

IL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ
DELLA LEGGE PENALE: FUNZIONE,
MECCANICA E RAPPORTI CON LA
COLPEVOLEZZA

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 11.1.2023

Dario Micheletti*

THE PRINCIPLE OF NON-RETROACTIVITY OF THE PENAL LAW:
FUNCTION, MECHANICS AND RELATIONSHIP WITH GUILT

After having clarified the foundation of penal non-retroactivity as a barrier to assessments of substantial justice that are not reflected in the formal context of the law, the essay focuses on the relationship between the principles of non-retroactivity and guilt. The objective is to prevent the two guarantees from coinciding by ensuring that the first is more effective than the one that is usually recognized in doctrine. In fact, retroactivity occurs not only when the rule is subsequent to a fact, but because it re-evaluates the already perfected legal effects. On the basis of this approach, both forms of hidden retroactivity and the recognition by the interpreter of forms of apparent retroactivity can be better contained.

KEYWORDS *Principle of non-retroactivity – Rule of law – Legal interpretation – Guilt – Tempus commissi delicti*

SOMMARIO 1. La *Grundnorm* del sistema penale. – 2. Le più comuni e insoddisfacenti spiegazioni funzionalistiche del principio di irretroattività. – 3. L'art. 25, comma 2, Cost. quale baluardo dal giustizialismo. – 4. L'imprescindibile superamento del divieto di retroattività come doppione del principio di colpevolezza. – 5. Un raggirio teorico da bandire: la c.d. "retroattività impropria". – 6. La "natura interpretativa" della retroattività come rivalutazione. – 7. L'essenza politica della irretroattività giuridica, risolta una volta per tutte dall'art. 25, comma 2, Cost. – 8. Le specificità penalistiche dell'interpretazione retroattiva. – 9. Dal *tempus commissi delicti* al *tempus effecti poenalis*. – 10. Un'evoluzione diagnostica indispensabile ad arginare la retroattività occulta. – 11. La collocazione intertemporale dei reati di durata. – 12. La retroattività apparente. – 13. La recente giurisprudenza costituzionale sul divieto di retroattività, tra buoni propositi ed errori tecnici.

1. La *Grundnorm* del sistema penale

Sminuito in ambito didattico a corollario, il principio di irretroattività della legge penale costituisce in realtà la *Grundnorm* del sistema punitivo¹. Lo rivela sia il dato letterale, non essendovi enunciazione costituzionale e convenzionale del *nullum crimen*

* Professore ordinario nell'Università di Siena.

¹ Cfr. per tutti G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 305 ss.

sine lege che non assuma la veste lessicale del divieto di retroattività², sia il confronto con gli altri principi desumibili dall'art. 25, comma 2, Cost. Basti considerare che, diversamente dalla riserva di legge, l'irretroattività non si limita a selezionare la fonte dello *ius puniendi* difendendola dagli altri poteri costituzionali; né essa si concentra sulle caratteristiche qualitative, pur fondamentali, del precetto penale, alle quali tendono la tassatività-determinatezza. Semmai, imponendo la sequenza «*norma-fatto-pena*» quale vincolo strutturale della meccanica punitiva³, il divieto di retroattività si prefigge di definire l'*ubi consistam* della "penalità" in quel determinato ordinamento giuridico.

Di qui un'ulteriore conseguenza sistematicamente trascurata dalle concezioni più libertine della legalità penale, che circoscrivono la portata dell'art. 25, comma 2, Cost. solo alla fase genetica della disposizione incriminatrice.

In realtà l'irretroattività, rigettando l'alternativa sequenza «*fatto-norma-pena*» che viene ammessa, con qualche correttivo, nei sistemi a produzione giuridica giurisprudenziale⁴, esprime un'efficacia più generale e di carattere sistemico. Non avrebbe infatti senso che ne fossero tutelati solo gli autori del fatto commesso prima dell'introduzione della nuova disposizione, mentre gli autori del fatto commesso durante la vigenza della norma penale siano lasciati in balia di valutazioni extra-legali. Per scongiurare questa ingiustificata asimmetria occorre concludere che l'art. 25, comma 2, Cost. erige un argine formale durevole e persistente a difesa dell'imputato rispetto a qualsiasi preterlegale parametro di giustizia, così da impedire sia di retroapplicare una nuova norma penale, sia di contaminare l'applicazione di una disposizione vigente con elementi di giudizio che non trovano riscontro nella sua veste lessicale. È dunque necessariamente anche il giudice, oltre al legislatore, il destinatario diretto dell'imperativo costituzionale⁵, giacché ogni tradimento della *littera*

² Il rilievo, per nulla estrinseco, è di F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 286. Almeno un'eccezione in questo senso la si rinviene però nell'art. 14 della Costituzione belga, nella quale il principio di legalità è enunciato, senza accenti intertemporali, nei seguenti termini: «*Nessuna pena può essere stabilita né applicata se non in forza della legge*». Un'eccezione che nulla toglie all'inscindibile nesso esistente tra legalità penale e irretroattività, così come si evince, storicamente, dal tenore letterale dell'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 nonché, al presente, dalla formulazione degli artt. 7 CEDU, 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 15 Patto internazionale sui diritti civili e politici, 11 n. 2 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

³ Per questa lettura intertemporale della legalità formale, cfr. B. PIEROTH, *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*, Berlin, 1981, 162 ss.

⁴ Sul carattere «*necessariamente retroattivo*» [corsivo in originale] del diritto giurisprudenziale v. A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, in *Quad. cost.*, 2017, 456.

⁵ L'intuizione è risalente: v. fra i primi – sia pure con riferimento più generale al principio di irretroattività della legge *tout court* – F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (1849),

legis altro non è che una forma di applicazione retroattiva della norma-preterlegale.

Ma non è questa l'unica incomprendenza che tuttora affligge l'interpretazione dell'art. 25, comma 2, Cost.

Anzi: malgrado la centralità di questo «*superiore principio di civiltà*»⁶, di questo «*principio supremo*» del diritto penale⁷ dalla cui secolare enunciazione dipende la fisionomia dei moderni sistemi penali⁸, sorprende quanto nebulosi siano ancora quasi tutti gli aspetti tecnici che lo riguardano. Al punto da esserne incerto non solo il fondamento, ma addirittura il meccanismo di operatività e, di conseguenza, anche la sua portata, tanto da dubitarsi della stessa possibilità di definire ciò che esso intenderebbe fronteggiare⁹. Forse per questo il divieto di retroattività, per quanto risalente sia nella storia del pensiero penalistico, non ha ancora sprigionato tutta la sua forza selettiva, restando tuttora imbrigliato in un'incomprensione di fondo che ben si scorge anche nella più recente giurisprudenza costituzionale pur meritoriamente orientatasi ad assicurargli, finalmente, un più ampio spazio operativo (v. *infra* § 13).

2. Le più comuni e insoddisfacenti spiegazioni funzionalistiche del principio di irretroattività

Procedendo con ordine, della irretroattività penale va chiarito anzitutto il fondamento, vuoi perché risulta nevralgico nella comprensione di ogni suo ulteriore profilo, vuoi perché è ancora oggetto di affastellate spiegazioni di carattere parziale,

trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1886-1898, 388; F.X. AFFOLTER, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, Leipzig, 1902, 1 ss. Analogamente, nella moderna dottrina penale, per tutti, A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2000, 162 ss. Prevalere invece nella più autorevole giurisprudenza costituzionale una lettura monodirezionale dell'art. 25, comma 2, Cost., secondo cui esso rappresenta «*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*»: C. cost., 26 febbraio 2020, n. 32, considerato in diritto § 4.3.1. A conferma della incidenza costituzionale del principio di irretroattività v'è chi sottolinea che il giudice non ne è solo destinatario ma anche beneficiario, giacché ogni forma di retroattività implica sempre un'interferenza nell'esercizio della *potestas iudicandi*: A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività*, cit., spec. 454.

⁶ G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 77 ss.

⁷ G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, Torino, 2022, 129 ss.

⁸ V. *amplius* F. BERTOLDI, *L'origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Forum historiae iuris*, 26.10.2016.

⁹ Così M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, spec. 1831 ss.

estrinseco o tautologico, in quanto tali incapaci di coglierne l'autonoma e più profonda essenza.

Al di là delle letture retoriche¹⁰, è agevole constatare, per esempio, come non possano essere solo esigenze di certezza o di tutela dell'affidamento del cittadino a giustificare l'operatività del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole¹¹. Tali esigenze s'impongono in ogni ramo dell'ordinamento, ragione per cui non si spiegherebbe perché soltanto nel settore penale esse dovrebbero elevarsi a limite per il legislatore, impedendogli di disciplinare i fatti precedenti al proprio intervento¹². D'altra parte – con riferimento alle spiegazioni «endopenalistiche»¹³ – l'irretroattività penale sfavorevole non potrebbe neppure dipendere dalla supposta inclinazione del

¹⁰ Il riferimento è soprattutto alle impostazioni, particolarmente diffuse nella letteratura di lingua spagnola, che fondano il divieto delle retroattività penale sfavorevole sul “rispetto della dignità della persona”: cfr., anche per gli ulteriori richiami, C. BLANCO LOZANO, *La aplicación temporal de las normas penales*, in *Cuad. pol. crim.*, 2000, 284. Una posizione, questa, che si ritrova di frequente anche nella dottrina inglese, la quale, confrontandosi con un sistema a legalità sostanziale – tendenzialmente incline, com'è noto, all'applicazione retroattiva delle norme – ritiene che il divieto di retroattività rappresenterebbe per lo meno un «criterio morale» cui il sistema giuridico deve tendere: cfr., tra i filosofi del diritto, L.L. FULLER, *The Morality of Law* (1969), tr. it. Milano, 1986, 71 ss.

¹¹ Per questa convinzione forse ancora oggi maggioritaria v. M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 37; F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma, Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 24-26 - Rapporti civili*, Bologna, Roma, 1981, 232 ss.; ma già prima ID., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, spec. 185, ove la irretroattività penale è definita «l'espressione più pura dell'esigenza di certezza». Analogamente M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, 115; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 175 ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999, 305; nonché nella dottrina straniera, fra gli altri, K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, in *FS für K. Peters*, Tübingen, 1974, 194; V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes* “nullum crimen, nulla poena sine lege”, Berlin, New York, 1983, 132; J. PFÖHLER, *Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Strafprozessrecht aus dogmenhistorischer Sicht*, Berlin, 1988, rn. 1015; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990, 259 ss. È questa peraltro la tesi più ricorrente nella letteratura spagnola: v., per tutti, L.F. RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*, in *Poder Judicial. Número especial*, vol. VI, *Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, 1989, spec. 96 ss.; C. BLANCO LOZANO, *La aplicación temporal*, cit., 285; nonché per una più completa indicazione bibliografica E. FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal español*, Barcelona, 2004, 277, nt. 155.

¹² Per una più ampia confutazione della tesi v. G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, 9 ss., spec. 44 ss. Relativamente all'inesattezza di questa argomentazione, così come di altri fondamenti logico-giuridici adottati a giustificazione del principio di irretroattività, cfr. M. CAPURSO, *Il problema della posizione delle norme giuridiche sulla irretroattività delle leggi*, in *Rass. dir. pubb.*, 1955, spec. 434 ss.; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I, *Parte generale*, Torino, 1967, 153; R. TARCHI, *Le leggi in sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, 41 ss.

¹³ Per questa terminologia cfr. P. SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988, 20 ss.

sistema penale verso la prevenzione generale negativa, la quale, concependo la pena come strumento di deterrenza, ne esigerebbe la previa intimidazione¹⁴. A tutto concedere, una simile impostazione si scontra con il fatto che una più efficace dissuasione sarebbe all'inverso raggiungibile proprio con l'applicazione retroattiva della nuova legge più severa¹⁵. Senza contare poi che l'effetto di orientamento ben può essere svolto da strumenti di indirizzo comportamentale preesistenti al precetto penale, quali la morale, il costume o antecedenti illeciti amministrativi con cui la nuova legge penale potrebbe saldarsi¹⁶.

D'altronde, non convince neppure la spiegazione dell'art. 25, comma 2, Cost. che vede nella previa indicazione del precetto penale un'indispensabile condizione di operatività del principio di colpevolezza¹⁷. Quand'anche infatti si volesse sorvolare sul

¹⁴ Così invece, per primi, P.J.A. VON FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I (1799), rist., Aalen, 1966, 45 ss., 145 ss.; analogamente H. BLONDEAU, *Dissertation sur l'effet rétroactif des lois*, in *Recueil général des lois et des arrêts*, vol. IX (1809), II, 277 ss.; nonché, nella letteratura moderna, R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, cit., 154; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 103 ss.; P. MAZUREK, *Zum Rückwirkungsverbot gemäß § 2 Abs. 3 StGB*, in *JZ* 1976, 235; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin, New York, 1978, 24 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme* (1986), tr. it., Milano, 1992, 68; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, 1997, 344. Aderisce con forza a questa impostazione, T. ELSNER, *Das intertemporale Strafrecht und die deutsche Wiedervereinigung*, Aachen, 2000, spec. 53 ss., ove si ritiene che la generalprevenzione negativa costituisca la *ratio* del divieto di retroattività almeno nel diritto penale complementare, il quale, non incriminando condotte la cui offensività è apprezzabile a prescindere dalla conoscenza del precetto, impone, per poter esplicare la propria efficacia orientativa, la previa indicazione del modello comportamentale da seguire. Nella letteratura spagnola, su posizioni analoghe, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010, 138 ss.; nonché in argomento diffusamente E. FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos*, cit., 451 ss.

