

# La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del “caso Scoppola” e dei casi analoghi\*

Una critica delle pronunce Cassazione Penale, Sezioni Unite, 34233/12 e 34472/12

*Worauf es deswegen bei dem Studium der Wissenschaft ankommt, ist die Anstrengung des Begriffs auf sich zu nehmen\*\*.*  
(G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, 1807, Vorrede, Abs. 58)

## Sommario

0. PREMESSA. – 1. PERIODI NORMATIVI. – 2. QUESTIONI EMERSE E SOLUZIONI PROPOSTE. – 3. RILIEVI CRITICI.

## 0 PREMESSA

In tutta sincerità, dobbiamo essere grati a Francesco Viganò per aver istituito con grande sacrificio e in breve tempo uno spazio di confronto così fecondo e stimolante come DPC. A questo generale motivo di gratitudine, nel mio caso, se ne aggiungono molti altri: gli sono particolarmente grato non solo perché, illustrando con acume e sensibilità i problemi di diritto intertemporale sollevati dal celeberrimo “caso Scoppola” e dai casi ad esso analoghi, in un confronto serrato con un interlocutore puntuale come Giacchino Romeo<sup>1</sup>, mi ha spinto a riflettere su aspetti che, altrimenti, avrei di certo trascurato; ma anche perché ha accettato, con la sua abituale amicizia, la mia proposta di pubblicare le seguenti riflessioni, sebbene gli avessi anticipato che, su alcune questioni, ero giunto a conclusioni in parte diverse dalla sue. E ciò mi sembra costituire il segno autentico, tutt'altro che comune o scontato, di un desiderio vivo di promozione del progresso scientifico.

Il dibattito cui ho fatto cenno mi esonererà dal ricostruire nei minimi dettagli il “caso Scoppola” e i casi analoghi (in particolare quelli oggetto delle pronunce indicate nel sottotitolo). D'altro canto, per affrontare l'insieme delle complesse questioni di diritto intertemporale che vi si collegano, mi avvarrò di una “linea di tempo”, sulla quale indicherò le tappe principali della sottostante evoluzione normativa. Ciò consentirà di delimitare alcuni periodi e di distribuire all'interno di essi gli eventi salienti dei casi in esame, in modo da coglierne sinotticamente gli aspetti di identità e di differenza rilevanti ai nostri fini.

\*. Desidero ringraziare con affetto Ombretta Di Giovine, Andreana Esposito e Gianluca Gentile per aver letto la penultima versione di questo scritto e per avermi spinto, con le loro acute osservazioni, a sviluppare temi e argomenti che avevo lasciato sotto traccia.

\*\*.

1. Sul punto, si rinvia ai seguenti contributi: F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012; ID., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2012; ID., *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui “fratelli minori” di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *Dir. pen. cont.*, 10 settembre 2012; ID., *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 12 settembre 2012; G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2012; ID., *Le Sezioni unite sull'applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2012.

Con tale ausilio grafico, mi propongo di mostrare soprattutto come l'inquadramento giuridico di questi casi offerto da Francesco Viganò e, sulla sua scia, dalle due pronunce indicate nel sottotitolo, da un lato, non coincida integralmente con quello ricavabile dalla sentenza della Corte EDU che pure ne costituisce il fondamento dichiarato; dall'altro e in correlazione a ciò, finisca per far valere soluzioni di diritto transitorio diverse da quelle giustificabili sulla base di quest'ultima, tanto da render meritevoli di riesame gli esiti così raggiunti.

## 1 PERIODI NORMATIVI

Per cogliere le analogie dei casi in esame, a partire dal "caso Scoppola", seguirò il seguente percorso. Innanzitutto, fisserò lungo una linea del tempo, contrassegnandole con apposite lettere, le *principali tappe* evolutive della relativa *disciplina legale*. In secondo luogo, rileverò che tappe di questo tipo consentono di delimitare *periodi normativi* di tre specie. Inoltre, mostrerò come l'*estensione* di siffatte delimitazioni dipenda *in concreto* dal regime di diritto intertemporale di volta in volta operante. A tale stregua, delimiterrò, infine, i periodi normativi coinvolgenti i *casi in esame*, così da *caratterizzare* questi ultimi a seconda dei periodi in cui sono caduti i principali atti che li compongono.

### 1.1

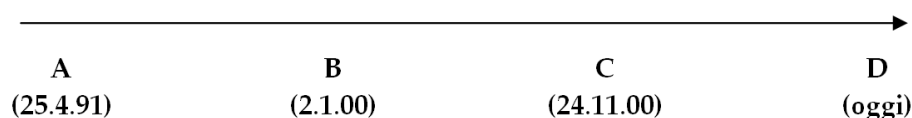
Ciò posto, le principali tappe evolutive della disciplina legale dei casi in esame coincidono con le seguenti date:

A) 25.4.1991, data (del giorno successivo a quello di pubblicazione in G.U., e dunque) di efficacia della sent. Corte cost. 176/91, dichiarativa dell'incostituzionalità per eccesso di delega dell'art. 442 co.2 c.p.p., nella parte in cui (ult. per.), per il caso di condanna in sede di giudizio abbreviato, prevedeva la sostituzione della pena dell'ergastolo con la pena della reclusione di anni trenta;

B) 2.1.2000, data di (compimento della prevista *vacatio* quindicinale, e dunque di) efficacia della l. n. 479 del 16.12.1999, il cui art. 30 lett. b) riformulava l'art. 442 co.2 c.p.p. in termini corrispondenti a quelli della versione originaria del c.p.p., e dunque reintroduceva la possibilità di sostituzione prevista prima della sent. indicata *sub A*);

C) 24.11.2000, data di (pubblicazione in G.U., nonché, per sua stessa previsione, di) efficacia del d.l. n. 341 (poi convertito in l. n. 4 del 19.1.2001), il quale, da un lato, dichiarando di operare in sede di interpretazione autentica, ha stabilito che la portata dell'espressione "pena dell'ergastolo", contenuta nell'art. 442 co.2 ult. per. c.p.p., andasse intesa limitatamente all'ergastolo senza isolamento diurno (art. 7 co.1); dall'altro, ha aggiunto un ulteriore periodo alla fine dello stesso art. 442 co.2 c.p.p., secondo il quale la pena dell'ergastolo *con* isolamento diurno, nei casi di concorso di reati o di reato continuato, dev'essere sostituita con la pena dell'ergastolo *senza* isolamento diurno (art. 7 co.2);

D) oggi, fino a un'eventuale nuova modifica dell'art. 442 co.2 c.p.p.  
Su queste basi, è possibile finalmente tracciare la seguente linea del tempo:



### 1.2

Le tappe così fissate, a loro volta, consentono di isolare alcuni *periodi normativi*, ossia intervalli di tempo in cui si realizzano certi modi di essere delle norme. Sotto tale profilo, è necessario introdurre una fondamentale distinzione concettuale. Rielaborando

e sviluppando una geniale intuizione di Eugenio Bulygin<sup>2</sup>, propongo di distinguere tre tipi di periodo normativo, di cui per il momento esporrò ora soltanto i criteri *legali* di delimitazione:

I) “*periodo di vigenza*”. È la durata dell’esistenza giuridica di una o più norme determinate, cioè della loro appartenenza a un certo ordinamento storico. Essa *inizia* con l’emanazione della fonte di tali norme e *cessa* con la loro abrogazione (diretta o indiretta). Delle tre in esame, questa è l’unica forma di delimitazione che dipende interamente, non già da precise previsioni legali, bensì dai principi logici di individuazione degli ordinamenti giuridici;

II) “*periodo di applicabilità*”. È il lasso di tempo in cui una o più norme determinate possono essere utilizzate come base per una decisione giuridica. *In generale*, esso *comincia* al momento di origine dell’efficacia indicato dalla loro fonte (pubblicazione o compimento della *vacatio legis*), e *termina* al momento della loro abrogazione. *In diritto penale*, invece, esso si estende *talvolta oltre* questo momento, se opera la regola, come ogni altra derogabile, dell’ultrattività della *lex (lato sensu)*<sup>3</sup> *mitior ex art. 2 co.1 o 4 c.p.*;

III) “*periodo di disciplina*”. È lo spazio cronologico di possibile realizzazione dei fatti che una o più norme determinate stanno a regolare. *In generale*, la relativa estensione *decorre* dal momento di origine della loro efficacia (art. 11 disp. prel. c.c.), ma può anche *correre all’indietro* se la fonte di tali norme ne prevede l’efficacia retroattiva. Lo stesso vale nel *diritto penale*, dove però l’*efficacia retroattiva*, da un lato, se riguarda una *lex (lato sensu)*<sup>4</sup> *gravior*, costituisce deroga al divieto espresso dall’art. 2 co.1 o 4 c.p., dall’altro, vale anche nel caso di *lex (lato sensu)*<sup>5</sup> *mitior*, secondo le previsioni dell’art. 2 co.2-4 c.p. L’estensione dello spazio in esame *finisce in ogni caso* con l’abrogazione delle norme in questione, oltre la quale non può andare, dato che l’abrogazione esaurisce la funzione regolativa.

