costituita per realizzarlo[4]; la *ricettazione*, se dopo la commissione del fatto viene abolito il delitto presupposto dal quale provengono il denaro o le cose ricettate[5];

**b) – ipotesi di modifica di norme extrapenali richiamate da elementi normativi** –, se sia punibile la *contraffazione di monete*, qualora dopo la commissione del fatto la moneta contraffatta (ad es., la Lira) cessa dall'aver corso legale (in conseguenza dell'introduzione dell'Euro)[6]; la *contraffazione di pubblici sigilli*, in caso di sopravvenuta 'privatizzazione' dell'ente il cui sigillo è stato contraffatto (es., l'ENEL)[7]; il *peculato*, la *concussione*, la *corruzione*, qualora dopo la commissione del fatto venga meno, in capo all'agente, la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio[8]; l'*abuso d'ufficio*, se dopo la commissione del fatto vengono modificate le norme di legge o di regolamento che individuano i doveri d'ufficio[9]; l'*esercizio abusivo della professione*, se sopravviene la modifica delle norme che qualificano come abusivo l'esercizio di una determinata professione[10]; l'*omicidio colposo*, o le *lesioni personali colpose*, qualora dopo la commissione del fatto venga abrogata o modificata la regola cautelare violata dall'agente[11] oppure, in caso di reato omissivo improprio, qualora dopo quel momento venga meno in capo all'agente l'obbligo giuridico di impedire l'evento[12]; la pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale, qualora dopo la commissione del fatto vengano modificate le norme impositive del divieto di pubblicazione degli atti processuali[13]; il *contrabbando*, se dopo la commissione del fatto viene abolito il diritto di confine (ad es., un dazio doganale) che l'agente ha omesso di pagare[14]; i c.d. reati di *assenza dal servizio alle armi*, se dopo la loro commissione sopravviene (come è avvenuto a decorrere dal 1° gennaio 2005) la sospensione del servizio militare obbligatorio[15]; il *favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, se dopo la commissione del fatto lo straniero del quale è stato favorito l'ingresso illegale nel nostro Paese cessa dall'essere extracomunitario, in conseguenza dell'adesione all'UE dello Stato di cui è cittadino (es., la Polonia)[16];

**c) ipotesi di modifica di norme extragiuridiche (o culturali) richiamate da elementi normativi** –, se sono punibili gli *atti osceni* (ad es., la pratica del *topless*), o le *pubblicazioni e gli spettacoli osceni* (es., la pubblicazione di una rivista per adulti o la proiezione in pubblico del film *Ultimo tango a Parigi*), se, dopo la commissione del fatto, un mutamento delle norme etico-sociali che individuano il comune sentimento del pudore ne fa venir meno il carattere osceno[17];

**d) ipotesi di modifica di norme che 'riempiono' il precetto di 'norme penali in bianco'** –, se sono punibili la *produzione, il traffico o la detenzione di sostanze stupefacenti* qualora, dopo la commissione del fatto, un decreto ministeriale escluda dall'elenco delle sostanze stupefacenti la sostanza oggetto di produzione, traffico o detenzione[18];

**e) ipotesi di modifica di norme definitorie** –, se sono punibili i *reati a danno di un «minore»* (es., la circonvenzione di persone incapaci) qualora, come è avvenuto a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, dopo la commissione del fatto muti la definizione legale della «maggiore età» (art. 2 c.c.: non più compimento del ventunesimo anno, bensì del diciottesimo) e la vittima cessa di conseguenza dall'essere un «minore» (perché al momento del fatto, commesso prima di quella riforma, aveva un'età compresa tra i diciotto e i ventuno anni)[19]; i *reati in materia di rifiuti* se, a seguito di una modifica in senso restrittivo della nozione di rifiuto (art. 183 d.lgs. n. 152/2006), l'oggetto materiale della condotta (ad es., di gestione abusiva o traffico illecito) cessa dall'essere un rifiuto[20]; la *bancarotta* se, a seguito della modifica della definizione legale di «piccolo imprenditore» commerciale (art. 1 l. fall.), risulti piccolo imprenditore (e come tale escluso dalla dichiarazione di fallimento) chi non lo era al momento del fatto[21].

