

Giudicato penale

Retroattività dell'art. 442 c.p.p.:
agli sgoccioli l'era del *tempus regit actum*?
di FABRIZIO GALLUZZO

La decisione

Giudicato penale – Diminuzione della pena nel giudizio abbreviato – Mancata applicazione della norma più favorevole (Fattispecie in tema di ergastolo con isolamento diurno) – Rimedi *in executivis* (C.e.d.u. art. 7; Cost. art. 117; C.p. art. 2, co. 4; C.p.p. art. 442, co. 2; L. 16 dicembre 1999, n. 479, art. 30).

La disposizione di cui all'art. 442, co. 2, c.p.p., relativa alla sostituzione, all'esito di giudizio abbreviato, della pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, con la pena dell'ergastolo senza isolamento diurno, è assoggettata al principio della retroattività della norma penale più favorevole, in quanto norma di diritto penale sostanziale.

Corte d'assise d'appello di Reggio Calabria – 25 ottobre 2010 (c.c. 20 ottobre 2010) - Finocchiaro *Presidente* – Costabile *Relatore*– P.M. (conf.)- Chilà, interessato.

Il commento

1. L'ordinanza qui segnalata è suscettibile di una duplice interpretazione, l'una, magari estrema, che scorge possibili evoluzioni future che vanno al di là del *dictum* della pronuncia *de qua*, l'altra, invece, maggiormente aderente al tenore letterale della stessa, ma in conflitto con l'approccio tradizionale della dottrina processualpenalista.

Optando per la prima delle interpretazioni suggerite, la Corte d'assise d'appello di Reggio Calabria, nel recepire ed applicare la giurisprudenza della Corte europea, avrebbe accantonato, o quanto meno scalfito, il principio *tempus regit actum* che regola l'applicazione della legge penale processuale, consentendo la retroattività di una legge successiva a quella applicabile all'avvio del processo, in quanto più favorevole al reo.

Seguendo la seconda impostazione, al contrario, la Corte, aderendo alla lettura dei principi internazionali affermatasi a largo raggio, si sarebbe limitata a rilevare che le questioni inerenti alla determinazione della pena esulano dalla materia processuale ed avendo na-

tura prettamente sostanziale sono, pertanto, assoggettate ai principi di cui agli artt. 2 c.p. e 25 Cost..

Se l'interpretazione corretta è la seconda (e dal tenore letterale della sentenza che si commenta, l'impostazione, prima facie, apparirebbe questa), la soluzione sarebbe meno sorprendente di quanto si possa pensare (attesa la natura di norma sostanziale dell'art. 442 c.p.p., l'applicazione di principi propri del diritto penale sarebbe assolutamente logico) se non fosse che, come accennato, è annoso il dibattito inerente la natura processuale o sostanziale delle disposizioni di cui all'art. 442 c.p.p..

Per comprendere appieno le rilevanti statuizioni della Corte d'assise d'appello, per poi verificare se la provocazione iniziale ha ragion d'essere, occorre brevemente ripercorrere le tappe della vicenda processuale de qua, che (si veda il prosieguo) ricalca il caso affrontato dalla Corte europea nel caso Scoppola.

La Corte territoriale era stata adita ai sensi degli artt. 665 ss. c.p.p. da soggetto precedentemente condannato alla pena dell'ergastolo, all'esito di giudizio abbreviato in appello.

Con l'incidente di esecuzione, l'istante lamentava che, in pendenza del giudizio abbreviato, da lui richiesto anche in considerazione della possibilità di beneficiare, nell'ipotesi della condanna all'ergastolo, della riduzione della pena a trenta anni di reclusione, era intervenuto il d.l. 24 novembre 2000, n. 341, (conv. con modificazioni nella l. 19 gennaio 2001, n. 4) che, mediante l'asserita interpretazione autentica dell'art. 442, co. 2, c.p.p., aveva sancito che dinanzi alla condanna all'ergastolo con isolamento diurno (pena che, di fatto, gli era stata comminata), la riduzione conseguente al rito avrebbe dovuto portare al mero ergastolo senza isolamento diurno, anziché alla pena a trenta anni di reclusione.

Riteneva, pertanto, di essere stato danneggiato dall'applicazione di una legge successiva, a lui sfavorevole, avendo egli, a suo tempo, optato per il rito, in considerazione della lettera dell'art. 442 c.p.p.

QUESTIONI APERTE

(¹) che, facendo menzione della sola <<pena dell'ergastolo>>, non contemplava affatto la distinzione, poi sopravvenuta, di cui sopra. Situazione del tutto simile, come anticipato, a quella sottoposta alla Corte di Strasburgo nella vicenda Scoppola c. Italia.