Che i tre periodi non coincidano necessariamente, non solo vale per definizione, ma trova anche riscontro nella nostra esperienza di giuristi. Così, da un lato, sappiamo che il periodo di vigenza di alcune norme non coincide col loro periodo di applicabilità (es.: norma già esistente ma non ancora applicabile, durante la *vacatio* della legge da cui promana; norma abrogata ma ancora applicabile, in base alla regola dell’ultrattività della *lex mitior ex art. 2 co.4 c.p.*); dall’altro lato, sappiamo che il periodo di vigenza o il periodo di applicabilità di alcune norme talvolta non coincide col loro periodo di disciplina (es.: norma valevole per fatti commessi prima della promulgazione o, rispettivamente, dell’efficacia della legge da cui promana, in base al principio di retroattività della *lex mitior, ex art. 2 co.4 c.p.*).

Ciò non toglie, peraltro, che possa darsi e talvolta si dia di fatto una completa coincidenza tra i tre periodi (es.: norma efficace il giorno stesso della promulgazione della legge da cui promana, non valevole per fatti commessi prima di tale momento, in base al divieto di retroattività della *lex gravior ex art. 2 co.4 c.p.*)<sup>6</sup>.

Il quadro teorico si completa rilevando che la *norma di decisione* del caso concreto (che può anche risultare illegittima) va comunque individuata sulla base di un principio che combina gli aspetti indicati *sub* II) e III). In questo senso, norma di decisione è quella che, secondo il regime della successione di leggi di volta in volta operante (generale,

---

2. Si tratta di “rielaborazione” e “sviluppo” perché Bulygin, perseguendo fini diversi da quelli attuali (i.e.: disvelamento della plurivocità della nozione teorico-giuridica di “validità”), distingue solo i primi due periodi, peraltro definendoli in termini non perfettamente coincidenti con quelli qui proposti: cfr. BULYGIN, *Tempo e validità* (1981), in *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, p. 65 ss. Sulle nozioni-chiave di tale teoria, v. le nitide analisi di P. COMANDUCCI, *Alcuni problemi concettuali relativi alla applicazione del diritto. La teoria della norma*, in “D&Q”, 10, 2010, e G. PINO, *L’applicabilità delle norme giuridiche*, *ibidem*, 11, 2011.

3. Sul punto, cfr. *infra*, nt. 14.

4. Sul punto, cfr. *ibidem*.

5. Sul punto, cfr. *ibidem*.

6. I costanti riferimenti all’art. 2 co.4 c.p. non sono casuali, ma sono volti a evidenziare un dato talvolta trascurato: la complessità normativa di tale disposizione, capace di esprimere con un’unica formulazione una pluralità di regole. Sul punto, v. *amplius sub* 1.3.

penalistico e/o derogatorio di quest'ultimo), è applicabile al momento della decisione del caso e, al contempo, sta a disciplinarlo.

## 1.3

Ogniquale volta ricorre una successione di leggi nel tempo, i relativi periodi normativi possono essere dunque delimitati in tre modi distinti eppure reciprocamente correlati. Si può infatti tener conto delle prescrizioni sulla successione di leggi in generale, delle regole che le sostituiscono in ambito penalistico e/o delle deroghe apportate a tali regole da una delle leggi in successione. Ciascuna di queste delimitazioni, d'altro canto, svolge un ruolo ben preciso, che la collega alle altre. La prima costituisce la base per comprendere le dilatazioni di periodo normativo che si dovrebbero realizzare in conformità alla seconda, mentre la seconda costituisce la base per individuare le patologie che si producono nell'attuazione della terza.

Si tratta ora di illustrare i criteri-guida di questi tre tipi di delimitazione, con particolare riguardo alla vicenda successoria che interessa in questa sede. Essa ha ad oggetto la disciplina della pena irrogabile in sostituzione per reati punibili con l'ergastolo, nel caso di condanna all'esito di giudizio abbreviato (art. 442 co.2 c.p.p.). I problemi che ne sono derivati coinvolgono soltanto l'estensione dei periodi di applicabilità e/o di disciplina delle norme in successione. È per questo che mi concentrerò sui criteri di delimitazione di tali periodi nell'ambito della successione di leggi penali modificative.

### 1.3.1

Innanzitutto, è possibile operare una delimitazione secondo le regole della successione di leggi in generale.

Qui si dà perfetta coincidenza tra periodi di applicabilità e periodi di disciplina: ciascuna delle norme in successione sta a disciplinare solo i, ed è applicabile solo ai, fatti commessi tra l'inizio della sua efficacia e la sua eventuale abrogazione.

### 1.3.2

In secondo luogo, la delimitazione può avvenire secondo il comune regime penalistico della successione di leggi modificative.

In tal caso si realizza l'estensione di uno dei periodi precedentemente individuati. Schematicamente, posta la commissione del fatto nel periodo "generale" di applicabilità-disciplina di una certa norma penale<sup>7</sup>, può accadere che, prima della decisione definitiva:

α) a essa succeda una sola norma, la quale, a sua volta, può essere:

α<sup>1</sup>) "più favorevole". Qui si ha estensione del periodo di *disciplina* della seconda norma, in base al principio di retroattività della *lex mitior* definitiva (artt. 7 CEDU, 3 Cost., 2 co.4 c.p.). Tale norma è dunque norma di decisione del fatto in questione, in quanto, oltre a stare a *disciplina* di esso, è anche l'unica *applicabile* in questo momento;

α<sup>2</sup>) "meno favorevole". Ora l'estensione del periodo di *disciplina* dell'ultima norma è esclusa dal principio di irretroattività (o divieto di retroattività) della *lex gravior* definitiva (artt. 7 CEDU, 25 co.2 Cost., 2 co.4 c.p.). Il fatto in questione va quindi deciso secondo la prima norma, quale unica norma di *disciplina* di esso (sebbene non più *vigente*), nonché ad esso ancora *applicabile*, in base al principio di ultrattività della *lex mitior* originaria (artt. 7 CEDU, 3 Cost., 2 co.4 c.p.);

β) a essa succedano due o più norme. In tal caso occorre suddividere a seconda che la norma "più favorevole" fra tutte quelle in successione sia:

---

7. Ecco un tentativo di definizione teorica rigorosa del concetto ambiguo (quantunque poi disambiguato a livello dottrinale e giurisprudenziale) di "legge del tempo in cui fu commesso il reato" ex art. 2 co.4 c.p. Un'ulteriore precisazione: la comparazione di vantaggiosità cui si allude nel testo, imposta dallo stesso art. 2 co.4 c.p., va fatta – notoriamente – tra interi complessi normativi, e non tra norme singole. Tuttavia, per non appesantire il discorso, qui si assumerà l'ipotesi più semplice di successione tra norme singole.

$\beta^1$ ) l'ultima. *Mutatis mutandis*, vale quanto detto *sub*  $\alpha^1$ );  
 $\beta^2$ ) la prima. *Mutatis mutandis*, vale quanto detto *sub*  $\alpha^2$ );  
 $\beta^3$ ) una di quelle intermedie. Tale norma subisce un'estensione sia del periodo di *disciplina*, in base al principio di retroattività della *lex mitior* intermedia (artt. 7 CEDU, 3 Cost., 2 co.4 c.p.), sia del periodo di *applicabilità*, in base al principio di ultrattività della *lex mitior* intermedia (artt. 7 CEDU, 3 Cost., 2 co.4 c.p.). Il fatto in questione va pertanto deciso secondo questa stessa norma, quale unica norma che, ad un tempo, è (ancora) *applicabile* al momento dalla sua decisione e sta a *disciplinarlo* (sebbene non più *vigente*).

Ciò posto, mi preme sottolineare il ruolo essenziale svolto, già in questa prospettiva, dai concetti di “periodo di disciplina” e di “periodo di applicabilità”, definiti *sub* 1.2. Essi consentono, infatti, di individuare i possibili assetti fisiologici di ogni successione di leggi penali modificativa. Tali sono soltanto gli assetti in cui, a seconda dei casi, si assicura *in qualche modo*<sup>8</sup>:

I) l'estensione all'indietro del periodo di *disciplina* (: l'osservanza del principio di retroattività) della *lex mitior* definitiva [casi  $\alpha^1$ ) e  $\beta^1$ )];

II) l'estensione in avanti del periodo di *applicabilità* (: l'osservanza del principio di ultrattività) della *lex mitior* originaria [casi  $\alpha^2$ ) e  $\beta^2$ )];

III) l'estensione all'indietro del periodo di *disciplina* (: l'osservanza del principio di retroattività) e, ad un tempo, in avanti del periodo di *applicabilità* (: l'osservanza del principio di ultrattività) della *lex mitior* intermedia [caso  $\beta^3$ )].