## 2. Soluzione del problema in tre recenti pronunce delle Sezioni Unite.

Rispetto a una simile costellazione di casi – e folla di interrogativi – può dirsi, con una certa approssimazione, che la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, tende generalmente

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

ad *escludere l'abolitio criminis* (in tal senso è ad es. da decenni consolidato l'orientamento della S.C. a proposito del caso-guida in tema di calunnia). Non mancano, però, decisioni di segno opposto (ad es., a proposito del caso dell'abolizione del delitto-scopo dell'associazione per delinquere) e si registra, come d'altra parte in dottrina[22], l'*assenza di criteri di soluzione univoci*. Importanti indicazioni – e contributi alla soluzione del problema dell'*abolitio criminis* come conseguenza della successione di norme “integratrici” – provengono da *tre recenti sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, pronunciate tra il 2007 e il 2009, a testimonianza di quanto sia attuale e pressante, nella prassi, l'esigenza di individuare un criterio di soluzione di quel problema. In questa mia breve relazione provvederò dapprima ad illustrare brevemente i tre diversi casi affrontati dalle S.U. e poi, nel dar conto delle rispettive soluzioni ed argomentazioni, a mettere in rilievo i *principi di diritto che trovano affermazione comune nelle tre sentenze* e che, pertanto, si impongono oggi senz'altro all'attenzione dell'interprete.

**3. Le sentenze Magera (2007), Niccoli (2008) e Rizzoli (2009).**

1° caso – Cass. S.U. 27 settembre 2007, Magera[23]: sono punibili i cittadini rumeni espulsi, autori del reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento dallo Stato impartito dal questore (art. 14, co. 5 ter t.u. imm.), se, in un momento successivo alla commissione del fatto, perdono lo status di extracomunitari per effetto dell'adesione della Romania all'U.E.? La questione, rimessa alle S.U. pur in assenza di un contrasto tra le Sezioni semplici, si pone in quanto, ai sensi dell'art. 1, co. 1 t.u. imm., le disposizioni del t.u., ivi compresa l'anzidetta norma incriminatrice, si applicano «ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come *stranieri*». Per effetto del Trattato di adesione della Romania all'UE, i rumeni hanno cessato, a decorrere dal 1° gennaio 2007, di essere extracomunitari e, quindi, possibili autori del reato suddetto. Si è allora verificata una parziale *abolitio criminis*, limitata ai fatti antecedentemente commessi dai cittadini rumeni?[24] La risposta delle S.U., per le ragioni di cui si dirà, è negativa: nessuna *abolitio criminis*.

2° caso – Cass. S.U. 28 febbraio 2008, Niccoli[25]: è punibile la bancarotta (artt. 216, 217, 223 l. fall.) se, dopo la commissione del fatto, mutano i requisiti per l'assoggettabilità dell'impresa al fallimento, cosicché l'imprenditore, in base alla nuova disciplina, non potrebbe più essere dichiarato fallito? La questione – rimessa alle S.U. per l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale interno alla Quinta Sezione[26] – si pone in quanto, come è noto, *autore dei reati di bancarotta può essere solo l'imprenditore soggetto alle disposizioni sul fallimento*. Fino al recente passato, per individuare i soggetti esonerati dal fallimento l'art. 1 l. fall. (nella versione precedente al d.lgs. n. 169/2007) utilizzava la nozione di «piccolo imprenditore»: era piccolo l'imprenditore commerciale che *non* possedeva determinati requisiti dimensionali; e chi era «piccolo imprenditore» non era soggetto al fallimento e, pertanto, non poteva essere autore dei reati di bancarotta. Orbene, con la riforma della legge fallimentare del 2006 (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) sono stati modificati i requisiti per l'attribuzione della qualifica di piccolo imprenditore, nel segno di un *ampliamento del novero dei soggetti esonerati dal fallimento*. Questi sono stati individuati, in particolare, negli esercenti un'attività commerciale, in forma individuale o collettiva, che, alternativamente, non avessero effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a 300.000 euro, ovvero non avessero realizzato ricavi lordi, calcolati sulla media degli ultimi tre anni, per un ammontare complessivo annuo superiore a 200.000 euro. Nel caso affrontato dalle S.U., si è trattato di decidere sulla perdurante rilevanza penale di fatti di bancarotta semplice documentale commessi da imprenditore che, in considerazione dell'ammontare dei ricavi e degli investimenti nel periodo di riferimento, possedeva all'epoca del fatto i requisiti dimensionali previsti dalla *nuova* nozione di «piccolo imprenditore», in base alla quale pertanto *non* potrebbe più essere dichiarato fallito. Si è verificata allora una parziale *abolitio criminis*, limitata ai fatti commessi dagli imprenditori che in base alla nuova disciplina extrapenale