¹⁵ Così, per tutti, F. PALAZZO, *Introduzione*, cit., 291 ss., secondo il quale – per respingere la tesi secondo cui il divieto di retroattività della legge penale dipenderebbe dalla funzione generalpreventiva della sanzione penale – basterebbe osservare come «*l'irrogazione di una pena retroattiva per un fatto non previsto come reato al momento della sua commissione potrebbe avere un ottimo effetto dissuasivo e orientativo verso il futuro, costituendo un pronto e convincente monito per i consociati*». Per un analogo rilievo E. FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos*, cit., 451 ss.

¹⁶ Di questo avviso era peraltro già C.F. GABBA, *Della retroattività in materia penale*, in Id., *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II, Torino, 1884, 316, il quale, avversando la deduzione del divieto di retroattività quale corollario della funzione generalpreventiva della pena, osservava che «*l'aspettazione del male come effetto del delitto è talmente imposta dalla morale, e naturalmente radicata in ognuno, che nella poco verosimile ipotesi della totale mancanza di pena per un reato moralmente grave, ognuno saprebbe di dover temere dalla società stessa quella meritata retribuzione che lo Stato non gli avrebbe minacciata*». Analogamente, sempre nella criminalistica, H. SEEGER, *Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, Tübingen, 1862, 28.

¹⁷ In questo senso v., per esempio, nella nostra letteratura G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 166 ss. *Amplius*, su questa impostazione, E. FRÍGOLS I

fatto che tale spiegazione varrebbe solo per le norme incriminatrici e non per ogni nuova disciplina penale, va sottolineato che, secondo un'opinione oramai pacifica, il giudizio di rimprovero non esige l'effettiva conoscenza del precetto, fondandosi semmai su “*una percezione laica del disvalore del fatto commesso*”¹⁸. Ragione per cui sarebbe incoerente che solo rispetto allo *ius novum* non ci si possa avvalere dell'intrinseco contenuto offensivo di talune tipologie di condotta al fine di ritenere colpevole il soggetto agente alla luce della successiva legge che le incrimina¹⁹. Da qui la definitiva e convincente conclusione secondo cui la «prevenzione generale» e la «colpevolezza» costituirebbero, non già i fondamenti ultimi del *nullum crimen sine praevia lege poenali*, bensì i suoi «corollari»²⁰, a ulteriore conferma della centralità di tale divieto nella conformazione strutturale del nostro sistema penale.

Infine, il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. non pare neppure giustificabile in termini rigorosamente logici. Anzi, da tale prospettiva, esso strida a tal punto con l'ancestrale istanza “*ne crimina remaneant impunita*”²¹ da indurre persino i primi teorici della irretroattività a derogarvi proprio nel campo penale, in quanto la tardività del legislatore penale nel cogliere la scelleratezza e la turpitudine di un fatto non costituirebbe una ragione sufficiente per sottrarlo alla giusta condanna²². Si spiega così

BRINES, *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*, San José, 2002, 74 ss., con ampi riferimenti alla dottrina internazionale.

¹⁸ Com'è noto una «*conoscenza laica del significato sociale del fatto*» è ritenuta già sufficiente per imputare colpevolmente il fatto descritto dal precetto penale mediante un elemento normativo, anche là dove il soggetto agente dovesse eccipire l'ignoranza dei riferimenti tecnico-giuridici cui rinvia la disposizione incriminatrice: in questo senso, per tutti, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 182 ss.; E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, 166 ss.; M. DONINI, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *Ind. pen.*, 1989, 145 ss., 160; e con alcune precisazioni F. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 185 ss., nonché più di recente M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 34 ss., 70 ss., 85 ss., 257, *passim*.

¹⁹ Per analoghe argomentazioni v., fra gli altri, H.L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt a.M., 1976, 209 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege*, cit., 15; V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, cit., 133; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993, 258; T. ELSNER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., 51; E. FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos*, cit., 280 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁰ In tal senso G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3ª ed., Milano, 2001, 12 (considerazioni non più presenti nell'ultima edizione del manuale, che ne ha comunque mantenuto la sostanza: v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2022, 125 ss.).

²¹ V. in argomento, anche per le implicazioni intertemporali nel diritto penale romano, G. SCHÖCKEL, *Die Entwicklung des Strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution*, Göttingen, 1968, 8 ss.

²² Così CICERONE il cui pensiero è riportato per esteso da P. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps. Théorie dite de la non-rétroactivité des lois*, vol. II, Paris, 1933, 507.

la ragione per cui, tra tutte le regole intertemporali, il divieto di retroattività penale fu l'ultimo a essere elaborato²³ e il primo a essere enunciato dagli Stati moderni. Nulla più di questo canone si frappone all'inclinazione emotiva dell'istinto punitivo: il quale, focalizzandosi sugli atti oggettivamente turpi ed offensivi, tende a impadronirsi anche se commessi prima della loro incriminazione formale.

3. L'art. 25, comma 2, Cost. quale baluardo dal giustizialismo

È proprio soffermandosi a riflettere sull'ultima considerazione esposta, ossia sull'irriducibile contrasto tra l'impulso di giustizia sostanziale e il divieto di retroattività penale, che ben si riesce a cogliere l'autentico fondamento dell'art. 25, comma 2, Cost.

Invero, ciò che questa norma costituzionale si prefigge è proprio il ripudio di quel sentimento di giustizia sostanziale che, un tempo, si frapponeva al suo accoglimento in ambito penale. Obiettivo della *Grundnorm* è, con altre parole, l'immunizzazione del sistema punitivo da qualunque "sentimento assiologico informale" lo potrebbe condizionare. L'art. 25, comma 2., Cost. intende sancire, più di preciso, che nessun preesistente e immanente concetto di giustizia, cultura religiosa, ideologia massimalista, sentire comune o visione del mondo può essere in grado di anticipare e condizionare la meccanica punitiva. La conseguenza tecnica di un siffatto "autarchismo" è che il reato, nei moderni ordinamenti retti dal divieto di retroattività, lungi dall'identificarsi con il peccato, il fatto amorale o genericamente antisociale, origina solo dal contrasto con un parametro normativo adottato al termine di un "democratico" procedimento di riconoscimento²⁴. Il tutto – si badi bene – non già come vuota devozione al formalismo; né quale semplice rivendicazione autonomistica del diritto penale rispetto alla morale, alle ideologie o alla religione. Alla base della *prééminence du droit* sta semmai la salvaguardia del "*pluralismo etico*" di una società, ossia il diritto di

²³ Com'è noto, infatti, nel diritto romano vigeva la regola della retroattività sfavorevole in materia penale: v. per tutti P. ROUBIER, *Les conflits*, cit., 506 ss.

²⁴ Sulla natura prettamente istituzionale del reato v. già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. I (1886), rist., Bologna, 1993, 73 ss. (§ 34 ss.), 90 (§ 54), *passim*. È ciò che nella giurisprudenza della Corte EDU viene definito *prééminence du droit/rule of law*: P. WACHSMANN, *La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Le droit des organisations internationales – Recueil d'études à la mémoire de J. Schwob*, Bruxelles, 1997, 241 ss.: nonché le *Rapport sur la prééminence du droit*, adopté par la *Commission européenne pour la démocratie par le droit* (c.d. *Commission de Venise*), 28 marzo 2011.

ciascuno a orientare la propria esistenza ai più diversi valori fintanto che i limiti dell'agire non siano prefissati²⁵.

A riprova, basterebbe considerare che là dove la collettività risulta coesa attorno a un comune nucleo culturale o religioso – come ad esempio negli Stati islamici²⁶ – non v'è controindicazione di sorta nell'applicazione retroattiva di una nuova norma sanzionatoria²⁷, perché quest'ultima esprime quei valori che, anche prima della sua emanazione, la comunità riconosceva come vincoli deontici²⁸. In questi contesti, così

²⁵ Per una lettura prettamente politica del divieto di irretroattività sfavorevole v., soprattutto, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 7 ss.; (non più nell'ultima edizione del manuale incline a recepire meno soddisfacenti considerazioni funzionalistiche estratte da talune sentenze della Corte costituzionale: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale*, cit., 124); F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2021, 136 ss. Ma la giustificazione del divieto di retroattività in termini di pura garanzia, non mediata quindi da alcun altro fattore (quale la certezza del diritto, l'affidamento dei consociati, la colpevolezza, ecc.) rappresenta oggi la tesi che raccoglie i maggiori consensi nella dottrina: cfr., per tutta la criminalistica ottocentesca, in maniera esemplare, C.F. GABBA, *Della retroattività*, cit., 318 ss. e A. MEYNE, *Essai sur la rétroactivité des lois repressives*, Bruxelles, 1863, 38 ss.; nonché nella letteratura moderna, senza pretese di completezza, G. MAGGIORE, voce *Successione di leggi penali*, in *N. dig. it.*, vol. XVIII, 1940, 980; A. PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1064; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, a cura di G.D. PISAPIA, Torino, 1981, 366 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2020, 87 ss.; M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, 97 ss.; F. PALAZZO, *Introduzione*, cit., 292 ss. Nella letteratura tedesca, comunque più incline a mettere insieme diverse giustificazioni, v. per una tale accentuazione: A. ARNDT, *Die Zeit im Recht (Zum Streit um die "Rückwirkung" von Gesetzen). Die verfassungsrechtliche Bedeutung der strafrechtlichen Verjährung*, in *NJW* 1961, spec. 14 ss.; G. GRÜNWARD, *Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege"*, in *ZStW* 1964, 16 ss., spec. 18; H.L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, cit., 220; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege*, cit., 9 ss.; V. ERB, *Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtsfertigungsgründen. Zur Reichweite des Grundsatzes "nullum crimen sine lege" unter besonderer Berücksichtigung der "Mauerschützen-Fälle" und der soziaethischen Einschränkungen des Notwehrrechts*, in *ZStW* 1996, 277 ss. In Francia per tutti A. GROUBER, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité dans le temps*, Paris, 1915, 108 ss.; in Spagna, fra gli altri, E. FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos*, cit., 295 ss.

²⁶ Per una ricostruzione storica dei gruppi sociali e degli ordinamenti, come quello cinese (ma v. anche l'art. 15 c.p. uruguayano del 1933 e l'art. 10 del c.p. russo del 1926) il cui sistema intertemporale è stato retto dal principio di retroattività, cfr. G. PACE, *Il diritto transitorio. Con particolare riferimento al diritto privato*, Milano, s.d. (ma 1944), 27 ss.

²⁷ Sul carattere *naturalmente* retroattivo del diritto divino A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività*, cit., 456.

²⁸ Basti considerare, a riprova, la *fatwa* emanata dall'ayatollah Khomeyni, che condannò a morte lo scrittore indiano Salman Rushdie, per il libro *Versetti satanici* (Mondadori, 1994), facendo leva sull'istituzione retroattiva del reato di «apostasia» [anche se nella cronaca giornalistica si fa spesso riferimento – forse perché meglio comprensibile – al reato di «blasfemia», già invece previamente delineato dal diritto penale islamico, notoriamente incentrato su una tipizzazione casistica degli illeciti]. Per la verità, volendo essere più precisi, occorre aggiungere che negli Stati islamici, in cui la legge gode di un'autorevolezza religiosa, non è neppure concepibile il fenomeno tecnico della «retroattività normativa». Le nuove leggi, infatti, essendo intese quali manifestazioni della volontà divina, rappresenterebbero delle proiezioni di

come accadeva nell'antica Roma, non sarebbe allora tollerabile che il ritardato intervento del soggetto normatore comprometta il senso di giustizia da tutti condiviso, giacché un simile costo di effettività non sarebbe bilanciato da una consistente aspettativa individuale. All'opposto, negli ordinamenti liberali, fondati sul diritto di ciascuno di orientare la propria esistenza ai più diversi valori, lo strumento della pena potrà applicarsi solo ai fatti la cui illiceità sia stata definitivamente sancita in modo formale, sebbene tale condizione finisca per lasciare impuniti fatti che meriterebbero una risposta sanzionatoria secondo lo *ius novum*. È, dunque, nel tipo di "contratto sociale" che l'irretroattività trova la propria origine, quale corollario di un determinato modello di Stato e di sistema penale, congegnati da una società che antepone la libertà dell'individuo rispetto alle aspettative della collettività²⁹.

Per le suddette ragioni, non può sorprendere che sia proprio l'affermazione del divieto di retroattività a segnare l'avvento del diritto penale moderno. Un diritto penale sorretto non già da un ideale modello di giustizia, ma da un ideale modello di uomo "*non degradabile da soggetto a oggetto*"³⁰. Un uomo libero a tal punto da poter scegliere il quadro di valori verso cui orientare la propria esistenza, con la sola eccezione di tenere comportamenti strettamente, inequivocabilmente, puntualmente vietati. Di qui la predilezione della "forma" quale tecnica di delimitazione della materia "penale": perché la forma linguistica sarà anche un fragile usbergo³¹, ma in attesa di

una giustizia da sempre esistente, che solo l'ottusità degli uomini non aveva saputo cogliere fin dall'inizio. Ne viene, quindi, che i nuovi precetti penali, quale «espressione di un giusto immanente», non sarebbero realmente retroattivi, ma disvelerebbero una giustizia che fino ad allora non era stata colta: in merito al carattere di "immutabilità" del diritto islamico, quale corollario della sua immanenza, cfr. per tutti C. NALLINO, voce *Diritto mussulmano*, in *Nss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, spec. 946.