### 1.3.3

In terzo luogo, posto che l'autore di una delle leggi in successione può discostarsi *in qualche modo*<sup>9</sup> dai modelli appena illustrati, la delimitazione può fondarsi sulle scelte operate da quest'ultimo.

I relativi assetti successivi, impedendo le estensioni di periodo indicate *sub* 1.3.2., sono illegittimi oppure meramente derogatori se considerati in riferimento, rispettivamente, alle disposizioni sovraordinate (convenzionali e/o costituzionali) o a quelle codicistiche *ivi* citate<sup>10</sup>.

Pertanto, al presente livello, la distinzione tra “periodo di disciplina” e “periodo di applicabilità” consente di individuare con chiarezza sia il carattere illegittimo o derogatorio dell'assetto di una certa successione di leggi nel tempo, sia il tipo di illegittimità o di deroga di volta in volta integrato. Questa seconda prestazione si rivelerà di grande importanza nell'analisi critica svolta *sub* 3.1.

## 1.4

L'aver svolto una ricostruzione così minuziosa e per certi versi pedante dovrebbe consentire non solo di dominare gli aspetti di identità e di differenza dei casi in esame, ma anche e soprattutto di svolgere con rigore l'analisi critica progettata in Premessa.

Con riguardo al primo punto, va preliminarmente rimarcato che in tutti questi casi si è trattato di reati in concorso formale o in continuazione punibili con la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, dunque di una situazione riconducibile al regime dell'art. 442 co.2 c.p.p.

8. Questa clausola serve a chiarire che ciascuno dei risultati sopra indicati può essere assicurato dal legislatore sia direttamente, stabilendolo in modo esplicito, sia indirettamente, astenendosi dall'intervenire, così da lasciar operare le regole comuni della successione di leggi (il fatto che quest'ultima ipotesi sia quella “normale” non esclude la possibilità che si verifichi la prima).

9. Al riguardo vale un discorso diverso da quello svolto nella nt. 8. Lì abbiamo visto che la semplice inerzia legislativa comporta l'operatività delle regole generali della successione di leggi, la quale preclude la verificabilità delle ipotesi in esame. Ne deriva che tali ipotesi possono verificarsi soltanto qualora le suddette regole vengano derogate. Ciò può avvenire escludendo la loro operatività esplicitamente e/o implicitamente, dando disposizioni di segno opposto.

10. Tornando alla tripartizione stabilita alla fine del punto 1.3.2., un'importante differenza da segnalare è questa: mentre nei casi del secondo ordine ogni divergenza dal risultato indicato è illegittima per violazione del principio di irretroattività della *lex gravior* in quanto principio *assoluto* (artt. 7 CEDU e 25 co.2 Cost.), nei casi del primo e del terzo ordine, venendo in rilievo principi che la giurisprudenza costituzionale ha considerato *relativi* (e come tali bilanciabili), sono illegittime solo le divergenze non fondate su ragionevoli motivi (artt. 7 CEDU e 3 Cost., così come interpretati dalla giurisprudenza costituzionale: cfr., da ultimo, sent. 236/11, cit. nella nt. 30).

Da ciò discende il *primo* aspetto loro *comune*, costituito dalla *data di commissione* dei relativi fatti: essa è sempre ricaduta nel periodo A-B, cioè nel periodo “generale” (nel senso chiarito *sub* 1.3.1.) di applicabilità-disciplina della norma *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post sent.* Corte cost. 176/91. A tale norma hanno fatto seguito le norme *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post l.* 479/99 (il cui periodo “generale” di applicabilità-disciplina è B-C) ed *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post d.l.* 341/00 (il cui periodo “generale” di applicabilità-disciplina è C-D).

Un *secondo* aspetto condiviso riguarda la *data della sentenza* definitiva di condanna, emanata a seguito di richiesta di definizione del processo con rito abbreviato: essa è costantemente ricaduta nel periodo C-D.

Un *terzo* aspetto ricorrente, che riflette il collegamento tra quello appena indicato e il regime di diritto intertemporale ricavabile dall’interazione tra le previsioni del d.l. 341/00 e i principi comuni della successione di leggi penali, concerne la *pena irrogata*. In questo senso, come meglio chiariremo *sub* 3.2., l’unica norma di decisione (nel periodo C-D) di tutti i casi in esame è risultata essere quella *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post d.l.* 341/00, con la conseguente irrogazione a tutti i relativi imputati della pena dell’ergastolo senza isolamento diurno.

Sotto altri *profili*, tali casi vanno invece *distinti* tra di loro. *Innanzitutto*, a seconda che il relativo autore abbia *presentato richiesta* di giudizio *abbreviato* nel periodo B-C oppure nel periodo C-D.

*In secondo luogo*, vi è un profilo che contraddistingue il “caso Scoppola” da tutti gli altri: soltanto Scoppola ha presentato, nel periodo C-D, ricorso tempestivo (*ex art.* 35 co.1 CEDU) alla *Corte EDU*, ottenendo così una *pronuncia favorevole*, come vedremo *sub* 2.1.

Le questioni di cui intendo occuparmi si collegano proprio ai profili appena illustrati: esse variano a seconda che si abbia riguardo al “caso Scoppola” ovvero ai casi analoghi. Sebbene in tutti questi casi si sia dubitato della compatibilità dell’estensione retroattiva della norma *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post d.l.* 341/00 con i principi fondamentali della successione di leggi penali nel tempo (d’ora in poi: “successione di leggi nel tempo”), tali dubbi sono stati affrontati e risolti in sede e in maniera di volta in volta diversa<sup>11</sup>.

Qui mi limiterò a indicare i dati strettamente essenziali alla preparazione dell’analisi critica che svolgerò nel prossimo paragrafo, rinviando per eventuali approfondimenti ai contributi già apparsi su Diritto penale contemporaneo e su Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale<sup>12</sup>.

2.1 Il “caso Scoppola” è stato direttamente affrontato e definito dalla sent. Corte EDU, Grande Camera, 17.9.09 (d’ora in poi: “sentenza Scoppola”)<sup>13</sup>, in cui si è riconosciuto per la prima volta che, in materia di successione di leggi nel tempo, l’art. 7 CEDU stabilisce non solo – esplicitamente – il divieto di retroattività della *lex gravior* (incriminatrice o

11. Per un più ampio inquadramento dei problemi emergenti nella prospettiva del principio convenzionale di legalità, v., di recente, le stimolanti riflessioni di O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in questa Rivista, 1, 2013, p. 159, nonché l’approfondita relazione di V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, pp. 8-13; più indietro nel tempo, le pionieristiche indagini (ingiustamente dimenticate talvolta) di A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, pp. 316-321.

Si noti che le norme via via espresse nel corso del tempo dall’art. 442 co.2 c.p.p. vengono pacificamente considerate “penali” in questa sede secondo le innovative indicazioni della “sentenza Scoppola” esaminata *sub* 2.1. (indicazioni del tutto condivisibili, dato che diversità tra leggi penali in successione può darsi sia al livello della c.d. fattispecie astratta, sia – come accade qui – al livello dell’effetto sanzionatorio, il quale – si noti – non si esaurisce nella dimensione della norma incriminatrice, bensì ricomprende tutte le altre norme che, in vario modo, incidono sulla sua determinazione quantitativa o qualitativa).

12. Ciò vale, in particolare, per le questioni processuali sollevate dai casi in esame, su cui si è concentrato soprattutto Gioacchino Romeo nei contributi citati nella nt. 1.

13. Versione ufficiale (in inglese) della pronuncia; versione a cura del Ministero della Giustizia.

aggravatrice), ma anche – implicitamente – il principio di retroattività della *lex mitior* (depenalizzatrice o attenuatrice)<sup>14</sup>. Secondo la Corte EDU, infatti, posto che il principio di retroattività della *lex mitior* avrebbe imposto di applicare la norma più favorevole tra quelle succedutesi a regolare la pena irrogabile a Scoppola nel periodo compreso tra il momento di commissione del fatto e il momento della pronuncia definitiva; posto che le norme qui succedutesi erano tre; posto che la norma più favorevole era quella *ex art. 442 co.2 c.p.p. post l. 479/99*; ne derivava che la condanna all'ergastolo senza isolamento diurno, irrogata a Scoppola in base alla norma meno favorevole *ex art. 442 co.2 c.p.p. post d.l. 341/00*, aveva dato luogo a una violazione del suddetto principio, con il conseguente obbligo dello Stato italiano di porvi rimedio sostituendo questa pena con quella di trenta anni di reclusione.