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

non potrebbero più essere dichiarati falliti? La risposta delle Sezioni Unite, per le ragioni di cui si dirà, è anche in questo caso negativa: nessuna *abolitio criminis*.

3° caso – Cass. S.U. 26 febbraio 2009, Rizzoli[27]: *è punibile la bancarotta fraudolenta impropria commessa nella gestione di una società ammessa all'amministrazione controllata (art. 236, co. 2, n. 1 l. fall.) se, dopo la commissione del fatto, detta procedura concorsuale viene abolita, come è avvenuto in occasione della già citata riforma della legge fallimentare del 2006?* Il quesito – rimesso alle S.U. per prevenire l'insorgere di un possibile contrasto giurisprudenziale – si pone in quanto l'art. 236, co. 2, n. 1 l. fall. estende le norme incriminatrici della bancarotta impropria, fraudolenta e semplice, all'amministrazione controllata e al concordato preventivo; procedure che risultano parificate al fallimento, agli effetti della repressione dei reati sia pre-concorsuali sia post-concorsuali. Abolita l'amministrazione controllata, l'anzidetta norma incriminatrice si riferisce oggi al solo concordato preventivo (procedura sensibilmente rinnovata dalla legge fallimentare, ma non abolita). Orbene: *può dirsi che l'abolizione dell'amministrazione controllata abbia comportato l'abolitio criminis della bancarotta connessa a tale procedura concorsuale, con conseguente revoca ex art. 673 c.p.p. delle sentenze di condanna passate in giudicato?* A differenza dei due casi precedenti, la risposta delle S.U., per le ragioni di cui si appresso si dirà, è affermativa, e ha portato alla revoca della sentenza di condanna.

**4. Il filo comune alle tre sentenze: l'adozione del 'criterio strutturale' per l'accertamento dell'abolitio criminis.**

Uno sguardo congiunto alle motivazioni delle tre sentenze delle Sezioni Unite consente di individuare, al di là delle diverse soluzioni, *un filo comune*, rappresentato dall'adozione del *medesimo criterio per l'accertamento dell'abolitio criminis*, ora negata (sentenze Magera e Niccoli), ora affermata (sentenza Rizzoli). E' il c.d. *criterio strutturale*: l'*abolitio criminis*, che comporta la perdita di rilevanza penale del fatto, consegue sempre a una *modifica della fattispecie legale astratta*, che rappresenta, come si legge nella sentenza **Rizzoli**, “non solo strumento di *selezione* dei fatti penalmente rilevanti, ma anche strumento di *de-selezione* dei fatti stessi”[28]. L'adozione del criterio 'strutturale' per la soluzione dei problemi di *abolitio criminis* in caso di successione di norme “integratrici” rappresenta, nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, una novità. La sentenza Tuzet – la prima in ordine di tempo delle S.U. sulla questione in esame –, si era infatti espressa alla fine degli anni ottanta a favore del criterio del 'fatto concreto' (o della doppia punibilità in concreto)[29], allorché aveva escluso la punibilità del peculato dell'operatore bancario per i fatti commessi prima che venisse meno, in capo a quel soggetto, la qualifica di incaricato di pubblico servizio: “la formulazione letterale del 2° comma dell'art. 2 è abbastanza chiara nell'escludere la punibilità per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce più reato. E per quanti bizantinismi si vogliono fare, non si potrà mai contestare che il fatto ascritto [all'imputato], se commesso oggi, non costituirebbe reato”.