²⁹ Sulle connessioni tra la forma di Stato e il principio di irretroattività v. per tutti, lucidamente, R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 57 ss.; non diversamente M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1832, per il quale, vietando la retroattività, il diritto positivo evocherebbe, più che un istituto, un valore, o ancor meglio «*un fascio di valori: affidamento, certezza, eguaglianza, libertà, ecc.*». Nella stessa prospettiva, sottolineando le plurime implicazioni costituzionali del principio di irretroattività A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività*, cit., spec. 453 ss., 455 ss. A maggior ragione, anche nella letteratura penalistica, si tende a riconoscere al divieto di irretroattività una precisa matrice liberale e democratica: G. GRÜNWARD, *Bedeutung*, cit., 18; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 9. Eloquenti, in questo senso, sono del resto talune affermazioni della Corte costituzionale contenute nella decisione che ha "riscritto" l'art. 5 c.p., allorché si afferma – per definire i risvolti penalistici del contratto sociale – che «*in cambio dell'obbligatorietà della legge penale*», lo Stato moderno «*assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o condannato*»: C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss. spec. 1405 ss., con nota di FIANDACA.

³⁰ Il virgolettato è ripreso da A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività*, cit., 453.

³¹ D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, 161 ss.

migliori ritrovati resta ancora il modo più efficace per circoscrivere l'esercizio legittimo del potere punitivo rispetto a valutazioni di giustizia sostanziale che non erano state anticipate dall'ordinamento.

4. L'imprescindibile superamento del divieto di retroattività come doppiante del principio di colpevolezza

Ancor più del suo fondamento, oscura è la meccanica del divieto di retroattività, resa incomprensibile – sino a dubitarsi persino della sua afferrabilità³² – soprattutto a causa del difetto di prospettiva dal quale si è soliti indagare il fenomeno.

Nel leggere la letteratura e la giurisprudenza in materia si nota infatti una costante predilezione per il punto di vista del soggetto agente quale criterio di interpretazione della retroattività normativa³³. È il soggetto agente – questo il *mainstream* – che non dev'essere "sorpreso" da una nuova norma penale³⁴; è la condotta dell'uomo «il punto di riferimento temporale essenziale a garantire la "calcolabilità" delle conseguenze penali e, con essa, l'autodeterminazione della persona»³⁵. Di qui, in termini tecnico-applicativi, la tendenza a riferirsi all'azione quale spartiacque da cui far dipendere l'esistenza o meno di un effetto retroattivo³⁶. Il tutto nella convinzione assolutamente costante, anche se spesso inespressa e finanche inconsapevole, che il divieto di retroattività abbia per oggetto la portata della norma-comportamento.

Nulla di più inesatto³⁷ e – come si avrà modo di chiarire – controproducente.

Vero è infatti che il divieto di retroattività penale esprime una funzione di garanzia dell'individuo rispetto al potere punitivo. Tuttavia ciò non può portare a dimenticare che i referenti del divieto di retroattività sono il legislatore e il giudice.

³² M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1831 ss.

³³ V. per tutte C. cost., 26 febbraio 2020, n. 32, § 4.3.1, secondo cui il principio di irretroattività «mira a garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale».

³⁴ Sull'argomento retorico della "sorpresa" come spia di un'efficacia retroattiva v. per esempio Cass. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, Rv. 275925-01, pag. 8.

³⁵ Cass. Sez. Un., 19 luglio 2018, n. 40986, Rv. 273934-01, 19.

³⁶ A. PAGLIARO, voce *Legge penale*, cit., 1074; S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 110.

³⁷ Sulla vacuità della prospettiva imperativistica nella comprensione della retroattività v. fondamentalmente R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 79 ss., 200 ss., 204, nt. 29. *Amplius* sulla erroneità di tutte le argomentazioni di stampo imperativistico nella comprensione del diritto penale intertemporale D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 116 ss.

Altro è infatti il beneficiario della garanzia; altro il meccanismo di funzionamento dell'istituto.

Confondendo i due piani – come accade usualmente – il divieto di retroattività finisce per tradursi in un *inutile doppione del principio di colpevolezza*: dal quale già dipende – ecco il punto fondamentale e sistematicamente trascurato – la non punibilità del soggetto in forza di una legge entrata in vigore dopo la sua condotta, proprio perché da lui non conoscibile né prevenibile³⁸. Non v'è dubbio, quindi, che sarebbe illegittimo punire un soggetto sulla base di una legge penale che egli non poteva conoscere nel momento in cui ha deciso di agire. Tale illegittimità è tuttavia una ricaduta applicativa dell'art. 27 Cost.³⁹, e non v'è necessità, e ancor meno utilità, di desumerla anche dall'art. 25, comma 2, Cost.

Anzi, nel farlo, l'opinione tradizionale incorre nei molteplici inconvenienti da cui tuttora dipende l'incomprensione del fenomeno retroattivo nel diritto penale. Il primo è rappresentato dal fatto che così ragionando, ritenendo cioè che l'art. 25, comma 2, Cost. al pari del 27 Cost. intenderebbe evitare di sorprendere l'autore del fatto con una norma posteriore alla sua condotta, si nega al divieto di retroattività una portata garantistica diversa e maggiore di quella assicurata dall'art. 27 Cost. Di più. Questa impostazione finisce – ed è il secondo e ancor più grave inconveniente – per attribuire impropriamente alla “colpevolezza” una funzione di “limite” della retroattività, tanto da riconoscerla solo quando la nuova norma non è in grado di operare come motivo per l'agire, e negandola tutte le volte in cui lo *ius novum* è in grado di fungere da parametro di colpevolezza del soggetto agente⁴⁰. Una siffatta soluzione risulta, tuttavia, non solo assurda, posto che un principio costituzionale come l'art. 27 Cost. finirebbe per frenarne un altro, ma è addirittura aberrante nella misura in cui approda a un inutile *bis in idem*.

³⁸ Così egregiamente la Corte cost. sent. 364/88, secondo la quale l'art. 27 Cost. già impone che «*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*».

³⁹ Prova ne sia che anche la cultura di *common law*, pur sprovvista di un formalizzato divieto di retroattività, perviene allo stesso risultato pratico in forza del principio personalistico, giacché la creazione giudiziale di una legge penale per un fatto già avvenuto “ridurrebbe l'uomo a un animale che viene bastonato dal padrone dopo un comportamento dannoso affinché impari a non ripeterlo”: così J. BENTHAM, *Vue Générale d'un Corps Complet de Legislation*, in *Traité de Legislation Civile et Pénale*, Paris, 1802, Tomo I, parte II, 367.

⁴⁰ Questo è l'errore classico in cui incorrono le consuete teorie sulla determinazione del *tempus commissi delicti*, in relazione alle quali v. *infra* § 9.

Seguendo la tesi che qui si sta criticando, infatti, non si comprenderebbe la ragione per cui nei moderni ordinamenti di *civil law* i sistemi penali prevedano la colpevolezza come garanzia *ulteriore* rispetto alla irretroattività. Alla quale dunque non può non riconoscersi una *portata garantista diversa* dal principio di colpevolezza; una forma di garanzia che non è stata ancora colta in tutta la sua forza dalla dottrina tradizionale proprio a causa della inconsapevole riduzione della irretroattività a mera propaggine applicativa (*rectius*: doppione) del principio di colpevolezza.

All'origine dell'incancrenito equivoco sta la mancata comprensione del fatto che, senza dubbio, anche al principio di colpevolezza si può riconoscere una ricaduta intertemporale: eppure essa si muove su un piano completamente diverso da quello governato dal divieto di retroattività.

Breve. La successione di leggi penali nel tempo dà luogo a due fenomeni distinti, ancorché paralleli: la successione della norma-comportamento (c.d. *Bestimmungsnorm*) e la successione della norma-giudizio (c.d. *Bewertungsnorm*) promananti dalla stessa disposizione evolutasi nel tempo. Due diversi fenomeni successivi non solo distinti ma anche autonomamente disciplinati, in quanto rispondono ciascuno – ecco il punto – ai due succitati principi costituzionali circoscrivendone così il loro ambito applicativo. Solo il primo fenomeno, vale a dire la successione delle norme-comportamento, è retto dal principio di colpevolezza, secondo il quale nessuno può essere considerato rimproverabile per aver violato una norma-comportamento che non era vigente al momento in cui egli ha agito. Per raggiungere questo risultato, non v'è dunque alcun bisogno di ricorrere al divieto di retroattività: basta l'art. 27, comma 1, Cost. È pertanto da quest'ultima disposizione costituzionale, anziché dal divieto di retroattività, che discende il riferimento alla condotta quale criterio di definizione del *tempus commissi delicti*. Ed è sempre il principio di colpevolezza, anziché il divieto di retroattività, a ispirare in taluni ordinamenti stranieri le disposizioni che fissano al momento della condotta la verifica del fatto penalmente rilevante (v. per esempio il § 8 StGB tedesco o l'art. 7 del c.p. spagnolo).

Per contro, il divieto di retroattività, prefiggendosi di scongiurare le rivalutazioni sfavorevoli dei fatti pregressi, ha come oggetto specifico l'avvicendamento delle "norme-giudizio"⁴¹. L'art. 25, comma 2, Cost. non riguarda dunque il tempo di

⁴¹ Non è un caso, allora, che le teorie riduttivistiche della retroattività tendono a contestare la stessa esistenza della "norma-giudizio": v. soprattutto: R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del codice civile* - Artt. 10-15, Bologna-Roma, 1974, secondo cui la kelseniana idea di *Bewertungsnorm* sarebbe solo il «*frutto di astrazione dogmatica e razionalistica*» colpevole di trascurare che «*l'atto legislativo non giudica, non valuta, ma soltanto dispone*». Movendo dagli

obbligatorietà della legge penale, ossia il momento a partire dal quale il soggetto agente può sentirsi motivato da una nuova regola giuridica. Questo dipende esclusivamente dalla «*vigenza*» della relativa disposizione, che viene regolata dagli artt. 73, comma 3, Cost., 10 e 15 disp. prel. (e da eventuali specifiche disposizioni transitorie). Oggetto del divieto di retroattività è, al contrario, la delimitazione del tempo di *efficacia* di una norma penale, intesa come capacità di quest'ultima di *qualificare* i dati della realtà⁴².

Non v'è dunque alcuna ragione teorica o funzionalistica che imponga di assumere la prospettiva del soggetto agente per determinare il momento a partire dal quale si esplicano gli effetti di una nuova norma. L'angolazione più corretta da cui leggere l'irretroattività è semmai quella del giudice, essendo da lui che dipende la qualificazione giuridico-penalistica di un fatto e, di conseguenza, l'individuazione delle norme potenzialmente retroattive. Un compito questo – va subito sottolineato – che il giudice penale non tende tuttavia a svolgere con particolare scrupolo, indotto com'è a parteggiare, specie negli ultimi trent'anni della nostra storia, per quella giustizia sostanziale che l'art. 25, comma 2, Cost. si prefigge di arginare⁴³. Di qui la necessità di un rigoroso controllo da parte della dottrina e della Corte costituzionale che, armate da una più precisa conoscenza della *Grundnorm* penalistica, ne sappia quanto meno additare le più eclatanti violazioni.

5. Un raggirio teorico da bandire: la c.d. “retroattività impropria”

L'emancipazione del divieto di irretroattività dalla colpevolezza e la corretta

stessi presupposti, ci si spinge sino a negare l'esistenza di norme realmente retroattive dato che la componente prescrittiva dei comportamenti umani, che sarebbe il tratto caratteristico delle norme, mancherebbe nella previsione retroattiva, riguardante comportamenti umani già tenuti in passato: così F. LA VALLE, voce *Successione di leggi*, in *Nss. dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, 636 ss.

⁴² In argomento per tutti A. FALZEA, *Efficacia giuridica* (1965), ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 16, 35 ss., 125 ss.

⁴³ Basti considerare, solo per citare l'ultimo dei ritrovati elusivi dell'irretroattività escogitati dalla giurisprudenza, la qualificazione della materia trattata dalla nuova legge come “*crimine contro l'umanità*”, così da innescare l'operatività dell'eccezione al divieto di retroattività prevista dall'art. 7, comma 2, CEDU (Cass. sez. II, 11 febbraio 2016, n. 15107, Rv. 266396-01). Il tutto in frontale contrasto con la *ratio* dell'art. 7, comma 2, CEDU, pensato non già per gli Stati democratici, come il nostro, ma per evitare che le gerarchie degli Stati autoritari si sottraggano alla pena per i loro crimini tramite pseudo-leggi da loro stessi emanate. Per una critica, sia pur blanda, di questa giurisprudenza cfr. F. CAPONE, *La qualificazione del delitto di strage come crimine contro l'umanità*, in *Giur. it.*, 2016, 2497 ss.; S. BERNARDI, *Prescrizione e strage alla luce del diritto europeo: una nuova problematica sentenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2016.

messa a punto della prospettiva dalla quale leggere il fenomeno retroattivo sono solo i presupposti per una corretta comprensione del meccanismo di operatività dell'art. 25, comma 2, Cost. È a questo punto che si presenta il problema cruciale concernente l'individuazione dell'effetto retroattivo vietato dalla Costituzione. Il che impone di addentrarsi in uno degli «*enigmi*» più resistenti del pensiero giuridico⁴⁴, una delle questioni «*più difficili e problematiche tra quelle che la scienza giuridica si è trovata a studiare*»⁴⁵, vale a dire la definizione del concetto di retroattività, privo com'è di definizioni legislative – non solo nel nostro ordinamento⁴⁶ – in grado di soccorrere l'interprete.