2. Anche la nota vicenda Scoppola, approdata fino alla Corte europea dei diritti dell'uomo (²), era iniziata con una richiesta di giudizio abbreviato finalizzata alla riduzione della (ritenuta probabile) condanna all'ergastolo.

Analogamente al caso che ci occupa, la richiesta del rito alternativo era stata avanzata prima dell'introduzione del già citato d.l. n. 341 del 2000, entrato in vigore, addirittura, il giorno stesso in cui era

(¹) La questione dell'art. 442 c.p.p. è lunga e spinosa. Essa affonda le radici nei lavori preparatori per la redazione del codice del 1988, nel corso dei quali si decise di "determinare in modo fisso la pena da sostituire all'ergastolo" e cioè trenta anni di reclusione. Prosegue con la declaratoria di incostituzionalità, per eccesso di delega, della norma (Corte cost. n. 176 del 1991, in Foro it. 1991, 2318; in letteratura cfr. TRANCHINA, Giudizio abbreviato e reati punibili con l'ergastolo, in Foro it., 1991, 2318; LORUSSO, Limiti oggettivi al giudizio abbreviato, giudice naturale e pubblicità dei giudizi: considerazioni in margine alla sentenza costituzionale n. 176 del 1991, in Cass. pen., 1992, 530; sul tema anche DUBOLINO, Considerazioni in tema di incompatibilità tra rito abbreviato e reati punibili con la pena dell'ergastolo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 176/1991, in Arch. nuova proc. pen., 1991, 178). Si esaurisce, dapprima con l'intervento del legislatore del 1999 che, superato il problema dell'eccesso di delega, aveva sostanzialmente ripristinato la versione primigenia della norma; e poi con l'ulteriore intervento del legislatore (con l'art. 7 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con l. 19 gennaio 2001, n. 4) che, dando un'interpretazione autentica dell'art. 442, co. 2, c.p.p., ha sancito che la formula <<pena dell'ergastolo>>, <<deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno>> ed ha introdotto la disposizione relativa all'ergastolo con isolamento diurno (riduzione, all'esito dell'abbreviato, in ergastolo senza isolamento diurno). In senso critico, prima della riforma, GIORDANO, La "normalizzazione" del processo penale segna la fine della stagione antimafia, in Guida dir., 2000, 22, 9. In materia di diritto intertemporale, si veda GIANNONE, Giudizio abbreviato ed ergastolo: dopo la declaratoria di incostituzionalità importanti chiarimenti (di diritto intertemporale e non) delle Sezioni Unite della Cassazione, in Cass. pen., 1992, 2709.

(²) Corte eur., 11 febbraio 2010, Scoppola, in www.osservatoriocedu.it.

stata pronunciata la sentenza di condanna (trenta anni di reclusione, quale effetto della riduzione per il rito prescelto dall'imputato). Avverso la sentenza di condanna ed, in particolare, sul punto inerente la quantificazione della pena, aveva proposto appello la Procura generale presso la Corte di appello, invocando l'applicazione della modifica procedurale (rectius: dell'interpretazione autentica) dell'art. 442 c.p.p. e l'applicazione al condannato dell'ergastolo senza isolamento diurno, quale riduzione della pena effettivamente individuata (ergastolo con isolamento diurno).

La Corte d'assise d'appello aveva accolto l'impugnazione della Procura (e per l'effetto portato la pena da trenta anni di reclusione ad ergastolo) valorizzando i rilievi secondo i quali, da un lato la norma modificata era assoggettata al principio *tempus regit actum* essendo di carattere processuale, dall'altro perché il decreto legge sopravvenuto contemplava una norma transitoria che attribuiva all'imputato la facoltà di scelta tra il mantenimento del giudizio abbreviato o il ritorno al rito ordinario: nel caso di specie l'imputato aveva proseguito con il rito alternativo.

Ribaltando il *decisum* della Corte territoriale, la Corte di Strasburgo ha, invece, aderito all'impostazione del ricorrente che ha invocato l'applicabilità anche al suo caso dell'art. 7 C.E.D.U. ed, in particolare del corollario del principio della non retroattività della legge penale, ovverosia la retroattività della legge successiva più favorevole all'imputato ⁽³⁾, sulla scorta della qualificazione del disposto dell'art. 422 c.p.p. come norma di diritto penale sostanziale.

⁽³⁾ Sul punto, BERANARDI, Sub art. 7, in *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, Padova, 2001, 297 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 56 ss.; VIGANO', *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. pen. proc.*, 2007, 42 ss.; ID., *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della Corte EDU*, in AA. VV. *La tutela dei diritti e delle libertà nella Corte EDU*, suppl. *Giur. mer.*, 2008, XII, 81 ss.