E' un criterio, patrocinato da autorevole dottrina[30], che tuttavia – si tratta di una novità – non è oggi più accolto dalle S.U. Ribadendo un principio già espresso nella nota sentenza Giordano del 2003[31] – relativa ai problemi di diritto intertemporale conseguenti alla riforma del falso in bilancio e della bancarotta impropria da reato societario, ad opera del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 –, le S.U. affermano oggi che per accertare l'*abolitio criminis* l'interprete deve procedere al “*confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, quella precedente e quella successiva all'intervento del legislatore*”[32].

Il *criterio 'strutturale'*, affermatosi a partire dalla sentenza Giordano sul terreno delle c.d. modifiche immediate (quelle, cioè, che incidono *direttamente* sul testo della norma incriminatrice), ha finito dunque per imporsi, nella giurisprudenza delle S.U., come criterio di accertamento dell'*abolitio criminis anche nell'ipotesi delle c.d. modifiche mediate*[33]. Esplicita in tal senso è la sentenza **Magera**, secondo cui la risposta al quesito posto dal primo dei casi

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

suesposti (effetti penali dell'adesione all'UE della Romania) “deve essere ricercata facendo riferimento ai criteri già affermati in tema di successione di leggi penali da queste Sezioni Unite con la sentenza 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano. In quella sentenza le Sezioni Unite hanno escluso la possibilità di accogliere la teoria della doppia punibilità in concreto e hanno affermato che per individuare il campo di applicazione del secondo comma dell'art. 2 c.p. non ci si può limitare a considerare se il fatto, punito in base alla legge anteriore, sia punito, o meno, in base a quella posteriore [...]. *L'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato [...]. La successione avvenuta tra norme extrapenali non incide invece sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto*”[34]. Sono principi che vengono d'altra parte ribaditi nella sentenza **Niccoli** nella quale, dopo aver richiamato espressamente le sentenze Giordano e Magera, si afferma testualmente che per accertare l'*abolitio criminis* “*occorre verificare se la norma extrapenale incida su un elemento della fattispecie astratta, non essendo di per sé rilevante una mutata situazione di fatto che da quella norma derivi*”[35].

Quando però può dirsi che la modifica di una norma ‘extrapenale’ *incide sulla fattispecie legale astratta* e, pertanto, è in grado di comportare *abolitio criminis*? Una chiara risposta a questo *cruciale* interrogativo si legge nella sentenza **Magera**: “*nell'ambito della fattispecie penale le norme extrapenali non svolgono tutte la stessa funzione [...]; occorre operare una distinzione tra le norme integratrici della fattispecie penale e quelle che tali non possono essere considerate. [...] una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo, solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama*”, ovvero, come nel caso delle *norme penali in bianco*, se costituisce addirittura il precetto[36].

Nel percorrere la via della distinzione tra norme integratrici e norme non integratrici, un passaggio centrale della motivazione della sentenza **Magera** sottolinea peraltro opportunamente come si tratti di *distinzione possibile e imposta dalla legge*: “*è una distinzione alla quale si ricorre anche nell'applicazione del terzo comma dell'art. 47 c.p., per decidere se un errore su una legge diversa da quella penale escluda o meno la punibilità, e non è questa la sede per stabilire se ai fini dell'art. 2 e dell'art. 47 c.p. la qualificazione di una norma extrapenale debba essere la stessa*”[37]; *qui è sufficiente considerare che nell'art. 47 c.p. il legislatore ha riconosciuto l'esistenza di leggi diverse da quelle penali, alle quali ha ricollegato un diverso trattamento dell'errore, e non è arbitrario pensare che anche agli effetti dell'art. 2 c.p. le leggi diverse da quelle penali possano avere trattamenti diversi*”.