Nessuna incertezza – va da sé – si pone per il “nocciolo duro” della retroattività penale, quello che coincide con gli effetti intertemporali del principio di colpevolezza (v. *supra* § 4). È indiscutibile, infatti, che sarebbe vietata la produzione di innovativi effetti giuridici previsti da una nuova legge riguardanti fatti esauriti sotto l'impero di quella abrogata, a nulla valendo che i suddetti fatti siano ancora oggetto di un giudizio in corso.

I dubbi riguardano piuttosto l'applicazione di nuova legge a fattispecie perfezionatesi dopo la vigenza di quest'ultima ma intrinsecamente collegate a fatti antecedenti. Si pensi per esempio all'introduzione di una nuova norma penale volta a sanzionare l'omessa bonifica di un danno ambientale precedentemente cagionato; ovvero all'incriminazione di condotte di autoriciclaggio riguardanti proventi di reato ottenuti prima dell'introduzione della relativa disposizione (v. *amplius* § 10). Per non parlare delle situazioni pendenti, come – nel campo penale – i reati abituali o permanenti iniziati prima dell'introduzione della disposizione che li incrimini (v. *amplius* § 11). È in relazione a questi casi limite che diviene indispensabile chiarire cosa debba intendersi per efficacia retroattiva onde stabilire quale sia il raggio di operatività della legge penale consentito dall'art. 25, comma 2, Cost.

Ebbene: un primo modo di risolvere il problema è quello di negarne l'esistenza sulla scorta di uno stratagemma. Basta ingegnarsi nell'elaborare figure teoriche – come quelle di “retroattività impropria o apparente”, “pseudoretroattività”, “quasi-retroattività”, “retrospettività”, “ipo-retroattività” – volte ad asserire la mancanza di un illegittimo effetto retroattivo ogni qual volta il legislatore assuma fatti pregressi come

⁴⁴ Di «*enigma della retroattività*» parlavano F. CARNELUTTI, in *Riv. Dir. Proc.*, 1946, 68 e ID., *Retroattività penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 81 ss.; G. PACE, *Il diritto transitorio*, cit., 129 ss.

⁴⁵ M. CAPURSO, *Il problema*, cit., 426 ss.

⁴⁶ Cfr., anche per i pochi e abortiti tentativi storici, R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 195 ss., anche nt. 14. Sottolinea ripetutamente la mancanza di definizioni positive del fenomeno, ma finanche di condivise definizioni dottrinali, M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1828 ss.

presupposto della nuova disciplina, benché si attribuisca loro effetti giuridici diversi da quelli originari. L'intento comune di tutte queste impostazioni è dunque quello di ridurre la retroattività al suo nocciolo duro⁴⁷ espungendo automaticamente dal raggio operativo dell'art. 25, comma 2, Cost. tutte le ipotesi controverse, vale a dire sia quelle riguardanti fattispecie a cavallo tra passato e presente (c.d. fatti preteriti o pendenti), sia i casi in cui il legislatore aggiunge a fattispecie antecedenti un *quid pluris* destinato a concretizzarsi dopo l'introduzione della norma, così da dare l'impressione di una sua applicazione immediata anziché retroattiva.

Senonché, tutte le variabili teoriche e lessicali che mirano a restringere il concetto di retroattività si espongono a critiche esiziali⁴⁸, la principale delle quali è il carattere a dir poco sfumato, per non dire impossibile da tracciare, dell'illusorio confine tra retroattività propria ed impropria⁴⁹. Il tutto aggravato dal fatto che, sotto il profilo lesivo, la retroattività c.d. impropria non è meno perniciosa di quella c.d. propria per i diritti degli individui⁵⁰. Anzi, sdoganando una cripto-retroattività compatibile con il divieto dell'art. 25, comma 2, Cost., quest'ultima risulterebbe ancora più infida della retroattività esplicita, nella misura in cui la sua legittimazione consentirebbe al legislatore di ingegnarsi per aggirare il limite costituzionale. Basterebbe infatti rileggere in termini strutturalmente nuovi una fattispecie pregressa al fine di conseguire retroattivamente un risultato antitetico rispetto a quello originario senza incorrere nei rigori dell'art. 25, comma 2 Cost.⁵¹.

Un esempio per tutti. Si consideri lo stratagemma escogitato dal legislatore degli

⁴⁷ In questo senso cfr., per tutti, R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., 122 ss., il quale ribalta la sua precedente impostazione favorevole a una nozione così ampia di retroattività da offrire tutela ai diritti quesiti: ID., voce *Acquisiti (diritti)*, in *Nss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1968, 240 ss.

⁴⁸ Cfr. nella letteratura costituzionalistica G. GROTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali*, cit., 5 ss. Si esprime a favore della natura realmente retroattiva di tutte le ipotesi di retroattività impropria anche O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 79.

⁴⁹ La suddivisione della retroattività in propria e impropria è tipica soprattutto della giurisprudenza costituzionale tedesca nondimeno accusata di non averne chiarito i fondamenti: B. PIEROTH, *Rückwirkung und Übergangsrecht*, cit., 79 ss., 381 ss. Per un'analoga critica R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 1348 ss. Sul concetto di retroattività impropria v. nella nostra letteratura, G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 224, nonché *amplius* R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 254 ss., cui si rinvia anche per una critica delle similari figure logico-lessicali elencate di seguito nel testo.

⁵⁰ In argomento G. BROGGINI, *La retroattività della legge in prospettiva romanistica*, in ID., *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 408.

⁵¹ Per una tale critica v. fundamentalmente G. KISKER, *Die Rückwirkung von Gesetzen. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*, Tübingen, 1963, 4 ss., 26 ss., 28 ss., con ulteriori ampie riserve sulla distinzione tra retroattività propria e impropria.

anni '70 per frenare l'ingente fuga di capitali all'estero, non sufficientemente contrastata dalla semplice sanzione amministrativa che colpiva all'epoca la costituzione senza autorizzazione di disponibilità valutarie o attività di qualsiasi genere al di fuori del territorio italiano. Intenzionato a rimediare a tale situazione, il legislatore non poteva certo punire in modo platealmente retroattivo le anteriori costituzioni all'estero di disponibilità valutarie, giacché tale soluzione si sarebbe rivelata in frontale contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. Di qui la decisione di ricorrere a un espediente elusivo incentrato sull'introduzione di due nuovi obblighi: il primo rivolto a tutti i consociati di denunciare l'esistenza delle disponibilità valutarie già costituite all'estero quale premessa del secondo obbligo di reintrodurle in Italia; il tutto sotto la minaccia di pene particolarmente severe (fino a sei anni di reclusione), che l'art. 3, l. 8 ottobre 1976, n. 689 prevedeva nel caso di inadempimento dei suddetti obblighi.

Ecco: per i sostenitori della retroattività impropria la nuova norma incriminatrice non creerebbe problemi di compatibilità con l'art. 25, comma 2, Cost. sol perché l'effetto penale da essa prodotto riguarderebbe un comportamento (omissivo) commesso dopo la sua entrata in vigore; un comportamento che sarebbe semplicemente collegato alla precedente fattispecie di costituzione di capitali all'estero. È il solito modo di interpretare indebitamente la retroattività alla luce della norma comportamento, assumendo la prospettiva del soggetto agente e riducendo nella sostanza il divieto di retroattività a doppiione del principio di colpevolezza (in termini critici v. *supra* § 4). Ove invece si abbandonino queste errate premesse teoriche, ben ci si avrebbe che l'art. 3, l. 8 ottobre 1976, n. 689 esplicava un'autentica efficacia retroattiva seppure "mascherata"⁵². Assumendo la più corretta prospettiva del giudice chiamato ad applicare la norma-giudizio non può sfuggire il deteriore effetto giuridico creato dallo *ius novum* rispetto al diritto vigente nel momento in cui la fattispecie si era concretizzata. Basti considerare che la costituzione all'estero di capitali senza autorizzazione, già esauritasi sotto la previgente norma, era prima produttiva di conseguenze sanzionatorie di natura amministrativa mentre la nuova legge comportava conseguenze di carattere penale, senza alcuna aggiunta di un autentico *quid pluris* di natura materiale. La stessa fattispecie concreta risultava quindi produttiva di conseguenze giuridiche radicalmente diverse secondo le due normative succedutesi nel tempo: sicché, essendo la seconda più grave della prima, e di natura sicuramente penale, nessun

⁵² Di «retroattività occulta» parla al riguardo A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 185. Per un'analoga critica P. NUVOLONE, *Osservazione sugli aspetti penali della nuova legge valutaria*, in *Ind. pen.*, 1977, 12.

dubbio dovrebbe residuare in merito alla doverosa operatività dell'argine intertemporale previsto dall'art. 25, comma 2, Cost.

In conclusione, la c.d. retroattività impropria, al pari di tutte le sue variabili lessicali, altro non è che una forma di raggiro teorico. Essa sta all'art. 25, comma 2, Cost. come l'interpretazione estensivo-correctiva sta al divieto di analogia previsto dall'art. 14 disp. prel. Si tratta solo di sotterfugi linguistici volti a camuffare subdole violazioni di principi costituzionali. Nulla più che aberrazioni concettuali propinate da una parte della dottrina più ingenua o compiacente nell'intento di fiancheggiare, o peggio legittimare, una giustizia penale giustizialista e prevaricatrice.

6. La “natura interpretativa” della retroattività come rivalutazione

Nel tentativo di distinguere retroattività e applicazione immediata senza ricorrere a intercapedini concettuali tanto gratuite quanto nocive, la dottrina ha seguito altri percorsi euristici, senza tuttavia riuscire a tracciare una precisa linea di demarcazione tra i due fenomeni intertemporali.

Si pensi per esempio alla tradizionale dottrina dei *diritti quesiti*, la violazione dei quali costituirebbe la prova dell'esistenza di un effetto retroattivo⁵³. Il punto debole di questa tesi – come noto – è la disagevole distinzione tra l'autentico diritto, travolgendo il quale si determinerebbe un effetto retroattivo, e la semplice aspettativa non tutelabile⁵⁴; anche perché si tratta di posizioni giuridiche riconoscibili solo tramite le stesse disposizioni legislative la cui efficacia intertemporale s'intenderebbe delimitare⁵⁵. Il risultato di questa tesi è dunque un fatuo gioco di specchi, tale per cui la retroattività è enunciata ogni qualvolta si riconosce convenzionalmente nel passato una posizione non prevaricabile dallo *ius novum*, mentre è negata ove si riduca l'effetto della legge pregressa a semplice aspettativa non meritevole di tutela. Non v'è un autentico criterio teorico in grado di tracciare la distinzione; ma è la distinzione che riflette il senso di giustizia personale quanto opinabile dell'interprete⁵⁶.

⁵³ Fra i primi e più autorevoli sostenitori C.F. GABBA, *Teoria della retroattività*, cit., 44.

⁵⁴ Lo comprova tutta la letteratura giusnaturalistica medioevale sullo *ius quaesitum* in relazione alla quale si v. diffusamente M. PETRONCELLI, *Il principio della non retroattività in diritto canonico*, Milano, 1931, 21 ss. Sulle origini di questa categoria concettuale v. altresì F.X. AFFOLTER, *Geschichte*, cit., 572 ss.

⁵⁵ Cfr. per tutti voce R. QUADRI, *Acquisiti (diritti)*, cit., 237.

⁵⁶ Sulla inconsistenza dommatica del concetto di “diritto quesito” elaborato a meri fini di “giustizia”, M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1832.

Non molto più fertili sono le impostazioni teoriche volte ad approfondire il concetto di “passato” onde stabilire ciò che una nuova legge non potrebbe modificare senza agire all’indietro⁵⁷. Essendo scontato infatti che il passato non lo si può intendere in senso naturalistico dato che il legislatore non è certo in grado di invertire il corso del tempo⁵⁸, anche questa impostazione si scontra con la disagiata delimitazione giuridica del concetto di “fatto giuridico pregresso” o “compiuto”, che non potrebbe essere interessato dalla nuova legge senza che quest’ultima incorra in una retroattività⁵⁹. Certo: è indubbiamente pregressa la fattispecie concreta esaurita per intero sotto la vecchia legge, e a nulla varrebbe, per invertire tale conclusione, la circostanza che essa sia oggetto di una controversia ancora in corso. Il punto debole dell’impostazione è però rappresentato – di nuovo – dai fatti che si avverano per la prima volta sotto la vigenza della *lex superveniens* ma che sono posti in stretta relazione con fattispecie giuridiche perfezionate in precedenza. Si spiega così lo sforzo di questa dottrina di indagare i “nessi” che intercorrono tra le varie situazioni giuridiche – o meglio i nessi tra i fatti acquisitivi di diritti e le conseguenze giuridiche che ne discendono nella sfera individuale vincolando il legislatore futuro a rispettarle⁶⁰ – nel tentativo di comprendere quando sussista un’efficacia retroattiva. Indagini stimolanti, non v’è dubbio, culminate nella dottrina dei “gradi di retroattività”⁶¹; e nondimeno incapaci di raggiungere quel rigore diagnostico indispensabile per la messa a punto di un criterio praticabile in sede giudiziale.

Tutto ciò brevemente rammentato, non sorprende che le analisi più moderne della retroattività si siano mosse su altre più solide strade. Inutile cercare i “sintomi estrinseci” o le “prove giuridiche” dell’agire a ritroso. L’effetto *ex tunc* è solo un

⁵⁷ Sugli albori di questa impostazione P. FIORE, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione e interpretazione delle leggi*, Napoli, 1886, vol. I, 90 ss.

⁵⁸ Sulla retroattività impossibile v. per tutti R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 212 ss.

⁵⁹ Per una critica di questa impostazione M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1831.

⁶⁰ In argomento R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 129 ss.