Tale pronuncia della Corte di Strasburgo, il cui carattere vincolante *ex art. 46 CEDU* non avrebbe potuto essere (né è stato di fatto) messo in discussione, ha comportato, sul piano *processuale*, la questione delle forme in cui sarebbe dovuto avvenire l'adempimento dell'obbligo che ne formava oggetto. La questione è stata risolta riconoscendo l'esperibilità del rimedio del ricorso in Cassazione per errore di fatto *ex art. 625-bis c.p.p.*, che ha condotto la Suprema Corte a disporre la sostituzione della pena richiesta da Scoppola<sup>15</sup>.

## 2.2

Per contro, fino a questo momento, i *casi analoghi* al “caso Scoppola” non sono stati affrontati direttamente dalla Corte EDU, dato che i relativi protagonisti non hanno presentato tempestivo ricorso a Strasburgo. Piuttosto, tali casi sono stati infine affrontati nelle due pronunce indicate nel sottotitolo del presente contributo, le quali coincidono per alcuni aspetti e divergono per altri. Esse coincidono per il fatto di essere state rese su ricorsi contro ordinanze di giudici dell'esecuzione, di rigetto di istanze volte ad ottenere sostituzioni di pena del tipo di quella conseguita da Scoppola; mentre divergono sotto il profilo indicato verso la fine del punto 1.4.: se la prima, (sentenza) Sez. Un. 34233/12, ha avuto ad oggetto il “caso Giannone”, il cui ricorrente aveva commesso i fatti ascrittigli nel periodo A-B e aveva avanzato richiesta di giudizio abbreviato nel periodo C-D, la seconda, (ordinanza) Sez. Un. 34472/12, ha avuto ad oggetto il “caso Ercolano”, il cui ricorrente pure aveva commesso i fatti ascrittigli nel periodo A-B, ma aveva avanzato la suddetta richiesta nel periodo B-C.

Ora, è vero che tale divergenza ha finito per determinare il diverso esito delle due pronunce, l'una di rigetto del ricorso, l'altra di proposizione di questione di costituzionalità degli artt. 7 e 8 d.l. 341/00, per violazione degli art. 3 e 117 co.1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. Ma è pur vero che entrambe poggiano sull'inquadramento normativo che, richiamandosi alla sentenza Scoppola, Francesco Viganò ha fornito ai casi in esame, nel lodevole tentativo di evitare irragionevoli disparità di trattamento rispetto al “caso Scoppola”.

In considerazione di ciò, nonché del fatto che i percorsi motivazionali seguiti dall'uno e dalle altre, pur correndo in parallelo, hanno formulazioni in parte differenti, è opportuno svolgere due distinte analisi.

---

14. Sotto il primo profilo, va fatta una precisazione, a causa dell'orientamento casistico che connota la sentenza Scoppola, come ogni altra sentenza della Corte EDU. Dato che essa si riferisce a una vicenda di successione di leggi sul trattamento sanzionatorio, le formule *ivi* utilizzate per stabilire l'operatività del principio di retroattività della *lex mitior* (es.: “legge penale meno severa”) non si attagliano letteralmente ai casi in cui l'ultima di due o più leggi in successione depenalizza il fatto punito da quelle precedenti. Senonché, è chiaro che, nel secondo caso, gli argomenti addotti dalla Corte di Strasburgo con riguardo al primo valgono a maggior ragione. In questo senso, per fugare gli equivoci che alcune trattazioni (dottrinali e giurisprudenziali) del tema potrebbero ingenerare, sarebbe forse opportuno distinguere una nozione stretta (norma attenuatrice/norma aggravatrice) e una nozione lata (norma attenuatrice o depenalizzatrice/norma aggravatrice o incriminatrice) di “*lex mitior/lex gravior*”.

15. Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 11.2.2010 (dep. 28.4.2010), n. 16507, Rv. 247244.

## 2.2.1

Leggendo con attenzione il bel saggio di Francesco Viganò<sup>16</sup>, sembra corretto affermare che l'inquadramento *ivi* proposto si fonda soprattutto sul vincolo costituito dalla sentenza Scoppola, ritenuta rilevante anche per la definizione dei casi analoghi<sup>17</sup>. In sostanza, il ragionamento portante sembra essere questo: poiché tale sentenza si è occupata del “caso Scoppola”; poiché tra le caratteristiche essenziali di quest'ultimo vi è la presentazione della richiesta di giudizio abbreviato nel periodo B-C secondo l'unica norma allora “in vigore” (quella *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post l.* 479/99); ne segue che i principi affermati dalla sentenza Scoppola possono valere solo per i casi analoghi che hanno questa stessa caratteristica essenziale: dunque, non per i casi analoghi in cui la richiesta di giudizio abbreviato è stata presentata nel periodo C-D, soggetti alla sola norma *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post d.l.* 341/00.

Che questo sia il nucleo del ragionamento, lo mostra l'esplicito richiamo alla presunta *ratio decidendi* della sentenza Scoppola, fatto a sostegno dell'inquadramento proposto: la data di presentazione della richiesta di giudizio abbreviato è ritenuta essenziale proprio perché è considerata uno degli elementi determinanti nella motivazione di tale pronuncia.

Dal punto di vista strutturale, ciò si traduce nella configurazione di ciascuna delle norme via via espresse dall'art. 442 co.2 c.p.p. (salvo la prima) nei termini di una prescrizione ipotetica la cui condizione è costituita da una “*fattispecie complessa*” (: commissione del fatto + presentazione della richiesta di giudizio abbreviato). Più precisamente, con stretto riguardo ai casi in esame, ritengo che il pensiero di Viganò possa essere interpretato in maniera fedele enucleando due diverse norme, entrambe valevoli sia per il giudice della cognizione (quali regole di prima determinazione della pena) sia per il giudice dell'esecuzione (imponendo, a seconda dei casi, la sostituzione della pena irrogata in fase cognitiva oppure il rigetto del ricorso). Esse corrispondono ai casi di presentazione della richiesta di giudizio abbreviato, rispettivamente, nel periodo B-C e nel periodo C-D:

α) “*se qualcuno ha commesso reati (in concorso formale o in continuazione) punibili con la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, per i quali ha chiesto di esser giudicato con rito abbreviato tra il 2.1.00 e il 23.11.00 (periodo B-C), allora va punito con trenta anni di reclusione*”;

β) “*se qualcuno ha commesso reati (in concorso formale o in continuazione) punibili con la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, per i quali ha chiesto di esser giudicato con rito abbreviato dopo il 23.11.00 (periodo C-D), allora va punito con l'ergastolo senza isolamento diurno*”<sup>18</sup>.

## 2.2.2

Le due pronunce delle Sez. Un. in esame (aventi in comune membri del Collegio, relatore e data di udienza)<sup>19</sup> recepiscono la dottrina della “*fattispecie complessa*”, nonché le conseguenze che ne derivano in punto di diritto intertemporale, sulla base di argomenti meritevoli di autonoma considerazione.

Preliminarmente, va rimarcato che esse sono state rese in relazione alla medesima questione di diritto: “*Se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla*

16. *Figli di un dio minore?*, cit., spec. p. 13 s.

17. Che la sentenza Scoppola rilevi anche per i casi analoghi, è opinione che condivido pienamente. Sui modi di tale rilevanza non posso intrattenermi in questa sede, trattandosi di questione attinente soprattutto al piano processuale delle forme di attuazione di essa, quale sentenza che non ha riguardato direttamente i protagonisti dei nostri casi analoghi. Mi limito a rilevare (in un senso che sembra trovare corrispondenze anche *ivi*, spec. p. 19, nonché nell'*incipit* del punto 3 e nel penult. cpv. del punto 4 del “Considerato in diritto” della ord. Sez. Un. 34472/12, esaminata *sub* 2.2.2.2., la quale richiama la sent. Corte EDU, 28.9.05, Broniowski c. Polonia) che il fatto che le cause e gli effetti riconosciuti illegittimi dalla Corte EDU nel caso Scoppola abbiano carattere “sistemico” si traduce in un vincolo di portata generale per lo Stato condannato, cioè in un vincolo valevole – appunto – anche nei casi analoghi.

18. Nella ricostruzione di Viganò, al periodo A-B non corrisponde alcuna prescrizione perché, a quell'epoca, per i reati indicati non era prevista la possibilità di definizione del processo con rito abbreviato (*Figli di un dio minore?*, cit., p. 14).

19. Cass. Pen., Sez. Un., 19.4.2012 (dep. 7.9.2012), n. 34233, in *Dir. pen. cont.*, 10 settembre 2012; Cass. Pen., Sez. Un., 19.4.2012 (dep. 10.9.2012), n. 34472, in *Dir. pen. cont.*, 12 settembre 2012



Corte EDU con la sentenza 17/09/2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito di giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole<sup>20</sup>.