##### **5. Soluzione, alla luce del ‘criterio strutturale’, dei diversi casi affrontati dalle S.U.**

In applicazione dei principi di diritto sopra esposti, le sentenze **Magera** e **Niccoli** hanno negato l'*abolitio criminis*, nei casi rispettivamente affrontati, dopo aver escluso che le norme extrapenali venute in rilievo possano essere qualificate come norme *integratrici*, capaci, modificandosi, di incidere *sulla fisionomia della fattispecie penale*.

a) Secondo la sentenza **Magera**, l'ingresso di uno Stato nell'UE, così come in ipotesi la sua esclusione, “non modifica, sia pure in modo mediato, la fattispecie penale [di cui all'art. 14, co.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

5 ter t.u. imm.], ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa[38]. Si realizzerebbe una modifica della fattispecie legale, e conseguentemente una parziale *abolitio criminis*, se il legislatore modificasse la norma, essa sì integratrice, che definendo il concetto di «straniero» individua il soggetto attivo del reato di cui si tratta: “se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all’Unione [ovvero l’apolide] sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell’abolizione parziale, riconducibile all’art. 2, comma 2 c.p. (Sez. Un. 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano). In un caso del genere dall’ambito della precedente fattispecie verrebbe esclusa una sottoclasse, quella relativa ai cittadini di Paesi candidati all’ingresso nell’Unione europea [o agli apolidi] e rispetto a questa sottoclasse si potrebbe parlare di *abolitio criminis*, come avviene quando in una vicenda di successione di leggi penali una fattispecie più ampia viene sostituita con una più limitata [...], facendo venire meno la punibilità dei fatti che, pur integrando precedentemente il reato, non rientrano nella nuova fattispecie”[39].

**b)** Secondo la sentenza **Niccoli**, la modifica dei requisiti perché l'imprenditore sia assoggettabile al fallimento non incide sulla fattispecie di bancarotta: “*i nuovi contenuti dell’art. 1 l. fall. non incidono su un dato strutturale del paradigma della bancarotta (semplice o fraudolenta)*, ma sulle condizioni di fatto per la dichiarazione di fallimento, sicché non possono dirsi norme extrapenali che interferiscono sulla fattispecie penale”[40]. Secondo le S.U., infatti, “nella struttura dei reati di bancarotta la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di provvedimento giurisdizionale, e non per i fatti con essa accertati”: ciò che rileva è l’esistenza di una sentenza dichiarativa di fallimento, a prescindere dalle condizioni di fatto normativamente richieste per la dichiarazione di fallimento. Se muta la definizione dei presupposti perché un provvedimento giurisdizionale richiamato dalla fattispecie penale possa essere adottato, non può dirsi che le norme sopravvenute incidano *sulla struttura* del reato. Questa infatti continua pur sempre a richiedere, quale elemento costitutivo del fatto, l’esistenza di una sentenza dichiarativa di fallimento che, una volta intervenuta e passata in giudicato, è un dato di fatto non modificabile. Non solo, abbandonando il più recente orientamento di legittimità sul punto, le S.U. giungono ad affermare – e finiscono per porre al centro della motivazione della loro sentenza – *l’insindacabilità da parte del giudice penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, che vincolerebbe il giudice penale quale elemento della fattispecie, e non quale questione pregiudiziale: “quando elemento della fattispecie è una sentenza, il giudice penale non è abilitato a compiere alcuna valutazione, neppure incidentale, sulla legittimità di essa, perché le sentenze, a prescindere dalla loro definitività, hanno un valore *erga omnes* che può essere messo in discussione solo in via principale, con i rimedi previsti dall’ordinamento per gli errori giudiziari (e cioè con i mezzi ordinari o straordinari di impugnazione previsti dalla disciplina processuale)”[41]. Il tempo a disposizione non consente di soffermarci criticamente sulla sentenza Niccoli: non può però farsi a meno di far notare come se le S.U. avessero riconosciuto, come noi riteniamo[42], che l’art. 1 l. fall. contiene una *norma definitoria* del concetto di ‘imprenditore fallito’, soggetto attivo della bancarotta, avrebbero dovuto affermare, per coerenza con il criterio strutturale e con quanto affermato dalla richiamata sentenza Magera, che la modifica di quella definizione (cioè dei presupposti per l’assoggettabilità dell’imprenditore al fallimento) incide sulla fattispecie legale, ed è, almeno in via di principio, in grado di comportare *abolitio criminis* allorché, come nel caso di specie, amplia il novero degli imprenditori esonerati dal fallimento. Senonché le S.U., come emerge dalla motivazione della sentenza, avrebbero comunque negato l’*abolitio criminis*[43]: “ove anche si fosse potuta assumere una incidenza nelle fattispecie di bancarotta delle modifiche recate all’art. 1 l. fall.” l’*abolitio criminis* dovrebbe escludersi in applicazione della disciplina transitoria prevista dalla riforma della legge fallimentare (art. 150 d.lgs. n. 5/2006), che opererebbe in deroga all’art. 2 c.p., e ai sensi della quale « i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d’autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