⁶¹ Di risalente elaborazione, tanto da rinvenirne l’origine nel pensiero di Savigny, la teoria dei gradi di retroattività, che ambirebbe a misurare la progressiva distanza di una legge dal paradigma ideale di non retroattività, è stata ripresa in tempi recenti da F. SATTA, voce *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, 1 ss.; nonché anche da G.U. RESCIGNO, *L’atto normativo*, Bologna, 1989, 74, il quale supera così la sua precedente posizione critica sul punto espressa in ID., voce *Disposizione transitorie*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 224. Il mutamento viene confermato anche dal breve accenno fatto dallo stesso autore in ID., voce *Abrogazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 32.

abbaglio, o tutt'al più un'espressione convenzionale (e sviante)⁶²: giacché qualsiasi efficacia retroattiva si può esplicitare solo nel futuro dell'ordinamento, ma è tale perché "alligna nel passato", ove si trova la premessa ricognitiva di quella soluzione giuridica⁶³. Lungi dunque dal potersene dare una prova sperimentale, la retroattività costituisce l'epilogo di una interpretazione della nuova meccanica normativa. Non si tratta cioè di una proprietà *in re ipsa* della norma penale, ma di una inclinazione riconoscibile dall'interprete.

Il punto è fondamentale, nella misura in cui chiarisce che il divieto di retroattività, più che un vincolo contenutistico del legislatore, è un *imperativo interpretativo del giudice*⁶⁴, il quale è chiamato a minimizzare – o meglio a escludere nel campo penale – l'impatto dello *ius novum* sui fatti antecedenti alla propria vigenza⁶⁵.

Per far questo l'interprete è tenuto a procedere in termini relazionali, comparando l'efficacia della nuova norma con lo stato di diritto preesistente applicabile alla fattispecie. La diagnosi retroattiva non può prescindere, quindi, dal confronto tra la nuova legge e la precedente disciplina. «*L'interprete (...) non riuscirà ad apprezzare il carattere retroattivo di una norma in sé considerata, come monade isolata, come entità autonoma, dalla sola formulazione di essa*»⁶⁶. Occorre semmai affinare una "interpretazione diacronica", volta a verificare se lo *ius novum* preveda conseguenze opposte rispetto al diritto abrogato applicabili a situazioni giuridicamente rilevanti già perfezionatesi prima della propria vigenza. È infatti la "ri-valutazione degli effetti" l'essenza della retroattività, il riconoscimento della quale discende pertanto da una comparazione tra un *prima* e un *dopo giuridici* relativi allo stesso fatto: a) un primo giudizio normativo riguardante una fattispecie concreta già produttiva di effetti, b) e una seconda valutazione che sovverte quell'effetto negandogli valore e riconoscimento nel

⁶² Insiste, in modo condivisibile, sulla necessità di ripensare la "narrazione" (lo *storytelling*) della retroattività, sostituendo fra l'altro l'espressione «efficacia *ex tunc*» con «*rivalutazione giuridica del diritto anteriore*»: A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività*, cit., 449 ss., spec. 452.

⁶³ In questo senso anche gli studi più risalenti del fenomeno: v. con particolare chiarezza E. VITTA, *Della retroattività delle leggi amministrative*, in *Giur. it.*, 1909, IV spec. 179 ss. ove si osserva che «*quando comunemente si parla di retroattività*» in realtà ci si riferisce al caso in cui «*la nuova legge si applica agli effetti futuri di un rapporto preesistente ad essa*».

⁶⁴ Così C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 88. Ritiene che si tratti di un canone interpretativo tale da generare una "presunzione vincolante" per il giudice (anche al di fuori del diritto penale) L. PALADIN, *Appunti sul principio della irretroattività della legge*, in *Foro amm.*, 1959, 947; ID., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 185.

⁶⁵ Fondamentalmente M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1833.

⁶⁶ R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 231.

futuro dell'ordinamento⁶⁷. La nuova legge sarà quindi da considerarsi retroattiva tutte le volte in cui comporta una “*rimozione giuridica*” dettata dalla impossibilità del fatto pregresso di esplicitare gli effetti più favorevoli che esso produceva in base alla legge vigente nel momento in cui si è perfezionato⁶⁸.

Altro dunque che un impossibile agire all'indietro dello *ius novum*, come impulsivamente taluni intendono la retroattività. L'essenza di questa figura intertemporale è semmai il *sovertimento prospettico dell'effetto giuridico pregresso*, essendo solo nel futuro che il legislatore – come ogni istituzione umana – può intervenire.

7. L'essenza politica della irretroattività giuridica, risolta una volta per tutte dall'art. 25, comma 2, Cost.

Comprendere la natura relazionale della retroattività significa coglierne la straordinaria pregnanza politica. Quella che scaturisce dal rapporto tra due legislatori storici espressione di diversi referenti sociali. La società preesistente con i propri assetti consolidati e quella a venire che persegue e cerca d'imporre soluzioni diverse, ritenute più congeniali al bene comune. L'impatto, per il giurista, è deflagrante quanto enigmatico (basti pensare alle implicazioni intertemporali di una riforma pensionistica). In che termini – questo uno degli interrogativi principali – il passato di una società, avallato dal diritto dell'epoca, può risultare vincolante, sino finanche a zavorrare il futuro di quel gruppo sociale? E quanto invece il perseguimento di un nuovo assetto, per il bene futuro della società, può travolgere le situazioni giuridiche

⁶⁷ Ne era perfettamente consapevole anche la dottrina più risalente, tra cui con particolare limpidezza D. DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, Roma, 1915, 13, secondo cui «*se la nuova legge agisce sugli effetti attuali del fatto passato, in sé e per sé considerati, allora non si ha retroattività; ma se agisce su di essi, in quanto valuta diversamente il fatto che ne è il presupposto, o riconnettendo al fatto stesso effetti diversi o riconnettendo gli stessi effetti a un diverso fatto, allora si ha retroattività*». Nella stessa prospettiva G. PACE, *Il diritto transitorio*, cit., 124 ss., 315, ss. il quale, utilizzando come nel presente saggio la norma-giudizio anziché la norma-comando quale migliore prospettiva di comprensione dei fenomeni intertemporali, definisce la retroattività come «*retrovalutazione giuridica del passato*». Parimenti, nella dottrina più recente, R. CAPONI, *La nozione di retroattività*, cit., 1346; A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività*, cit., 452.

⁶⁸ Nelle letture più analitiche della retroattività – peraltro ritenuta indefinibile in sé: M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1827 ss. – si individuano ben quattro (se non sei) ipotesi di retrovalutazione dei fatti passati: la retro-*trazione*, la retro-*efficacia*, la retro-*spettività*, la retro-*contemplazione* (ivi, 1834 ss.) cui si potrebbero aggiungere la retro-*cancellazione* e la retro-*strutturazione* (ivi, 1835 ss.). Ai fini penali pare tuttavia sufficiente l'espressione utilizzata nel testo di «*rimozione*» dell'effetto giuridico più favorevole assicurato dal diritto preesistente in quanto in grado di abbracciare tutte le ipotesi vietate dall'art. 25, comma 2, Cost. (v. *infra* § 9 ss.).

pregresse e l'affidamento dei consociati sulle norme vigenti nel momento in cui essi hanno attuato le proprie scelte comportamentali?

In punto di teoria generale del diritto non è possibile offrire una risposta univoca a tali interrogativi. La scelta è sommamente politica. Sicché, quando non viene decisa da norme transitorie *ad hoc*⁶⁹, non la si può che affidare all'interprete, chiamato *caso per caso* a riconoscere nella nuova legge un'indebita efficacia retroattiva o una legittima efficacia immediata «*mediante l'utilizzo di tutti gli strumenti ermeneutici esperibili, volti in primo luogo a ricercare e a dare applicazione all'effettiva volontà (espressa o non manifestamente manifestata) del legislatore, l'effettiva realizzazione di un punto di equilibrio tra le riforme operate e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive; ciò che porta alla ricerca di un effettivo bilanciamento degli interessi coinvolti, per la necessità di non paralizzare o ritardare l'applicazione dello ius superveniens e, al contempo, garantire la tutela delle aspettative individuali fondate sul rispetto del diritto anteriore, secondo quanto si ricava dai principi di sicurezza giuridica e dell'affidamento ad essa connaturato*»⁷⁰.

Questo – va ribadito l'*incipit* del capoverso precedente – vale però solo in punto di teoria generale del diritto. Non per il diritto penale: che non per caso è l'unico ramo dell'ordinamento in cui il divieto di retroattività assurge a limite insuperabile.

Il vero è infatti che in questo particolare ramo dell'ordinamento, *la scelta politica è stata effettuata una volta per tutte dalla Costituzione*, che ha specificamente conferito al divieto di retroattività penale una forza assoluta, presuntiva e inderogabile. *In criminalibus* non v'è dunque spazio per alcun bilanciamento d'interessi⁷¹, men che meno tra le istanze sociali della società presente e la tutela delle garanzie individuali riconosciute, o ammesse, dal preesistente assetto normativo. È l'art. 25, comma 2, Cost. a sancire in modo categorico e definitivo la prevalenza delle libertà consolidate nel passato, finanche la libertà di commettere ciò che per la società presente costituisce un male, rispetto a qualunque istanza punitiva il nuovo legislatore intenda soddisfare⁷².

Non v'è margine di discrezionalità giudiziale, né alcun ruolo di «*cerniera*»

⁶⁹ La risolutività delle quali – al di fuori del diritto penale – è sottolineata da M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1833.

⁷⁰ R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 288.

⁷¹ Per un'ampia tematizzazione sul punto C. BERNASCONI, *La metafora del bilanciamento nel diritto penale. Ai confini della legalità*, Napoli, 2019.

⁷² Sul «*valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali*» dell'art. 25, comma 2, Cost. v. Corte cost., sent. n. 394 del 2006 e sent. n. 236 del 2011.

affidato al giudice tra il passato e il futuro dell'ordinamento⁷³. Ogni minimo sospetto di efficacia retroattiva deve essere arginato, così da salvaguardare qualsiasi effetto giuridico più favorevole si sia consolidato nella legislazione preesistente alla *novatio legis*.

8. Le specificità penalistiche dell'interpretazione retroattiva

Una volta chiarita la peculiare cogenza politica dell'art. 25, comma 2, Cost., non risulta disagevole comprendere le ragioni per cui nel diritto penale la tecnica interpretativa di riconoscimento della retroattività si differenzi da quella ordinaria. Tanto da presentare almeno tre profili specifici.

Anzitutto, al di fuori del contesto punitivo, la diagnosi dell'effetto retroattivo muove da una presunzione relativa di favore per lo *ius novum*, al quale il giudice tende ad attribuire un'immediata penetrazione nel sistema⁷⁴. Questo perché nella logica giuridica moderna, la modifica legislativa, stante la sua necessità per il legislatore storico, appare come portatrice di un miglioramento sotto forma quanto meno di maggiore adeguatezza rispetto alle esigenze contingenti, accreditandosi così come "legge più giusta"⁷⁵. Di qui la tendenziale riluttanza a riconoscerle un carattere indebitamente retroattivo, posto che una siffatta conclusione ne riduce le capacità di applicazione nelle cause pendenti⁷⁶. La retroattività, da questa angolazione, assurge così a soluzione interpretativa eccezionale perché paralizzante, cui il giudice perviene solo di fronte ai casi nei quali il fatto è sicuramente pregresso e indiscutibile la rivalutazione degli effetti consolidati. Prevalgono altrimenti una diagnosi di conformità della nuova disciplina, pur applicabile ai procedimenti in corso, rispetto dell'art. 11 disp. prel.

Esattamente opposta è la presunzione imposta dall'art. 25, comma 2, Cost.: il quale, mirando a scongiurare ogni ombra di retroattività penale nel caso di *novatio legis*, impone al giudice di sospettare sempre una violazione dell'efficacia garantista promanante dal diritto abrogato. È pertanto la legge previgente, ove sia più favorevole

⁷³ L'immagine è di R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 289.

⁷⁴ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 2097.

⁷⁵ In argomento B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, 1990, *passim*, il quale sottolinea come l'esatto opposto accadeva nel diritto romano e medioevale ove la vetustà della soluzione giuridica era prova di sperimentata ragionevolezza e in quanto tale sintomo di maggiore conformità al senso di giustizia: spec. 99.

⁷⁶ V. solo per citare una recente vicenda Cass. civ. sez. III, 15 giugno 2022, n. 19229, Rv. 665202 - 01, secondo cui «il danno alla persona dev'essere liquidato sulla base delle regole vigenti al momento della liquidazione, e non già al momento del fatto illecito», senza che vi osti l'art. 11 disp. prel.

dello *ius novum*, che viene accreditata come tendenziale “norma più giusta”, non foss’altro perché caratterizzata da un tasso di garanzia maggiore rispetto al nuovo assetto giuridico. Nella diagnosi intertemporale, il giudice penale è tenuto conseguentemente a conformarsi a un principio di conservazione, di immutabilità, di continuazione anche per l’avvenire e nell’avvenire delle leggi penali abrogate più favorevoli, rendendo inattaccabile e definitivo il loro patrimonio di garanzia rispetto alle situazioni giuridiche sorte nel passato. Ecco la ragione per cui la presunzione relativa sottostante alla diagnosi di retroattività penale è esattamente inversa rispetto a quella operante nel resto dell’ordinamento: perché non si tratta di far prevalere la maggiore “giustizia” della legge nuova e in quanto tale accreditata di un più congruente assetto regolativo rispetto alle esigenze della società presente, ma di salvaguardare il maggiore tasso di “libertà” insito nella *lex mitior* non più vigente.