Tale questione resta in entrambi i casi priva di soluzione, giacché il Supremo consesso nomofilattico, nel primo, nega che ne ricorra in concreto uno dei presupposti essenziali, con conseguente rigetto del ricorso; mentre, nel secondo, ritiene che l'unica disciplina astrattamente applicabile, la quale darebbe fondamento alla soluzione negativa, sia affetta da insuperabile incostituzionalità, e come tale non possa essere applicata in concreto, bensì vada rimessa allo scrutinio del giudice delle leggi.

## 2.2.2.1

Secondo la sentenza Sez. Un. 34233/12, relativa al “caso Giannone”, i cui fatti erano stati commessi nel periodo A-B (“fino al 1° giugno 1999”), mentre l'imputato aveva presentato richiesta di giudizio abbreviato nel periodo C-D (“19 agosto 2002”), la questione di diritto suddetta non ha ragione di porsi, poiché ne difetterebbe un presupposto essenziale: l'occorrenza di una vera e propria vicenda di successione normativa.

Tale difetto, a sua volta, emerge proprio alla luce della dottrina della “fattispecie complessa”: al momento di presentazione della richiesta di giudizio abbreviato da parte di Giannone, era “in vigore” *unicamente* la norma *ex art. 442 co.2 c.p.p. post d.l. 341/00*, mentre in seguito non vi sono stati mutamenti di disciplina al riguardo; qui, pertanto, è evidente la mancanza di quella *pluralità* di norme coesistente alla successione di leggi nel tempo. La dottrina della “fattispecie complessa” rende priva di pregio, in particolare, l'invocazione del principio di retroattività/ultrattività della *lex mitior*, individuata dal ricorrente nella norma *ex art. 442 co.2 c.p.p. post l. 479/99*. Sebbene sia stato riconosciuto dalla sentenza Scoppola al fine di garantire “che l'eventuale lunghezza dei processi non vada a discapito dell'imputato, che potrebbe vedersi inflitta una condanna più severa di quella che gli sarebbe stata inflitta se il processo fosse stato definito prima”, ora il suddetto principio si rivela – in sostanza – privo di oggetto, in quanto la fattispecie complessa in giudizio si è perfezionata in un momento in cui la *lex mitior* di cui si chiede l'applicazione ormai “non [era] più in vigore”<sup>21</sup>.

Le ragioni sottostanti alla recezione della dottrina della “fattispecie complessa” si riducono essenzialmente all'argomento addotto da Viganò, ma con una più aperta accentuazione del peso assunto dall'aspettativa del condannato alla irrogazione della pena prevista dalla legge “in vigore” al momento di presentazione della richiesta di giudizio abbreviato. In questo senso, posto che il “caso Scoppola” si caratterizza anche per tale presentazione; posto che il riconoscimento in sede convenzionale del diritto di Scoppola a vedersi applicata la norma *ex art. 442 co.2 c.p.p. post l. 479/99* si sarebbe fondato soprattutto sul fatto che questa norma era l'unica “in vigore” al momento della suddetta presentazione, e dunque l'unica sulla quale l'istante poteva fare affidamento; ecco che, in tutti i casi analoghi, la norma di decisione andrebbe individuata in quella “in vigore” al suddetto momento (nel caso in esame, come detto: quella *ex art. 442 co.2 c.p.p. post d.l. 341/00*)<sup>22</sup>.

## 2.2.2.2

Secondo l'ordinanza Sez. Un. 34472/12, relativa al “caso Ercolano”, i cui i fatti erano stati egualmente commessi nel periodo A-B<sup>23</sup>, mentre l'imputato aveva presentato ri-

20. Cfr. il rispettivo *incipit* del punto 1 del “Considerato in diritto” (corsivi nell'originale).

21. I periodi citati si trovano nel 5° cpv. e, rispettivamente, alla fine del 3° cpv. del punto 6 del “Considerato in diritto”.

22. Cfr. punto 7 del “Considerato in diritto”.

23. Se non erro, l'ordinanza non indica la data di commissione dei fatti – e questa è già di per sé una mancanza di grande significato per la comprensione del principio di diritto intertemporale effettivamente fatto valere da essa –. Tuttavia, che tale data sia ricaduta nel periodo A-B, lo si ricava indirettamente:

chiesta di giudizio abbreviato nel periodo B-C (“12 giugno 2000”), allo stato la questione di diritto suesposta non può essere risolta in concreto. Ciò in quanto l’unica disciplina valevole a tal fine si presenterebbe affetta da insanabile illegittimità costituzionale, e dunque andrebbe rimessa alla valutazione della Consulta.

Anche questa conclusione poggia sulla recezione della dottrina della “fattispecie complessa”, a sua volta sostanzialmente motivata con lo stesso argomento fatto valere nel “caso Giannone”: la data di presentazione della richiesta di giudizio abbreviato costituirebbe uno degli aspetti essenziali (del tipo di vicenda oggetto) della *ratio decidendi* della sentenza Scoppola<sup>24</sup>, cioè del criterio di selezione dei soli casi analoghi che il giudice interno deve decidere secondo i principi *ivi* affermati<sup>25</sup>.

Con riguardo al caso in giudizio, le Sez. Un. specificano l’operatività della dottrina della “fattispecie complessa” in diversi passi, che – come risulterà *sub* 3. – si presentano contraddittori internamente e/o nei loro reciproci rapporti, sicché è opportuno riportarli per esteso (corsivi miei):

[...] l’aver inflitto al ricorrente Ercolano, la cui posizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella dello Scoppola[, in quanto entrambi hanno presentato richiesta di giudizio abbreviato nel vigore della sola l. 479/99,] la pena dell’ergastolo anziché quella di trent’anni di reclusione, sembra aver violato il suo diritto all’applicazione retroattiva (art. 7 CEDU) della legge penale più favorevole<sup>26</sup>.

La richiesta di giudizio abbreviato cristallizza il trattamento sanzionatorio vigente al momento di essa, con l’effetto che una norma sopravvenuta di sfavore non può retroattivamente deludere e vanificare il legittimo affidamento riposto dall’interessato nello svolgimento del giudizio secondo le più favorevoli regole in vigore all’epoca della scelta processuale<sup>27</sup>.

La norma di cui all’art. 7 e, di riflesso, quella di cui al successivo art. 8 d.l. n. 341 del 2000, con la loro efficacia retroattiva, sembrano essere in contrasto, in primo luogo, con il parametro di cui all’art. 117, comma primo, Cost., [...] e quindi con la norma interposta di cui all’art. 7 CEDU, che delinea, secondo l’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, un nuovo profilo di tutela del principio di legalità convenzionale in materia penale: non solo la irretroattività della legge penale più severa, [...], ma anche, e implicitamente, la retroattività o l’ultrattività della *lex mitior* [...]<sup>28</sup>.

Ove la prospettata questione di costituzionalità sia ritenuta fondata, il principio di retroattività/ultrattività della *lex mitior* che definisce i reati e le pene, riconosciuto dall’art. 7 CEDU, non incontrerebbe ostacoli di operatività, anche *in executivis*, nell’ordinamento nazionale [...]<sup>29</sup>.

### 3

#### RILIEVI CRITICI

Il terreno è finalmente pronto per l’analisi critica programmata. La sua articolazione interna corrisponderà alle partizioni stabilite nell’esposizione delle tesi dottrinali e giurisprudenziali che ne formano oggetto. Così, dopo aver illustrato un pericoloso equivoco concettuale presente nella sentenza Scoppola, si mostrerà come essa, sotto tale profilo, abbia finito per influenzare una delle esaminate costruzioni nazionali, mentre, per altri versi, sia stata interpretata da tutte queste in modo un po’ forzato.

---

dalla data – questa, sì, riportata – della sentenza di primo grado (“18 luglio 1998 della Corte di assise di Catania”) e, ad un tempo, dalla mancanza di qualsivoglia riferimento alla diversa normativa valevole prima del momento “A”.

24. Come rilevato *sub* 2.2., la proposta questione di costituzionalità si fonda sul riferimento alla violazione non solo del principio convenzionale di retroattività/ultrattività della *lex mitior*, ma anche dell’art. 3 Cost., “perché, facendo retroagire la disciplina in essa prevista, non rispetterebbe il canone generale di ragionevolezza delle norme e il principio di eguaglianza, [in particolare perché] tradisce il principio dell’affidamento, connaturato allo Stato di diritto, legittimamente sorto nel soggetto al momento della scelta del rito alternativo [...] e determina ingiustificate disparità di trattamento, affidate casualmente ai variabili tempi processuali, tra soggetti che versano in una identica posizione sostanziale” (cfr. 4° cpv. del punto 10 del “Considerato in diritto”).