depositate prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore»[44].

c) Quanto infine alla sentenza **Rizzoli**, che al contrario delle sentenze Magera e Niccoli ha affermato l'*abolitio criminis*, va messo in rilievo quel che le S.U. hanno correttamente osservato in via preliminare e, cioè, che nel caso sottoposto al loro esame, contrariamente a quanto prospettato dall'ordinanza di rimessione della Prima Sezione[45] non si trattava di un'ipotesi di modifica 'mediata' legge penale, bensì di un caso di modifica 'immediata' della stessa. Ciò in quanto la riforma della legge fallimentare "non si è limitata a intervenire sulla normativa 'esterna' relativa [all'istituto dell'amministrazione controllata], ma ha eliminato ogni riferimento a questo presente nella disposizione incriminatrice, risultata, quindi, amputata di un suo elemento strutturale". E proprio in ragione di tale modifica strutturale della fattispecie legale astratta le S.U. hanno riconosciuto l'*abolitio criminis* della bancarotta antecedentemente commessa in società ammesse all'amministrazione controllata.

A ben vedere – lo notiamo incidentalmente – il caso affrontato dalla sentenza Rizzoli offre lo spunto per sottolineare una distinzione spesso in ombra: un conto è la modifica (nel caso di specie la soppressione) di un elemento normativo della fattispecie penale (il termine «amministrazione controllata», nel testo dell'art. 236 l. fall.), che è modifica 'immediata' della fattispecie stessa, atteso che gli elementi normativi "partecipano alla descrizione della fattispecie legale"; altro è la modifica delle norme richiamate dall'elemento normativo (ad es., della disciplina dell'amministrazione controllata, piuttosto che del fallimento o del concordato preventivo), che è modifica 'mediata', incapace di incidere sulla struttura della fattispecie legale e pertanto di comportare *abolitio criminis*[46].

#### 6. Considerazioni conclusive.

Nonostante l'ultima giurisprudenza delle Sezioni Unite fornisca all'interprete chiare indicazioni in merito al criterio di accertamento dell'*abolitio criminis* in caso di successione di norme "integratrici", è ragionevole ritenere che la prassi continuerà a conoscere soluzioni non univoche. Da un lato, perché il criterio 'strutturale', come d'altra parte ogni altro criterio ad esso alternativo, è sempre passibile di un'errata applicazione: lo dimostra, a noi pare, il caso affrontato dalla sentenza Niccoli, dove ci sembra – lo ribadiamo – che la Cassazione non abbia riconosciuto che la riforma dell'art. 1 l. fall. ha comportato una modifica della norma che definisce il concetto di 'imprenditore fallito', soggetto attivo della bancarotta, e, quindi, di una vera e propria norma *integratrice*, partecipe della struttura della fattispecie penale.