La seconda peculiarità del procedimento interpretativo sottostante al riconoscimento della retroattività penale ha carattere strutturale. Anche nel diritto penale, infatti, la diagnosi retroattiva ha natura relazionale: ma il confronto non intercorre necessariamente tra due autentiche “normative” succedutesi nel tempo. In particolare, nel caso dell’introduzione di una nuova disposizione incriminatrice, solo di rado è presente un’informazione giuridica preesistente di segno opposto (si pensi all’introduzione dell’autoriciclaggio da parte dell’art. 648-*ter*.1 c.p. che sovverte il “privilegio” contrario desumibile dal preesistente incipit dell’art. 648-*bis* c.p.). Di solito, la nuova incriminazione non si sostituisce a un’esplicita disposizione che legittimasse il fatto: sicché – come anticipato – il confronto intertemporale non intercorrerà necessariamente tra due autentiche legislazioni succedutesi nel tempo, bensì tra un’implicita “norma generale di libertà”⁷⁷ e una nuova esplicita norma giuridica che vi si contrappone. È questa una delle ricadute applicative del carattere “eccezionale” del diritto penale⁷⁸, in forza della quale il divieto penale è per sua natura derogativo rispetto a un principio di libertà immanente al sistema giuridico e, per tale ragione, non necessariamente esplicitato dal diritto previgente a una *novatio legis*.

Chiarito questo secondo passaggio rimane da focalizzare l’ultima e più rilevante peculiarità del processo interpretativo che conduce al riconoscimento della retroattività penale.

⁷⁷ In relazione alla quale v. fondamentalmente F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, Pisa, 2019, spec. 24 ss.

⁷⁸ V. nuovamente F. GIUNTA, *L’eccezione come regola. Tramonto di un paradigma*, in corso di pubblicazione.

La sua corretta individuazione non muove solo dal presupposto che, ove sia più favorevole, l'anteriore stato di diritto sia da considerarsi più giusto e dunque da preferire in sede applicativa. La perentorietà e l'inderogabilità dell'art. 25, comma 2, Cost. impongono all'interprete di indagare e riconoscere il fenomeno retroattivo con estremo scrupolo. Non si tratta infatti solo di minimizzare l'impatto sul passato della nuova legge⁷⁹, riconoscendo una retroattività vietata quando l'effetto retrospettivo collida con altri principi costituzionali (*in primis* certezza del diritto e tutela dell'affidamento)⁸⁰. Nel penale non v'è margine di impatto sfavorevole della nuova legge che l'art. 25, comma 2, Cost. possa lasciar sfuggire, anche quando esso non contrasta – si badi bene – con l'istanza di certezza o la tutela dell'affidamento (per queste ipotesi v. *infra* § 9). Qualsiasi forma di retroattività deve essere «*smascherata*»⁸¹, così da doverla riconoscere per il semplice fatto che il diritto preesistente alla modifica produceva un effetto giuridico che lo *ius novum* ha rimosso o smentito seppure in modo trasversale o indiretto. Tanto basta per il riconoscimento di un'applicazione a ritroso della legge posteriore che lo sovverta. Non è nemmeno necessario l'ampliamento dell'area di rilevanza penale o il passaggio tra “dentro e fuori il carcere” per ingenerare una violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. (sul punto v. *infra* § 13). Ciò che risulta decisivo nella diagnosi di retroattività penale è la rimozione di un effetto giuridico contrario e più favorevole già registrato dal sistema giuridico anteriormente alla modifica.

Tutto dipende – ecco il punto cruciale – dalla effettiva concretizzazione nel passato ordinamentale dell'effetto giuridico più favorevole che il legislatore penale è tenuto a non travolgere per non violare il principio di irretroattività. Essendo questo, tuttavia, uno degli aspetti più equivocati dalla letteratura penalistica, s'impone una sua trattazione specifica.

9. Dal *tempus commissi delicti* al *tempus effecti poenalis*

Com'è ovvio, qualunque figura intertemporale (retroattività, attualità, ultrattività) può concepirsi solo in rapporto a un punto di riferimento. Un “referente” nella determinazione del quale la nostra cultura giuridica non è mai stata all'avanguardia, tanto da avere salutato con comprensibile ma ingiustificato favore il tardivo approdo

⁷⁹ Sulla «*presunzione di minimo impatto temporale*» v. in termini generali M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1833.

⁸⁰ Così M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1837.

⁸¹ L'espressione è di A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività*, cit., 452.

delle Sezioni Unite al “criterio della condotta” quale tecnica di individuazione del *tempus commissi delicti*⁸². Si tratta in realtà di una soluzione meno peggiore del riferimento all’evento, ma ancora inadatta alla individuazione dell’esatto referente del divieto di retroattività penale.

Beninteso: è sacrosanto che una legge penale più severa non possa applicarsi ai comportamenti esauriti prima della propria entrata in vigore. È questa tuttavia una ricaduta intertemporale del principio di colpevolezza anziché del divieto di retroattività⁸³. Il quale – come si è chiarito – ha per oggetto la norma-giudizio e non la norma-comportamento: ragione per cui, se non si vuole incorrere in una sua intollerabile *interpretatio abrogans*, occorre supporre che l’art. 25, comma 2, Cost. espliciti una più ampia forza garantista tale da non fermarsi al divieto di riqualificazione peggiorativa della condotta tipica. Né varrebbe obiettare che tutte le enunciazioni costituzionali e convenzionali del divieto di retroattività penale si riferiscono al «*fatto commesso*». Si tratta infatti di formule sacramentali dal valore paradigmatico, in quanto tali inidonee – come subito si chiarirà – a esaurire la portata di questa fondamentale garanzia. Per averne prova basterebbe considerare che la irretroattività è una categoria generale del diritto, ed è quindi chiamata ad operare anche in rami dell’ordinamento che non sono caratterizzati dalla “commissione di fatti”, bensì dalla presenza di effetti giuridici che il principio di irretroattività si prefigge di sottrarre all’influenza dello *ius novum*. Vero ciò sarebbe riduttivo e paradossale che solo nel diritto penale, dove il divieto di retroattività sfavorevole assurge al rango di principio inderogabile, la sua determinazione dipendesse dall’esclusivo riferimento al tempo della condotta anziché all’onnicomprendente *tempo dell’effetto giuridico* più favorevole che il legislatore è tenuto a non travolgere.

Onde evitare questa illogica conclusione, s’impone allora la necessità di un più generale e preciso criterio diagnostico: un criterio in grado di mettere a fuoco il *tempus effecti poenalis* quale onnicomprensivo referente del principio di irretroattività penale.

⁸² Il riferimento è a Cass. Sez. Un., 19 luglio 2018, n. 40986, con commento adesivo – salvo per taluni aspetti – di D. BIANCHI, *Il tempus commissi delicti nello specchio della Costituzione*, in *Giur. it.*, 2019, 676 ss.; M. GAMBARDILLA, *Tempus commissi delicti e principio di irretroattività sfavorevole: il caso dell’omicidio stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 65 ss.; S. ZIRULLA, *Le Sezioni Unite sul tempus commissi delicti nei reati c.d. ad evento differito (con un obiter dictum sui reati permanenti e abituali)*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2018.

⁸³ Sulla necessità di non confondere i due principi costituzionali v. *supra* § 4, che rappresenta l’indispensabile premessa teorica alla comprensione della soluzione applicativa prospettata di seguito nel testo.

Il criterio a cui si allude non è nulla di stravagante o particolarmente innovativo. Anzi, la soluzione è persino scontata, nella misura in cui riflette la meccanica del diritto, che si avvale della descrizione di “fattispecie astratte” per la produzione di conseguenze giuridiche. Donde la necessità di concludere che un *qualunque elemento della fattispecie giuridica, se produttivo di effetti giuridici nel tempo in cui si è consolidato, è in grado di fungere da spartiacque intertemporale. Ne viene che tutti gli elementi costitutivi della nuova fattispecie di reato, se produttivi di efficacia giuridica di segno contrario alla novatio legis, devono essersi perfezionati dopo l'introduzione della nuova norma affinché essa sia applicabile senza incorrere in retroattività. Una ri-valutazione peggiorativa non può essere negata infatti quand'anche uno soltanto degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice fosse produttivo di effetti giuridici prima dell'entrata in vigore della norma che ne aggravi la rilevanza.*

La conseguenza pratica che ne discende è estremamente semplice e lineare. Il tempo del fatto giuridico non potrà che coincidere, ai fini del diritto penale intertemporale, con la *verificazione storica del primo elemento costitutivo della fattispecie di reato* (ossia il primo elemento in senso cronologico dall'apodosi legislativa) *che era precedentemente oggetto di un effetto giuridico diverso da quello attribuitogli dallo ius novum.*

Ed è ben vero che il primo elemento costitutivo della fattispecie penale è, in genere, la condotta, così da spiegare la ragione per cui – in modo paradigmatico – le storiche enunciazioni del divieto di retroattività penale vi fanno riferimento. Non mancano però i casi in cui il primo elemento della fattispecie incriminatrice è rappresentato dal “presupposto del reato”: di talché, in questi casi, sarà il momento di verifica storica del presupposto a fungere da spartiacque intertemporale della nuova legge ove essa ne rivaluti in senso peggiorativo le conseguenze giuridiche⁸⁴.

Exempla docent. Se una nuova legge penale dovesse incriminare forme di aborto consentite dalla previgente disciplina, la delimitazione dell'efficacia retroattiva di questa nuova legislazione penale più severa andrebbe stabilita, non già con riferimento al tempo di realizzazione della condotta interrottiva della gravidanza, bensì assumendo come spartiacque intertemporale l'insorgenza dello stato di gravidanza che funge da presupposto del reato. È a partire dalla concretizzazione di questo stato

⁸⁴ Isolatamente in tal senso D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 330 ss.; ID., *Le forme del tempo nelle vicende modificative della legge penale*, in *disCrimen* 5 giugno 2020, 5 ss. Con diverse ma convergenti argomentazioni v. altresì D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La struttura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011, 35 ss.

fisiologico infatti che la legge pregressa attribuisce alla donna il più benevolo effetto giudico, sicché sarebbe da considerarsi retroattiva l'applicazione della nuova norma nella misura in cui essa rivaluta in senso peggiorativo il diritto di quella donna di interrompere la gravidanza. Né varrebbe obiettare che, ove realizzasse l'interruzione di gravidanza sotto la nuova legge, la donna si porrebbe deliberatamente contro il nuovo divieto penale. Questa obiezione, che è all'origine di tutte le incomprensioni riguardanti il *tempus delicti*, finisce per trascurare almeno un duplice dato. Anzitutto che non è in discussione la colpevolezza/rimproverabilità soggettiva, bensì la portata intertemporale della nuova norma-giudizio varata dall'ordinamento. Ma soprattutto *questa tesi trascura che un giudizio di colpevolezza e di rimproverabilità soggettiva non può fondarsi sulla violazione di una norma contraria al principio di retroattività.*

Non è infatti l'art. 27 Cost. a limitare il divieto posto dall'art. 25 comma 2 Cost. come generalmente si ritiene. Semmai è vero il contrario: nel senso che non può sussistere autentica colpevolezza quando la trasgressione ha per oggetto una norma penale che sovverte illegittimamente un effetto giuridico già consolidatosi nel patrimonio giuridico del soggetto agente. Al punto che l'atteggiamento della donna contrastante col nuovo divieto, lungi dal denotare la sua rimproverabilità, altro non esprime che la riaffermazione dello spazio di libertà presidiato dall'art. 25, comma 2, Cost. Volendo, lo si potrebbe anche intendere – anche se la seguente affermazione sottende un errore tecnico – come una legittima risposta individuale al sopruso di un legislatore liberticida che è ricorso alla sanzione penale per sovvertire un effetto giuridico già consolidatosi nell'ordinamento e nel patrimonio giuridico delle donne in stato di gravidanza. Un'affermazione, questa, che va però subito corretta nei giusti termini: giacché ad essere liberticida non è mai il legislatore che vara più severe disposizioni penali, ma sempre e solo il giudice/interprete ove riconosca loro un'indebita portata retroattiva contraria all'autentico spettro di garanzia delineato dall'art. 25, comma 2, Cost. Ed è ciò che accade ogni qual volta si misuri la retroattività sulla condotta anziché sulla verifica del presupposto del reato quale *tempus effecti poenalis*.

10. Un'evoluzione diagnostica indispensabile ad arginare la retroattività occulta

Il riferimento alla concretizzazione storica del primo elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice quale spartiacque intertemporale costituisce l'unico argine avverso quelle forme di retroattività occulta che il tradizionale criterio del *tempus commissi delicti* si lascia sfuggire. Ogni diversa soluzione, anche quella che fa

riferimento al momento di verifica della condotta, apre la strada alla scaltrezza del legislatore, tutt'altro che restio a escogitare "speciose ristrutturazioni qualificatorie" con l'intento di eludere il divieto posto dall'art. 25, comma 2, Cost.

Così, per esemplificare, ove si volesse rimediare retroattivamente alla mancata punizione di abusi edilizi trascurati dal legislatore penale al momento della costruzione, il legislatore potrebbe ideare un nuovo reato omissivo volto a incriminare chi non li demolisca a partire da una certa data, oppure introdurre una nuova fattispecie commissiva che vieti di continuare ad abitarli. In tali eventualità l'interprete che si intestardisca sulla condotta per la determinazione del *tempus delicti* non farebbe altro che fiancheggiare il legislatore nell'elusione dell'art. 25, comma 2, Cost. Egli finirebbe infatti per ritenere che le nuove incriminazioni non siano retroattive se applicate a immobili preesistenti sol perché le condotte formalmente incriminate sono commesse dopo l'entrata in vigore della nuova disposizione penale. Si tratterebbe tuttavia di una soluzione tanto errata sotto il profilo tecnico (v. *supra* § 9) quanto contraria alla rigida garanzia dell'art. 25, comma 2, Cost., trasformato dal criterio della condotta in un imbello vincolo modale agevolmente eludibile.