25. Cfr. “comb. disp.” 1° periodo del punto 3-1° periodo e 1° cpv. del punto 10 del “Considerato in diritto”.

26. Cfr. 1° brano del punto 5 del “Considerato in diritto”.

27. Cfr. 1° cpv. del punto 10 del “Considerato in diritto”.

28. Cfr. 3° cpv. del punto 10 del “Considerato in diritto”.

29. Cfr. 6° cpv. del punto 11 del “Considerato in diritto”.

## 3.1

Malgrado la nostra giurisprudenza costituzionale e di legittimità abbia finito per ridimensionare (probabilmente in modo eccessivo)<sup>30</sup> l'importanza della sentenza Scoppola, non v'è dubbio che quest'ultima, riconoscendo che l'art. 7 CEDU stabilisce (implicitamente) anche il principio di retroattività della *lex mitior*, innovi in modo significativo il campo dei principi fondamentali della successione di leggi nel tempo. Prima di tale sentenza, infatti, la giurisprudenza di Strasburgo aveva sempre limitato il contenuto precettivo dell'art. 7 CEDU al divieto di retroattività della *lex gravior*<sup>31</sup>.

Ciò non toglie che la stessa sentenza, pur mostrando chiaramente in più passi di avere ben presente la "sostanza" del fenomeno della retroattività della *lex mitior*, al momento di definire il relativo principio, proponga una formulazione equivoca. Mi riferisco al seguente passo:

[...] il principio della retroattività della legge penale meno severa [...] si sostanzia nelle norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato<sup>32</sup>.

La definizione così stabilita – corrispondente alla formulazione, tra l'altro, del nostro art. 2 co.4 c.p. – confonde propriamente le definizioni di principi distinti. Procediamo con ordine. Il rapporto di alterità su cui si incentra la definizione in esame può assumere configurazioni differenti a seconda dei casi, che sottostanno ai principi indicati *sub* 1.3.2. Lì si è visto che il principio di retroattività della *lex mitior* non opera in tutte le ipotesi di diversità tra leggi in successione, bensì solo in quelle tipizzate *sub* 1.3.2.α<sup>1</sup>), β<sup>1</sup>) e β<sup>3</sup>). Senonché, la definizione sopra citata, nel riferirsi indistintamente a tutte le ipotesi di diversità, attribuisce al principio di retroattività della *lex mitior* una portata onnicomprensiva, che, pertanto, finisce per assorbire anche lo spazio operativo dei principi vevoli nelle ipotesi tipizzate *sub* 1.3.2.α<sup>2</sup>) e β<sup>2</sup>).

Alla luce di tali rilievi, il principio di retroattività della *lex mitior* (in senso stretto)<sup>33</sup> andrebbe ridefinito in riferimento ai solo casi indicati *sub* 1.3.2.α<sup>1</sup>), β<sup>1</sup>) e β<sup>3</sup>). Ad esempio – in termini ovviamente perfezionabili –, come "il principio secondo cui, qualora due o più norme si succedano a disciplinare un certo fatto, se la norma divenuta efficace dopo la sua commissione, ma prima della sentenza definitiva, è più favorevole della norma già efficace al primo momento, nonché di altre norme eventualmente divenute efficaci nel frattempo, essa va comunque applicata, anche dopo la sua eventuale perdita di *vigenza*".

## 3.2

Venendo ora alle due pronunce delle Sez. Un. riassunte *sub* 2.2.2, esse non convincono perché, nel recepire la dottrina della "fattispecie complessa", muovono da una postdatazione sostanziale e per più versi singolare della commissione dei fatti in giudizio, così finendo per falsare le valutazioni circa la legittimità dell'assetto di diritto intertemporale predisposto dal d.l. 341/00. Le relative conseguenze ultime, peraltro, variano dall'una all'altra pronuncia. Sotto quest'ultimo profilo, a differenza di quanto ho fatto

30. Il riferimento è alle pronunce: Corte cost., 19.7.11 (dep. 22.7.11), n. 236, in *Dir. pen. cont.*, 23 luglio 2011; Cass. Pen., Sez. VI, 1.12.10 (dep. 28.3.11), n. 12400, Rv. 249165. Qui non posso dilungarmi sul punto, ma mi limito a rilevare che la tesi, *ivi* sostenuta, della derogabilità per motivi ragionevoli anche del principio convenzionale di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla sentenza Scoppola non convince perché siffatta derogabilità: a) non è stata apertamente affermata dalla sentenza Scoppola; b) anzi, a ben vedere, sembra in contrasto con l'affermazione di quest'ultima secondo cui la norma che stabilisce (implicitamente) il suddetto principio, l'art. 7 CEDU, "occupa un posto fondamentale nel sistema di tutela della Convenzione, come dimostra il fatto che l'art. 15 non prevede alcuna deroga ad essa in tempo di guerra o di altro pericolo pubblico" (punto 92). Ciò non toglie che la derogabilità possa esser fatta valere dalla Consulta in applicazione della c.d. dottrina dei controllimiti. È chiaro, tuttavia, che questo è un discorso alquanto diverso, poiché si fonda su argomenti ricavati dalla giurisprudenza costituzionale, e non da quella di Strasburgo.

31. Questo dato è riconosciuto dalla stessa sentenza Scoppola: cfr. punto 103.

32. Cfr. *ivi*, parte finale del punto 109.

33. Sul punto, cfr. nt. 14.

*sub* 2.2.2., qui prenderò le mosse da Sez. Un. 34472/12, in quanto i relativi aspetti critici si presentano meno gravi di quelli rilevabili in Sez. Un. 34233/12 e, soprattutto, sono semplicemente occasionati, e non propriamente causati, dalla dottrina della “fattispecie complessa”.

### 3.2.1

In Sez. Un. 34472/12, relativa al “caso Ercolano”, la suddetta postdatazione sembra tradursi “soltanto” nella scorretta individuazione del tipo di violazione dei principi fondamentali della successione di leggi *ivi* integrato<sup>34</sup>.

Per comprendere questa valutazione critica, è opportuno procedere per gradi. *Sub* 1.3. abbiamo visto che, per stabilire se l’assetto di una determinata successione di leggi nel tempo sia illegittimo, e se sì sotto quali profili, occorre compiere quattro operazioni. Innanzitutto, occorre individuare la norma nel cui periodo “generale” di applicabilità-disciplina è stato commesso il fatto. In secondo luogo, occorre porre tale norma a raffronto con tutte quelle che, fino al momento di decisione di tale fatto, si sono succedute ad essa nella disciplina di fatti dello stesso tipo. In terzo luogo, alla luce di tale confronto, occorre stabilire quale delle ipotesi di successione enucleate *sub* 1.3.2. ricorre in concreto. Infine, occorre verificare se le estensioni di periodo imposte dal principio fondamentale dell’ipotesi di turno siano state concretamente assicurate.

Applicando queste regole operative nel “caso Ercolano”, a rigore si sarebbe dovuto ragionare come segue. Qui (come pure nel “caso Scoppola”, in cui la richiesta di giudizio abbreviato è stata egualmente presentata nel periodo B-C) la norma nel cui periodo “generale” di applicabilità-disciplina sono stati commessi i fatti è quella *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post sent.* Corte cost. 176/91. Ciò può affermarsi in conformità ai criteri generali di determinazione del *tempus commissi delicti* (d’ora in poi: “*t.c.d.*”): sul terreno della successione di leggi del tempo, essi impongono di guardare al momento della condotta, e le condotte in esame (ma anche gli eventi che ne sono derivati) sono state tenute nel periodo A-B. A tale norma, quali contenuti dell’art. 442 co.2 c.p.p., sono succedute, dapprima, la norma *post l.* 479/99, poi, la norma *post d.l.* 341/00. Delle tre norme, la più vantaggiosa è quella intermedia, sicché la successione in esame va ricondotta al modello delineato *sub* 1.3.2.β<sup>3</sup>). Quest’ultima, pertanto, avrebbe dovuto avere un assetto fisiologico consistente, secondo quanto rilevato *sub* 1.3.2.III), nell’estensione all’indietro del periodo “generale” di *disciplina* (dunque: da B-C ad A-C) e in avanti del periodo “generale” di *applicabilità* (dunque: da B-C a B-D) della stessa norma *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post l.* 479/99. D’altro canto, il d.l. 341/00, nel prevedere esplicitamente la dilatazione fino a B-D del periodo “generale” di *disciplina* della norma *ex art.* 442 co.2 c.p.p. da esso introdotta (C-D), ha comportato, infine, che il complessivo periodo di *disciplina* di tale norma si estendesse fino ad A-D. Ciò in quanto, una volta “neutralizzata” la norma *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post l.* 479/99, quella *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post d.l.* 341/00 è risultata essere più vantaggiosa di quella *ex art.* 442 co.2 c.p.p. *post sent.* Corte cost. 176/91, e come tale dotata di efficacia retroattiva *ex art.* 2 co.4 c.p. Ma, con tale “neutralizzazione”, lo stesso d.l. 341/00 ha finito per precludere *implicitamente* il secondo risultato fisiologico poco sopra indicato, cioè per instaurare un assetto patologico della successione, in quanto violativo del principio di ultrattività della *lex mitior* intermedia<sup>35</sup>.