Dall'altro lato, non va taciuto che nella stessa giurisprudenza delle S.U. – e in particolare nella sentenza Magera – si individua, in un ampio *obiter dictum*[47], un criterio di accertamento dell'*abolitio criminis* ulteriore e diverso da quello strutturale, i cui contorni però non ci sembrano altrettanto chiari. Si legge nella sentenza Magera: "Oltre che rispetto alle norme integratrici di quelle penali, l'art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento, ma per l'assetto giuridico che realizzano, come può accadere per le norme penali richiamate dalla norma incriminatrice (e da considerare perciò alla stregua di norme extrapenali, nel senso di norme esterne a quella penale descrittiva del reato)". Non è chiaro, però, quando possa dirsi che la norma richiamata "rileva solo per la qualificazione di un elemento" della fattispecie – sicché modificandosi non può comportare *abolitio criminis* – e quando invece "rileva per l'assetto giuridico che realizza" – sicché, al contrario, modificandosi può comportare *abolitio criminis*. Secondo la sentenza Magera, la prima ipotesi si realizzerebbe nel caso dell'abolizione del delitto oggetto di falsa incolpazione nella *calunnia*: "nella calunnia, infatti, rileva la qualificazione come reato del fatto oggetto dell'incolpazione, nel momento in cui è avvenuta, e non l'assetto giuridico realizzato dalla norma incriminatrice, sicché

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

LEZIONE DEL 16 NOVEMBRE 2024

l'abrogazione di questa non è in grado di incidere sul reato precedentemente commesso". Non altrettanto potrebbe dirsi rispetto alla seconda ipotesi, alla quale la sentenza Magera riconduce il caso dell'abolizione del delitto-scopo dell'*associazione per delinquere*, confermando così una sentenza della Prima Sezione che, nel 2005, ha affermato l'*abolitio criminis* dell'associazione per delinquere, a fronte della depenalizzazione del delitto-scopo (la sofisticazione vinicola)[48]. In questo caso, secondo la sentenza Magera, "l'effetto retroattivo della norma abolitrice del reato ha inciso sulla fattispecie associativa privandola dello scopo della commissione di fatti-reato [...]. L'effetto abolitivo del reato associativo è conseguenza necessaria dell'effetto retroattivo dell'abolizione del reato scopo".

Senonché, a nostro avviso, contrariamente a quanto anche autorevole dottrina sostiene[49], l'*abolitio criminis* deve essere esclusa *tanto* nel caso dell'abolizione del reato oggetto d'inculpazione nella calunnia, quanto in quello dell'abolizione del delitto-scopo dell'associazione per delinquere[50]. Si tratta infatti di due *casi strutturalmente identici*, implicanti la modifica di norme penali richiamate da elementi normativi della fattispecie (i termini «reato», nell'art. 368 c.p., e «delitti», nell'art. 416 c.p.). In entrambi i casi si realizza una successione di norme *non integratrici*— tali sono immancabilmente le norme richiamate dagli elementi normativi[51] —: le rispettive fisionomie della calunnia (incolpare taluno falsamente di un reato, quale che sia) e dell'associazione per delinquere (associarsi allo scopo di commettere più delitti, quali che siano) restano immutate, così come d'altra parte rimangono *irreversibili le offese ormai recate ai beni giuridici tutelati* (amministrazione della giustizia, onore e libertà personale dell'innocente, nel caso della calunnia; ordine pubblico, nel caso dell'associazione per delinquere).

**2. F. Palazzo, R. Bartoli, Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività, in Sistema penale, 2024.**

**Nota.** *Si veda allegato alla presente dispensa.*