Il rischio appena evocato non è peraltro teorico, ma si è immancabilmente concretizzato tutte le volte in cui la giurisprudenza ha omesso di riferirsi alla data di perfezionamento del presupposto del reato quale spartiacque operativo di una nuova fattispecie di reato.

Valga per tutte il riferimento a due vicende intertemporali.

La prima riguarda l'introduzione della contravvenzione di cui all'art. 51-*bis* d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, che puniva «*Chiunque cagiona l'inquinamento o un pericolo concreto ed attuale di inquinamento (...) se non provvede alla bonifica*». Ebbene, interpretando la nuova fattispecie contravvenzionale come reato omissivo incentrato sulla mancata bonifica, la giurisprudenza ha ritenuto che la nuova e più severa disposizione si potesse applicare anche alle situazioni di inquinamento pregresso – che peraltro il cittadino aveva l'obbligo di autodenunciare – purché il termine di adempimento dell'obbligo d'agire scadesse sotto la vigenza della nuova disposizione penale⁸⁵. Sarebbe infatti quest'ultimo termine, secondo il più autorevole insegnamento della

⁸⁵ In tal senso Cass. pen. III, 28 aprile 2000, Pizzuti, con nota critica, almeno su questo punto, di ANILE, *La difficile applicazione della disciplina della bonifica dei siti contaminati, ex art. 17 d.lgs. 22 del 1997: irretroattività del fatto o di diritto?*, in *Cass. pen.*, 2002, spec. 2888 ss. In termini critici v. altresì L. BUTTI, *Il punto sulla disciplina delle bonifiche dopo la scadenza del termine per la c.d. «autodenuncia»*, in *Giur. merito*, 2001, IV, 1245 ss.

Corte di Cassazione, a decidere della collocazione del tempo dei reati omissivi⁸⁶; con la conseguenza che tale impostazione finisce per tollerare una riqualificazione *in peius* del presidio sanzionatorio di un obbligo giuridico già sorto nell'ordinamento. Una forma, quest'ultima, di retroattività occulta, per scongiurare la quale non v'è invece altra soluzione che *collocare nel tempo i reati omissivi nel momento di verifica della situazione fattuale da cui scaturisce l'obbligo di agire*⁸⁷. Del resto, non ha alcun senso riferirsi al momento di consumazione del reato omissivo per stabilire l'ambito operativo del divieto di retroattività. Semmai, poiché l'art. 25 Cost. si prefigge di impedire qualsiasi riqualificazione peggiorativa, esso impone all'interprete di cogliere il momento di "abbrivio dell'illiceità", che corrisponde al primo elemento strutturale della fattispecie incriminatrice produttivo di effetti giuridici secondo il diritto vigente al momento della sua verifica: primo elemento strutturale che nel reato omissivo è, per l'appunto, il presupposto dell'obbligo d'agire.

La seconda vicenda che merita di essere brevemente considerata riguarda l'introduzione nel 2014 della fattispecie di autoriciclaggio prevista dall'art. 648-ter.1 c.p. Una norma che la giurisprudenza compatta, ricorrendo al criterio della condotta, non ha esitato ad applicare ai proventi di reato già perfezionatisi in precedenza⁸⁸ senza avvertire che ciò comporta una eclatante ipotesi di "retroattività occulta". L'errore non pare tuttavia fronteggiabile cercando di convincere la giurisprudenza che l'autoriciclaggio sarebbe un reato a condotta duplice, o meglio, che la commissione del reato presupposto costituirebbe un "frammento" della condotta incriminata dall'art. 648-

⁸⁶ Cfr. in questo senso anche Cass. Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, Rv. 255760-01, secondo cui «*Il reato di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000), entrato in vigore il 1° gennaio 2005, che punisce il mancato adempimento dell'obbligazione tributaria entro il termine stabilito per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto d'imposta relativa all'esercizio precedente, è applicabile anche alle omissioni dei versamenti relativi all'anno 2004, senza che ciò comporti violazione del principio di irretroattività della norma penale*».

⁸⁷ Per talune rare ma corrette applicazioni di questo criterio v., nella giurisprudenza di merito, App. Campobasso, 11 aprile 1996, Giallonardi, in *Giur. it.*, 1997, II, 88 ss., secondo cui l'art. 328 c.p. non può sanzionare l'inadempimento di obblighi sorti prima dell'entrata in vigore della disposizione incriminatrice, benché durante la vigenza della norma penale residuasse comunque un tempo utile per farlo. Ancora più esplicita è, poi, un'altra pronuncia di merito, con cui i giudici hanno ritenuto di non poter applicare una nuova fattispecie tributaria a un soggetto che non aveva versato le ritenute d'acconto maturate prima dell'introduzione della norma incriminatrice, sebbene il termine ultimo per l'adempimento fosse spirato dopo la vigenza della disposizione penale: così Trib. Ivrea, 20 dicembre 1988, s.n., in *Fisco*, 1990, 2968.

⁸⁸ Cfr. per tutte Cassazione penale, sez. II, 12/05/2015, n. 24785, in *Diritto&Giustizia* 12 giugno 2015; Cassazione penale, sez. II, 15/12/2015, n. 3691, in *Cass. pen.*, 2016, 2483 ss.

*ter.1 c.p.*⁸⁹, così da designare la collocazione nel tempo del reato. L'origine dell'equivoco giurisprudenziale ha origini più profonde: e sta – ancora una volta – nella ricorrente quanto impropria connessione ingeneratasi tra il divieto di retroattività e il principio di colpevolezza⁹⁰. Solo rinunciando al mortale abbraccio dell'art. 27 Cost., il divieto di retroattività è in grado di sprigionare tutta la sua portata garantistica (v. *supra* § 4) rivelandosi come baluardo verso qualsiasi forma di riqualificazione peggiorativa. Da questa più corretta prospettiva nessun dubbio potrebbe infatti sussistere in merito all'impossibilità di applicare l'art. 648-*ter.1 c.p.* ai proventi di reato verificatisi prima della sua introduzione, nella misura in cui *la nuova fattispecie incriminatrice introduce, rispetto ad essi, un vincolo di indisponibilità che non era previsto all'epoca della loro concretizzazione*. È questo il subdolo effetto retroattivo che la giurisprudenza non coglie, mentre esso basterebbe per impedire l'applicazione della nuova disposizione incriminatrice alla gestione di proventi illeciti formati prima della sua introduzione, i quali finirebbero altrimenti per subire una riqualificazione peggiorativa rispetto alla disciplina riservata loro nel momento in cui il sistema penale li ha “registrati” come tali. Né varrebbe obiettare che, ove realizzasse la condotta di autoriciclaggio sotto la vigenza dell'art. 648-*ter.1 c.p.*, l'autore del reato pregresso si porrebbe in contrasto anche con la successiva norma la quale sarebbe così alla base di una responsabilità colpevole. Il vero è, al contrario, che nessun giudizio di colpevolezza e di rimproverabilità soggettiva può fondarsi sulla violazione di una norma contrastante il principio di retroattività (v. *supra* § 9), l'osservanza del quale, essendo alla base della legittima delimitazione dell'area di tipicità, va valutata prima del (e a prescindere dal) giudizio di colpevolezza.

Non è infatti – *repetita iuvant* – l'art. 27 Cost. a limitare il divieto posto dall'art. 25 comma 2 Cost.; semmai è vero l'inverso.

11. La collocazione intertemporale dei reati di durata

Com'è intuibile, la sostituzione del *tempus commissi delicti* con il *tempus effecti poenalis* produce un definitivo miglioramento diagnostico nella delimitazione

⁸⁹ D. BRUNELLI, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n., 1, 86 ss.

⁹⁰ Per un perfetto condensato di tutte le aporie teoriche v. M. CAPPALÀ, *Autoriciclaggio e proventi di illeciti anteriori al nuovo art. 648-ter.1 c.p.: un (falso) caso di violazione del principio di irretroattività*, in *Cass. pen.*, 2016, 2483 ss.

temporale delle “fattispecie di durata”⁹¹, ovvero – come si esprime la giurisprudenza per includervi anche il concorso di persone articolatosi nel tempo – i c.d. “reati a tempi plurimi”⁹².

In tutti questi casi non è difficile da intuire come il riferimento alla condotta quale parametro di riconoscimento dell’efficacia retroattiva della nuova legge alimenti incertezze più che soluzioni chiare. Basti considerare i reati a condotta frazionata di carattere concorsuale interessati durante la loro commissione da una riforma peggiorativa⁹³. Ebbene, l’adozione del criterio della condotta non aiuta certo l’interprete a stabilire se gli autori dell’unico reato plurisoggettivo abbiano diritto al trattamento più favorevole previsto all’epoca del primo comportamento tipico già esaurito, ovvero debbano subire il deteriore trattamento sanzionatorio conseguente alla seconda frazione di condotta concorsuale. Vi sarà sempre chi valorizza la prima parte dell’azione rispetto a chi pone l’accento sull’ultima porzione della condotta tipica.

È lo stesso smarrimento che coglie l’interprete che si avvalga del criterio della condotta per decidere degli effetti di una *novatio legis* sfavorevole riguardante i reati abituali o permanenti. E se è vero che per i primi la giurisprudenza di legittimità è finalmente approdata alla soluzione corretta⁹⁴, rispetto ai secondi il diritto vivente continua a predicare una tesi tanto severa quanto inaccettabile, in forza della quale non violerebbe l’art. 25 comma 2, Cost. l’applicazione della legge sopravvenuta più sfavorevole purché essa sia vigente al momento dell’ultimo frammento di condotta permanente. Il tutto in considerazione del fatto che il soggetto agente, proseguendo la condotta sotto la posteriore legge più sfavorevole, si sarebbe posto in contrasto anche con quest’ultima così da meritarsi l’applicazione della legge più severa⁹⁵.

⁹¹ Sui *facta paeterita* e i *facta pendentia* v. per tutti R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 153 ss.

⁹² Cass. Sez. Un., 19 luglio 2018, n. 40986, cit., 23.

⁹³ Uno dei casi realmente affrontati dalla giurisprudenza riguarda il concorrente nel reato di *Imporazione e detenzione di armi da guerra* che abbia esaurito il suo contributo prima dell’introduzione di una disciplina penale più sfavorevole, sotto la vigenza della quale hanno poi agito gli altri concorrenti: il caso è affrontato da Cass. sez. V, 13 marzo 2014, n. 19008, in *Cass. pen.*, 2015 1972 ss., che ha finito per applicare anche al primo concorrente la posteriore legge penale più sfavorevole ritenendo che tale esito non contrasti con l’art. 25, comma 2, Cost.

⁹⁴ V. Cass. Sez. Un., 19 luglio 2018, n. 40986, cit., 23 ss., la quale esige per l’applicazione della più sfavorevole legge sopravvenuta che durante la sua vigenza si sia verificata una serie di comportamenti tale da integrare l’abitudine richiesta dalla disposizione incriminatrice, *senza alcuna considerazione per le azioni pregresse*, nemmeno ai fini della commisurazione della pena.

⁹⁵ Cass. Sez. Un., 19 luglio 2018, n. 40986, cit., 23. Nello stesso senso una parte della dottrina, tra i quali v. per tutti, con identica argomentazione, A. PAGLIARO, voce *Legge penale*, cit., 1075; D. PULITANO, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

È il solito errore di prospettiva frutto della riduzione del divieto di retroattività della legge penale al principio di colpevolezza (v. *supra* § 4). Un inconveniente da cui è invece totalmente immune il criterio del *tempus effecti poenalis*, l'applicazione del quale conduce in tutti questi casi a soluzioni ben più nette e rispettose della specifica portata garantista dell'art. 25, comma 2, Cost. Da questa angolazione l'interprete dovrebbe semplicemente appurare se nel sistema penale antecedente alla modifica si rinvenga un qualche effetto giuridico già consolidato dall'ordinamento che la *novatio legis* sovverta in senso peggiorativo. Si pensi, per riprendere il caso giurisprudenziale citato, al concorrente che ha intrapreso trattative illecite con il venditore di armi da guerra prima dell'introduzione della circostanza aggravante di cui all'art. 7 D.L. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, ricevendo poi le armi in forza dell'apporto degli altri concorrenti realizzato dopo l'introduzione dell'aggravante. Ebbene, se la prima condotta concorsuale è tipica, occorre concludere che si sia già perfezionata la fattispecie (concorsuale) di reato e con ciò consolidato l'effetto giuridico punitivo: con la conseguenza che tale effetto penale, già registrato dal sistema e già entrato nel "patrimonio giuridico" di un soggetto (ma in realtà di tutti i concorrenti che hanno interagito con lui), non può essere posto nel nulla da una più severa legge posteriore senza che s'incorra nella violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.