QUESTIONI APERTE

Pur essendo inserita nel corpo del codice di procedura penale, in altre parole, la Grande Camera ha ritenuto che la norma contenesse esclusivamente disposizioni di natura sostanziale, inerendo la quantificazione della pena, per quanto irrogata all'esito di un processo pur sempre assoggettato al principio del *tempus regit actum*. Il criterio ⁽⁴⁾ utilizzato per individuare il principio applicabile in materia è stato quello della distinzione tra norme destinate ad individuare le fattispecie incriminatrici e le relative pene (cui si applica il principio della retroattività della legge più favorevole al reo) da quelle inerenti l'esecuzione o l'applicazione della pena (per le quali resta ferma l'applicazione della legge processuale in vigore al momento dell'applicazione).

Il retroterra normativo, giurisprudenziale e culturale su cui la Corte di Strasburgo ha innestato tale pronuncia, parte da principi sanciti nel Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici (art. 15), nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo (art.9), nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (art. 49), passa per l'applicazione concreta ma, soprattutto, si sintetizza in un comune sentimento internazionale volto all'applicazione retroattiva della pena più mite, dinanzi al succedersi delle leggi nel tempo.

3. L'occasione per introdurre anche nel nostro ordinamento i principi in materia di retroattività della legge penale più favorevole, sanciti dalla Corte di Strasburgo, in ossequio alla posizione oggi assunta dalla giurisprudenza CEDU nel nostro scacchiere delle fonti ⁽⁵⁾, si è materializzata con l'incidente di esecuzione sollevato

⁽⁴⁾ Tale criterio era già stato sancito nel caso *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008, n. 21906/04.

⁽⁵⁾ Ciò a partire dalle note sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale e poi in Cass., Sez. III, 11 maggio 2010, in C.E.D. Cass., n. 247280. In materia, CARTABIA, Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici, in *Giur. cost.*, 2008, 3564 ss; PETRI, Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno, in *Cass. pen.*, 2008, 2296; TEGA, Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub costituzionale" del diritto, in *Quad. cost.*, 2008, n. 1; SCIARABBA, Tra fonti

dinanzi alla Corte d'assise d'appello di Reggio Calabria che ricalca precisamente la vicenda processuale Scoppola.

In presenza di una decisione sovranazionale, vincolante per lo Stato italiano ma necessitante di applicazione giurisdizionale interna, esattamente coincidente nei presupposti con il caso di specie, la decisione che si commenta ha così recepito, sulla base delle stesse considerazioni che avevano guidato i giudici della Grande Camera, un'interpretazione della norma di cui all'art. 442 c.p.p. che, come si dirà, potrebbe essere suscettibile di estendersi ad altre norme procedurali così da ridisegnare aspetti cardine del nostro sistema.

L'adesione all'interpretazione della Corte e.d.u. (realizzata concretamente, in ossequio alla giurisprudenza di legittimità ⁽⁶⁾, con la procedura, correttamente instaurata dal ricorrente, prevista dagli artt. 666 ss. c.p.p., ed individuata per sopperire alla mancanza di uno strumento ad hoc) è fondata essenzialmente sui due punti focali della "decisione modello": la qualificazione del contenuto dell'art. 442 c.p.p. come disposizione inerente la pena e, come tale, di natura sostanziale, ed il principio-guida, comune ormai a tutte le istituzioni internazionali, della necessaria prevalenza della legge che contempli la pena meno afflittiva per il reo, laddove questa sia sopravvenuta.

Siamo di fronte, allora, ad una innovazione epocale del nostro sistema processuale, se è vero che, pur sotto la qualificazione formale di norma di diritto penale, si applicherebbe un principio proprio della legge sostanziale ad una disposizione procedurale, facendo così filtrare il concetto della retroattività della norma che preveda una pena più favorevole al reo in un habitat tradizionalmente improntato alla regola opposta, in ossequio a variegate esigenze, in primis di stampo politico-criminale?

e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali, Padova, 2008, 305 ss.

(⁶) Cfr. Cass., Sez. V, 28 aprile 2010, Scoppola, in *Giur. it.*, 2010, 2643, con nota di FURFARO, L'esecuzione delle decisioni europee di condanna: riflessioni sullo "stato dell'arte" anche in prospettiva di scelte normative.

QUESTIONI APERTE

Oppure siamo soltanto al cospetto dello sgretolamento di una concezione, quella che afferma la natura processuale della disposizione inerente la riduzione della pena, sulla base di aspetti meramente formali, quali l'applicazione della stessa mediante lo strumento del processo o l'inserimento della norma nel corpo del codice di procedura, quasi che la collocazione sia elemento decisivo per qualificarla?

4 Nella premessa avevamo lanciato una provocazione: con la pronuncia in esame si sta mettendo in dubbio il futuro del *tempus regit actum* in ambito processuale?