34. Nelle more della pubblicazione del presente saggio, si è avuta notizia che la questione di legittimità posta dalla ordinanza in esame è stata decisa dalla Corte costituzionale (esattamente: il 23 aprile 2013).

35. Quest’ultimo assunto (come gli assunti relativi alle altre forme di preclusione implicita: cfr. nt. 9) vale per ragioni teleologiche, non logiche. A rigore, infatti, se il legislatore si limita a disporre esplicitamente la retroattività della *lex gravior* definitiva, ciò non esclude necessariamente l’ultrattività della *lex mitior* intermedia, che anzi vale secondo la regola generale *ex art.* 2 co.4 c.p. Ma, lungo questa strada, posto che, per il principio teorico illustrato nell’ult. cpv. del punto 1.2., entrambe le *leges* risultano utilizzabili per decidere il caso in giudizio (in quanto entrambe, al contempo, di disciplina di, e applicabili a, esso), si finisce per attribuire al legislatore un’intenzione, quella di istituire un’antinomia, coinvolgente per giunta una norma abrogata, la quale, per la sua assurdità, non può essere ammessa in linea di principio. Per evitare tale assurdità, bisogna presumere – appunto – che il legislatore, limitandosi a disporre esplicitamente la retroattività della *lex mitior* definitiva abbia voluto, al contempo, escludere implicitamente (e in modo illegittimo) l’ultrattività della *lex*

Ora, la questione di costituzionalità posta dalla pronuncia in esame si fonda su un riferimento analogo, cioè alla violazione del principio di retroattività/ultrattività della *lex mitior* intermedia. Essa, tuttavia, nel farlo proprio, sembra incorrere in una svista che è solo occasionata dalla dottrina della “fattispecie complessa”, mentre sembra propriamente causata dall’equivoca definizione di “retroattività della *lex mitior*” contenuta nella sentenza Scoppola. Ecco una possibile spiegazione di tale fraintendimento. La dottrina della “fattispecie complessa” riconosce, sì, che, nei casi come quello di Ercolano, i relativi fatti sono stati materialmente commessi “sotto il vigore” della norma *ex art. 442 co.2 c.p.p. post sent. Corte cost. 176/91*. Tuttavia, passando ad applicare criteri operativi del tipo di quelli riassunti nel primo cpv. del punto 3.2.1., la dottrina in esame indica la norma *ex art. 442 co.2 post l. 479/99* come la prima in ordine di tempo tra quelle da sottoporre al confronto di vantaggiosità richiesto di seguito. Sennonché, così facendo, essa comporta una larvata postdatazione della commissione dei relativi fatti nel periodo B-C. In effetti, l’assiologia (prima ancora che la conseguente disciplina positiva) del suddetto confronto impone di ritenere che la prima norma in ordine di tempo tra quelle da sottoporre ad esso sia la norma “del tempo in cui fu commesso il reato”. Ciò, a sua volta, comporta che le norme che ora si avvicendano quali contenute dell’art. 442 co.2 c.p.p. da confrontare sono soltanto quella appena indicata e quella *post d.l. 341/00*. Delle due norme, la più favorevole è la prima. D’altro canto, il concetto di “retroattività della *lex mitior*”, secondo la definizione della sentenza Scoppola, recepita dalle Sez. Un., comprende anche rapporti di alterità di questo tipo. Con tutto ciò è dunque pienamente coerente l’affermazione conclusiva della pronuncia in esame, secondo cui la irrogazione della pena più mite prevista dal citato art. 442 co.2 c.p.p. *post l. 479/99* dovrebbe essere assicurata in base al principio di retroattività della *lex mitior*.

Sennonché, a me pare che il “caso Ercolano”, proprio (e soltanto) nella ricostruzione fondata sulla dottrina della “fattispecie complessa”, debba esser piuttosto ricondotto allo schema illustrato *sub 1.3.2.α<sup>2</sup>*. A tale stregua, l’ampliamento della portata della norma *ex art. 442 co.2 c.p.p. post l. 479/99*, da un lato, avrebbe dovuto esser preteso in base alla sua qualità di *lex mitior* originaria (dunque: non intermedia); dall’altro e correlativamente a ciò, avrebbe dovuto esser concepito soltanto come estensione in avanti del suo periodo di *applicabilità* (dunque: non anche come estensione all’indietro del suo periodo di *disciplina*). Il precetto che, pertanto, le Sez. Un. avrebbero dovuto ritenere violato dal d.l. 341/00 è il principio di ultrattività della *lex mitior* originaria, data l’espressa previsione *ivi* contenuta della retroattività della *lex gravior* definitiva. Alla luce di tutto ciò, ci si potrebbe interrogare sull’ammissibilità *in parte qua* della proposta questione di legittimità costituzionale, in quanto espressamente motivata in riferimento alla diversa (e meno grave) violazione della norma interposta sulla retroattività/ultrattività della *lex mitior* intermedia, di cui all’art. 7 CEDU nell’interpretazione della Corte di Strasburgo.

Né, al riguardo, varrebbe obiettare che un riferimento al divieto di retroattività della *lex gravior* è contenuto anche nella sentenza delle Sez. Un. in esame, precisamente nel terzo passo citato *sub 2.2.2.2*. A parte il fatto che esso è isolato rispetto ai tre passi di segno contrario *ivi* egualmente riportati, ciò che più conta è che l’ultimo dei passi di questo secondo ordine è quello nel quale l’organo della nomofilachia stabilisce i termini in cui ritiene che la questione sollevata sia rilevante nel giudizio *a quo*, e come tale riveste – per dir così – una netta preminenza ermeneutica nella comprensione della relativa motivazione.

---

*mitior* intermedia. Che qui vengano in gioco ragioni soltanto teleologiche, e non logiche, dipende da ciò, che i predicati della disciplina e dell’applicabilità attengono ad aspetti diversi del potere decisionale del giudice: questo alla sua estensione temporale, quello alla sua portata oggettiva. Sicché l’ampliamento del periodo di *disciplina* di una certa norma non esclude necessariamente l’ampliamento del periodo di *applicabilità* di un’altra norma precedente. Ciò costituisce l’ennesima riprova dell’utilità della distinzione teorica tra “periodo di disciplina” e “periodo di applicabilità”.

## 3.2.2

Sempre dal mio punto vista, in Sez. Un. 34233/12, relativa al “caso Giannone”, la postdatazione della commissione del fatto, nuovamente fondata sulla dottrina della “fattispecie complessa”, sembra offrire, addirittura, una copertura alla violazione dei principi fondamentali della successione di leggi *ivi* occorsa.

Ora, infatti, per ragioni analoghe a quelle viste *sub* 3.2.1., la commissione dei fatti è sostanzialmente trasposta nel periodo C-D, ossia nel periodo “generale” di applicabilità-disciplina dell’ultima delle norme avvicendatesi quali contenuti dell’art. 442 co.2 c.p.p., quella *post* d.l. 341/00. Ne deriva l’impossibilità di volgersi indietro, alla ricerca di altre potenziali norme di decisione del caso in esame. Là dove è chiaro che questa *reductio ad unam* mette preventivamente fuori gioco tutti quei confronti da cui – come ricordato all’inizio del punto 3.2.1. – dipende la valutazione di legittimità dell’assetto concreto di una certa successione di leggi. Insomma, così ragionando, non si dà alcuna vicenda successoria, come peraltro le Sez. Un. affermano univocamente, e la irrogazione a Giannone della pena dell’ergastolo senza isolamento diurno non poteva non risultare sin dall’inizio legittima.