Se ogni aspetto inerente la tipologia della pena e la sua quantificazione astratta appartiene al campo del diritto penale, appare sicuramente innovativa l'impostazione che inquadra anche la regola procedurale per l'applicazione concreta della pena sotto l'ombrello del diritto penale: lo stato della giurisprudenza interna appariva pacifico sul punto, escludendo che l'applicazione della riduzione propria del giudizio abbreviato dovesse rispondere a principi di natura sostanziale ⁽⁷⁾.

Riferendoci a titolo esemplificativo alla vicenda in esame, il ruolo della norma sostanziale, secondo l'impostazione tradizionale, si esaurirebbe nell'individuazione della categoria delle pene ricondu-

(7) Sez. Un., 31 maggio 1991, Volpe, in *Foro it.*, 1991, II, 646 con nota di FERRARO, Ancora qualche considerazione sulla natura della riduzione di pena nel giudizio abbreviato; Corte cost., 31 maggio 1990, n. 277, in *Giur. cost.*, 1990, 1673. Anche in dottrina diverse voci si erano espresse in favore della natura processuale della disposizione: cfr. FERRUA, Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare, in *studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990, 53; CORDERO, sub art. 442, in *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 2990, 499; LUPO, Il giudizio abbreviato, in *Cass. pen.*, 1989, 1862; MERCONE, Le diminuenti dei nuovi riti speciali e i limiti di pena applicabile, *ivi*, 1990, 1825; PAGLIARO, Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 36; VENAFRO, Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento, *ivi*, 1993, 1114.

cibili al dato reato: ergastolo secco, con o senza isolamento diurno; e nella scelta e quantificazione.

La norma processuale subentrerebbe, in maniera automatica, sottratta ad ogni discrezionalità, una volta che sia stata determinata la pena, secondo i criteri di valutazione sostanziale (artt. 63, 69, 133 c.p.), con i quali vengono valutate le circostanze del fatto e gli aspetti inerenti alla personalità dell'imputato ⁽⁸⁾.

La riduzione conseguente all'adozione del rito sarebbe disposta e realizzata, invece, secondo una norma ideata e costruita con finalità che prescindono dalla individuazione e determinazione della pena, eterogenea, essendo volta, da un lato ad indirizzare la strategia difensiva dell'imputato (effetti premiali e costi del processo), dall'altra ad assicurare all'ordinamento il perseguimento delle note finalità di economia processuale.

L'intervento della Corte e.d.u. e, poi, dei giudici nazionali, appare in linea, tuttavia, con la concezione elastica del principio di legalità che si sta affermando nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ⁽⁹⁾, sbilanciata in senso sostanziale, tanto dal punto di vista della conoscibilità del precetto penale, quanto della prevedibilità delle sanzioni: aspetto, il secondo, che, come detto, si colloca nel limbo tra il diritto penale e la procedura.

Si tratta, in altre parole, di un'impostazione che, superando vincoli concettuali eccessivamente formalistici, mira ad affermare il prin-

⁽⁸⁾ Sulle finalità di prevenzione speciale della pena, Sez. VI, 6 novembre 1990, Sforza, in Cass. pen., 1991, 435, con note di VESSICHELLI, Sulla rilevanza della diminuzione di pena per il giudizio abbreviato ai fini della prescrizione, e di SELVAGGI, Sulla natura della diminuzione conseguente al giudizio abbreviato.

⁽⁹⁾ Cfr. Corte eur., 29 marzo 2006, Achour c. Francia; in dottrina, BERNARDI, "Riserva di legge" e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 2006, XX, 43 ss; PALAZZO, Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale", in *Quad. Fior.*, 2007, 1318 ss.; FIANDACA, Legalità penale e democrazia, *ivi*, 1273 ss.; ESPOSITO, Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali, *Torino*, 2008, 302 ss.

QUESTIONI APERTE

cipio per cui la norma di diritto sostanziale non può essere elusa nell'applicazione, dietro la facciata della procedura.

Certo è che il recepimento di tale approccio, indubbiamente finalizzato alla diffusione di concetti nobili, dei quali si sta arricchendo la cultura giuridica europea, trova ostacoli nella tradizionale impostazione interna e, se non adeguatamente circoscritto, è suscettibile di avviare una possibile rivoluzione (l'accantonamento del *tempus regit actum*) mediante la lettura di sempre più norme procedurali in chiave sostanziale.

La provocazione lanciata in avvio, probabilmente, non è allora infondata, in quanto il ragionamento alla base dell'intervento sull'art. 442 c.p.p. (anche la norma procedurale che applica una pena risponde ai principi di natura sostanziale per il solo fatto che riguarda la pena) è suscettibile di creare sempre più brecce in un sistema improntato sull'applicabilità della legge processuale vigente nel momento in cui si celebra il processo, principio che affonda le radici nella nostra tradizione e che risponde anche ad esigenze di politica legislativa non sindacabili di volta in volta, in riferimento alla singola posizione processuale.