L’estrema gravità di tali conseguenze e il ruolo determinante svolto al riguardo dalla dottrina della “fattispecie complessa” sono le ragioni che mi hanno spinto ad affrontare solo ora gli aspetti problematici di tale dottrina, la quale mi sembra:

α) introdurre di fatto una deroga al principio generale (inespresso) secondo cui, ai fini della disciplina della successione di leggi nel tempo, il *t.c.d.* coincide con la data della condotta tipica<sup>36</sup>. Per giustificare tale deroga, non sembra sufficiente il semplice richiamo alla sentenza Scoppola (sulla cui legittimità, peraltro, si tornerà *infra*, *sub* δ), ma pare necessaria una fondazione più stratificata;

β) raffigurare la realizzazione del reato in termini ibridi. Quest’ultima, infatti, finisce qui per comporsi di elementi materiali (quelli del fatto tipico) ed elementi processuali (richiesta di giudizio abbreviato). Cioè in una forma alquanto inedita, come tale, ancora una volta, bisognosa di una fondazione particolarmente solida;

γ) costituire un “precedente” che in futuro potrebbe legittimare postdatazioni o anche – perché no? – retrodatazioni del normale *t.c.d.* in relazione a discipline ulteriori rispetto a quella della pena irrogabile in sede di giudizio abbreviato. E tale possibilità di proliferazione, a sua volta, considerato il ruolo di orientamento che l’istituto del *t.c.d.* svolge all’interno di numerosi complessi normativi, costituisce un chiaro pericolo per la fondamentale esigenza di certezza del diritto;

δ) non corrispondere pienamente all’assiologia della sentenza Scoppola. Questo, a mio parere, è l’argomento critico davvero decisivo. Come visto *sub* 2.2.1. e 2.2.2., la dottrina della “fattispecie complessa” assume, infatti, che la *ratio decidendi* della sentenza Scoppola imponga di estendere la tutela *ivi* accordata solo ai condannati che, come il ricorrente, avevano presentato richiesta di giudizio abbreviato nel periodo B-C, e non anche a quelli che l’avevano presentata nel periodo C-D. Sennonché, l’assunto non convince per almeno tre ragioni:

δ<sup>1</sup>) la sentenza Scoppola non stabilisce espressamente la suddetta distinzione con riguardo all’art. 7 CEDU; anzi, quale momento decisivo della relativa vicenda considera in modo costante ed esplicito la data di materiale commissione del fatto. Né essa avrebbe avuto motivo di stabilire tale distinzione, dato che il caso Scoppola non rientrava tra i casi che in seguito si sarebbero rivelati problematici alla luce di essa. La mia impressione è che la dottrina della “fattispecie complessa” finisca per collegare elementi eterogenei, cioè per delimitare la portata applicativa del principio convenzionale di retroattività della *lex mitior* (art. 7 CEDU) in base a un argomento, l’aspettativa dell’imputato all’applicazione della pena comminata al momento di presentazione della richiesta di giudizio abbreviato, valevole invece solo nell’ambito dell’art. 6 CEDU;

---

36. Si noti che, nei casi in esame, il discorso non cambierebbe se si ritenesse che il principio generale qui valevole faccia piuttosto riferimento al verificarsi dell’evento tipico, dato che qui condotta ed evento tipici sono entrambi sempre occorsi nel periodo A-B.

δ<sup>2</sup>) anche a voler assumere in via di ipotesi che quella indicata sia una *ratio decidendi* implicita, non si comprende come mai la sentenza Scoppola abbia poi finito per valorizzare i principi di retroattività e di ultrattività della *lex mitior*. Richiamare tali principi, infatti, ha senso solo se si individua la data determinante del “caso Scoppola” in quella dell’azione, e non della richiesta di giudizio abbreviato. In questa seconda ipotesi, infatti – come visto *sub* 3.2.1. –, sarebbe stato piuttosto sensato richiamare il principio di ultrattività della *lex mitior* originaria (speculare al divieto di retroattività della *lex gravior* definitiva);

δ<sup>3</sup>) se è vero quanto appena detto, non è azzardato assumere che l’effettiva *ratio decidendi* della sentenza Scoppola si nutra piuttosto dell’idea secondo cui la durata del processo non debba tornare a danno dell’imputato, il quale, di regola, non ne è responsabile. Anzi, paradossalmente, è proprio Sez. Un. 34233/12 in commento che individua in quest’idea la principale giustificazione dell’ultrattività della *lex mitior* intermedia<sup>37</sup>. Ma se è così, allora sembra ingiusto e illegittimo discriminare rispetto a Scoppola coloro i quali, pur avendo commesso nel periodo A-B i fatti loro ascritti, non hanno fatto a tempo a presentare richiesta di giudizio abbreviato nel periodo B-C, e l’hanno presentata soltanto nel periodo C-D. Anche costoro meritano di non essere pregiudicati dalla durata del processo. E ciò vale tanto più se, alla luce dell’esperienza pratica, si considera che tali soggetti, quasi certamente, non sono affatto responsabili del ritardo che ha finito per penalizzarli. La richiesta di giudizio abbreviato, in effetti, può esser presentata per la prima volta solo all’udienza preliminare, prima della quale vi è la fase *stricto sensu* procedimentale, ossia una fase dominata dalle iniziative del pubblico ministero, e in cui le eventuali tattiche dilatorie delle parti, a differenza di quanto vale nella fase dibattimentale, possono avere un’incidenza pressoché nulla.

Alla luce di questi rilievi, mi pare che la sentenza di inammissibilità del ricorso di Giannone abbia costituito una violazione dei principi di portata generale stabiliti dalla sentenza Scoppola in materia di retroattività/ultrattività della *lex mitior*. Anche Giannone aveva diritto di vedersi sostituita la pena dell’ergastolo senza isolamento diurno con la pena della reclusione a trenta anni.

Quanto ai rimedi esperibili al riguardo, pur consapevole che, specie in questa materia, l’accavallarsi di regole e orientamenti non consente di fornire quadri esaustivi e, soprattutto, indiscutibili, propongo di distinguere due ipotesi fondamentali:

I) qualora le Sez. Un. restassero ferme sulla posizione della sent. 34233/12, occorrerebbe suddividere a seconda che l’interessato:

Ia) sia Giannone o un altro condannato all’ergastolo che, come lui, si sia già visto respingere il ricorso presentato in sede esecutiva per ottenere la sostituzione con la reclusione a trenta anni. Qui, essendo esauriti i rimedi interni, non resterebbe altro che adire la Corte EDU, per denunciare la violazione da parte dei giudici italiani dell’art. 7 della Convenzione, così come effettivamente interpretato dalla sentenza Scoppola;

Ib) sia un condannato all’ergastolo che non abbia presentato/non si sia visto respingere il ricorso indicato *sub* Ia). In tal caso, occorrerebbe dapprima esperire tale rimedio (o, per chi non sia d’accordo, un rimedio analogamente utile). Il giudice dell’esecuzione adito, a sua volta, avrebbe tre strade davanti a sé, le prime due delle quali potrebbero fondarsi sugli argomenti illustrati nel presente saggio. O discostarsi subito, in modo tanto clamoroso quanto coraggioso, dalla sentenza delle Sez. Un. qui esaminata, procedendo alla sostituzione richiesta, nella convinzione che la sentenza Scoppola valga senz’altro anche per questi casi. O seguire questa soluzione solo dopo aver ricevuto l’avallo della Corte costituzionale, il cui scrutinio potrebbe essere ritenuto necessario a causa della presenza di un “diritto vivente” sostanzialmente lesivo dei principi fondamentali della successione di leggi penali nel tempo<sup>38</sup>. Oppure attenersi fedelmente all’indirizzo delle

37. Cfr. 5° cpv. del punto 6 del “Considerato in diritto”.

38. Ovviamente, nel valutare e nello specificare questa soluzione, bisognerebbe tener conto della recentissima decisione della Consulta indicata *supra*, nt.

Sez. Un., e dunque rigettare il ricorso. In questa terza evenienza, i condannati in esame non potrebbero far altro che adire la Corte EDU, per far valere una lesione del tipo di quella illustrata *sub* Ia);

II) qualora le Sez. Un., adite nell'ambito della fase esecutiva da un condannato in posizione analoga a quella di Giannone, mutassero orientamento, ossia ritenessero che, in tutti questi casi, si possa e si debba procedere alla sostituzione con la pena di trenta anni di reclusione, si darebbe la soluzione più corretta ed economica. Essa, infatti, non solo riaffermerebbe in generale i principi fondamentali della materia, ma avrebbe anche una valenza pressoché uniforme, tutta interna all'ordinamento nazionale. Più precisamente:

IIa) i condannati che non avessero presentato/non si fossero visti rigettare il ricorso in sede esecutiva potrebbero farlo con la fondata speranza di ottenere la richiesta sostituzione di pena;

IIb) i condannati che si fossero visti rigettare il ricorso in sede esecutiva sarebbero legittimati a ripresentarlo e potrebbero nutrire speranze analoghe<sup>39</sup>.

---

34, come detto non ancora resa pubblica. Ciò contribuisce a spiegare la relativa indeterminatezza della proposta qui avanzata.

39. Secondo quanto chiarito in termini generali dalla celebre Cass. Pen., Sez. Un., 21.1.2010 (dep. 13.5.2010), n. 18288, Rv. 246651.