È talmente semplice da risultare banale: se l'effetto è già sorto, la rivalutazione *in peius* è vietata. Non v'è altro da aggiungere. Tanto basta per l'operatività dell'art. 25, comma 2, Cost. E a nulla varrebbe obiettare – tornando all'esempio – che la condotta di taluni correi sia proseguita anche durante la vigenza della nuova legge più severa. Tale osservazione altro non sottende che un'indebita riduzione dello spettro di garanzia del divieto di retroattività tramite quello assicurato dal principio di colpevolezza. Come se – assurdamente – l'irretroattività non potesse garantire più della colpevolezza (v. *supra* § 4). Dovendosi invece muovere dal presupposto che il principio di colpevolezza *aggiunge* garanzia rispetto al principio di irretroattività, anziché fungere da paradossale freno di quest'ultima, occorre concludere che *l'art. 25, comma 2 Cost. opera anche quando il soggetto agente sarebbe rimproverabile secondo lo ius novum*: il quale – ecco il punto – non può a lui applicarsi, non già perché non conoscibile dall'agente, ma per il semplice fatto che esso finirebbe per rimuovere un effetto giuridico già perfezionatosi nell'ordinamento e già entrato nel patrimonio giuridico dell'individuo.

2002, 1298; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 104 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale*, cit., 168.

Ciò vale, ovviamente, non solo per i reati concorsuali a tempi plurimi, ma tutte le volte in cui un'unica fattispecie di reato è interessata durante la sua realizzazione da una modifica del parametro normativo che ne peggiori la qualificazione giuridica. In ognuna di queste situazioni l'art. 25, comma 2, Cost. impone di far prevalere il "diritto" dei soggetti agenti all'applicazione del trattamento giuridico più favorevole già conseguito, il quale non può essere soppiantato da una legge posteriore, nemmeno se conosciuta dall'agente, senza che essa incorra in retroattività. È il caso dei reati permanenti che siano oggetto, durante la loro consumazione, di una modifica sfavorevole: modifica che la giurisprudenza e parte della dottrina ritengono applicabile ai fatti pendenti senza avvedersi dell'eclatante violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. che ciò comporta a motivo della indebita rimozione di un effetto giuridico più favorevole già consolidatosi nei confronti del soggetto agente⁹⁶.

Del resto, anche in termini deontici – del tutto impropri in ambito intertemporale, ma tanto cari alla tesi qui criticata – ben si coglie il carattere indebitamente retroattivo di una nuova legge penale più sfavorevole quando è applicata a una condotta permanente iniziata prima della sua vigenza. Si consideri per esempio ciò che accadrebbe se il legislatore scegliesse di introdurre una nuova fattispecie incriminatrice che vieta il possesso di determinati animali feroci⁹⁷. Ebbene: mentre nei confronti di tutti i soggetti che non li possiedono, il significato normativo della nuova disposizione sarebbe: «non impossessarti di questo genere di animali»; la stessa disposizione, se considerata nella prospettiva di chi già li possiede, assumerebbe il significato corrispondente al precetto: «liberati di questi animali». La differenza è sintomatica del fatto che la nuova norma, se applicata a chi aveva già iniziato l'azione vietata, risulterebbe retroattiva, nella misura in cui imporrebbe un "obbligo di fare" completamente diverso dal comportamento omissivo richiesto agli altri consociati⁹⁸. È, questo, null'altro che il riflesso deontico dell'esistenza di un effetto giuridico già consolidatosi che l'art. 25, comma 2, Cost. impone al legislatore di non sovvertire.

⁹⁶ In linea con la tesi enunciata nel testo, sebbene con altre argomentazioni, M. SINISCALCO, *Tempus commissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 1110 ss.; V. PATALANO, *Reato permanente e successione di leggi penali*, in *Giur. pen.*, 1975, II, 54 ss.; R. RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988, 111 ss.; M. GAMBARDILLA, *Modificazioni legislative sfavorevoli e reato permanente in materia di immigrazione clandestina*, in *Cass. pen.*, 2009, 1916 ss.

⁹⁷ Un'ipotesi realmente verificatasi in alcuni ordinamenti stranieri in relazione a una lista di razze canine ritenute eccessivamente pericolose per la collettività: cfr. D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 330 ss.

⁹⁸ Per tale rilievo v. già D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 331.

12. La retroattività apparente

Per quanto paradossale sembri, il criterio della condotta quale tecnica di determinazione del *tempus delicti* non pecca solo per difetto ma anche per eccesso. Tanto che il suo utilizzo può indurre a registrare retroattività in realtà inesistenti sulla base della semplice constatazione che una disciplina è posteriore al fatto di reato malgrado l'assenza nello *ius novum* di un'autentica rivalutazione giuridica del diritto anteriore.

È quanto si è verificato per esempio con l'introduzione dell'art. 83, comma 4, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 che ha sospeso i termini della prescrizione penale, e non solo, nel periodo in cui gli uffici giudiziari non potevano operare correttamente a causa dell'emergenza Covid. Ebbene, per una gran parte della penalistica accademica e togata, tale norma sarebbe da considerarsi retroattiva per il semplice fatto che essa è successiva al reato oggetto del procedimento e ne allontana il momento di estinzione⁹⁹. Ciò basterebbe, secondo l'impostazione tradizionale, per rilevare l'esistenza di una violazione dell'art. 25, comma 2, c.p. a prescindere dalla verifica di un'autentica "rivalutazione" quale requisito consustanziale della retroattività.

L'errore insito in questa tesi non è infrequente. Lo si ritrova anche nella dogmatica più risalente che considerava retroattiva una norma solo perché applicabile ai negozi giuridici antecedenti alla propria entrata in vigore⁽¹⁰⁰⁾. Di questo passo altro non si fa, tuttavia, che confondere la retroattività con l'applicazione immediata⁽¹⁰¹⁾: le quali si distinguono, invece, non già per il rapporto cronologico esistente tra vigenza della norma e fatto regolato, quanto per il contenuto regolativo dello *ius novum*. Solo infatti in caso di *rimozione/trasformazione* di un effetto giuridico preesistente può darsi retroattività. L'applicazione immediata è tipica invece di tutte le norme, sebbene posteriori alla fattispecie, che non sovvertono alcunché ma disciplinano situazioni nuove e trascurate dal diritto previgente.

In questa prospettiva ben si dovrebbe comprendere allora quale sia il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione¹⁰². Tutto dipende dal loro oggetto. Se una nuova norma attribuisce effetto sospensivo a un atto o a una fattispecie già noti al sistema giuridico ma precedentemente trascurati dalla

⁹⁹ Cfr. anche per gli ulteriori riferimenti G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020.

¹⁰⁰ Così autorevolmente C.F. GABBA, *Teoria della retroattività*, cit., 9 ss.

¹⁰¹ R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 122 s.

¹⁰² *Amplius* D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione*, in *disCrimen* 4 luglio 2020.

disciplina prescrizione, allora la nuova causa di sospensione avrà potenzialità retroattiva, che va frenata dal comma 4 dell'art. 2 c.p. in modo da renderla applicabile solo ai fatti di reato commessi dopo la sua introduzione¹⁰³. Se, invece, il legislatore attribuisce effetto sospensivo della prescrizione a un atto o una fattispecie giuridica creati *ex novo*, la sua applicazione ai giudizi in corso, non essendo rivalutativa di alcunché, integrerà un'efficacia immediata della nuova norma. Si pensi per esempio alle sospensioni della prescrizione connesse all'operatività delle ingiunzioni estintive delle contravvenzioni in materia lavoro (artt. 20 ss. d.lgs. 758/1994), sicurezza (art. 301 d.lgs. 81/2008), ambiente (art. 318-*bis* d.lgs. 152/2006) e radiazioni ionizzanti (art. 228 d.lgs. 101/2020). Tutte queste ipotesi di sospensione della prescrizione hanno potuto operare immediatamente nei processi riguardanti reati pregressi senza che nessuno ne eccepisse il contrasto col divieto di retroattività proprio perché, essendo connesse all'operatività di nuovi istituti, esse non comportavano alcuna rivalutazione *in peius*.

Compreso questo distinguo, non si fatica a intuire la ragione per cui anche l'art. 83 cit. – al pari delle precedenti norme che hanno adottato lo stesso meccanismo sospensivo della prescrizione in caso di eventi sismici che hanno colpito talune zone dell'Italia (v. gli artt. 5, comma 9, d.l. 39/2009; 6, comma 9, d.l. 74/2012; 49, comma 9, d.l. 244/2016) – non è caratterizzato da alcuna potenziale efficacia retroattiva. Con ciò non si sta tuttavia alludendo alla tesi prospettata dalla Corte costituzionale secondo cui l'art. 83 cit. non sarebbe retroattivo in quanto integrerebbe una delle ipotesi di «*sospensione del procedimento o del processo penale (...) imposta da una particolare disposizione di legge*» e previste in termini generali dall'art. 159, comma 1, c.p.: sicché, essendo quest'ultima previsione presente nel nostro ordinamento sin dal 1930, sarebbe la sua preesistenza a garantire il rispetto del divieto di retroattività da parte dell'art. 83 cit. e di tutte le “sopravvenienti” cause di sospensione nella misura in cui esse rispettino il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.), quello di ragionevolezza e di proporzionalità (*ex art. 3 Cost.*)¹⁰⁴.

¹⁰³ Emblematico il caso dell'introduzione, nel 2017, dell'art. 159, n. 3-*ter* c.p. in forza del quale la prescrizione va sospesa per una durata massima di sei mesi in corrispondenza della disposizione di rogatorie all'estero, le quali – come noto – erano istituti già previsti in precedenza dall'ordinamento senza però che ad essi fosse riconosciuta alcuna efficacia sospensiva. Da qui l'opportuna previsione di una disciplina transitoria *ad hoc* (art. 15 l. 103/2017) che ha limitato l'efficacia di questa nuova causa di sospensione solo ai procedimenti riguardanti fatti commessi dopo la sua introduzione.

¹⁰⁴ Corte cost. sent. 278/2020, § 13 e 16.

Un siffatto ragionamento non convince – e non ha convinto¹⁰⁵ – per il semplice fatto che, nel caso di norme eterointegrate, come la clausola generale prevista dall’art. 159, comma 1, c.p., anche le norme integratrici devono preesistere rispetto al fatto affinché sia rispettato il divieto di retroattività¹⁰⁶. Diversamente ragionando sarebbe fin troppo facile per il legislatore disarticolare una disposizione penale onde aggirare il limite posto dall’art. 25, comma 2, Cost. Qualsiasi forma di eterointegrazione della legge penale non può comportare una flessibilizzazione delle garanzie fondamentali, le quali devono investire con egual forza tutte le parti dell’«*intero complesso normativo*» (il c.d. *gesamter Rechtszustand*) da cui dipende l’operatività di un istituto penalistico¹⁰⁷.

Il vero è, allora, che la non retroattività dell’art. 83 cit. si spiega in altro modo: e dipende – come già abbozzato – dalla mancanza in essa di qualunque aspetto di rivalutazione *in peius* della precedente disciplina¹⁰⁸. Né deve trarre in inganno il fatto che esso comporta un allontanamento storico del termine di estinzione. La prescrizione non consta infatti di “tempo storico” misurabile secondo il calendario, ma di “un tempo commisurativo”, calcolato in modo aritmetico, trascorso il quale l’ordinamento presume il prodursi dell’effetto estintivo¹⁰⁹. Vero ciò, l’art. 83 cit., sospendendo la prescrizione nei due mesi in cui si registrava lo stallo della macchina giurisdizionale a causa del Covid, non ha comportato in realtà alcun allungamento dell’intervallo estintivo, che è rimasto in termini aritmetici (ovvero sommando i due mesi di sospensione e sottraendo i due mesi di inattività giurisdizionale) esattamente lo stesso. Negarlo significa non comprendere l’essenza giuridica della prescrizione né la meccanica della retroattività.

¹⁰⁵ In termini critici R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, in *Sist. pen.*, 8 febbraio 2021, 8 ss.; D. MARTIRE, T. PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.*, 2021, n. 3, 186; G. CASAVECCHIA, *Irretroattività in malam partem e sospensione della prescrizione causa COVID-19*, in *Oss. cost.*, 2021, n. 3, 295 ss.

¹⁰⁶ *Amplius* D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 51 ss.

¹⁰⁷ D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 58 ss.

¹⁰⁸ *Amplius* D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale*, cit., 10 ss.

¹⁰⁹ Per questa ragione nessuno ecciperà la violazione dell’art. 25, comma 2, Cost. da parte della nuova ipotesi di sospensione della prescrizione prevista dalla riforma Cartabia con riferimento alle contravvenzioni in materia di alimenti e bevande (art. 12-*septies* l. 283/1962) sebbene essa opererà sin da subito nei procedimenti riguardanti reati pregressi determinando un allontanamento storico del termine di prescrizione. Decisivo sarà ancora una volta il fatto che la nuova ipotesi di sospensione non sottende alcuna rivalutazione *in peius* di un istituto o una fattispecie già presenti nel sistema, ragione per cui nessuno potrà dubitare della sua conformità al divieto di retroattività.

13. La recente giurisprudenza costituzionale sul divieto di retroattività, tra buoni propositi ed errori tecnici

La tradizionale lettura della retroattività penale, secondo cui essa si desumerebbe dalla semplice posteriorità della norma rispetto al fatto di reato, rivela la propria fragilità persino nella recente giurisprudenza costituzionale volta a potenziare l'ambito operativo dell'art. 25, comma 2, Cost. Il riferimento è alla pronuncia della Corte costituzionale n. 32 del 2020, che ha finalmente assoggettato – seppure in parte – al principio di irretroattività anche la disciplina dell'esecuzione penale.

Fatta eccezione per l'atteso progresso, questa sentenza interpretativa *di accoglimento*¹¹⁰ desta molteplici perplessità di carattere intertemporale. A partire dall'individuazione della disposizione la cui legittimità è stata censurata.

Secondo la Corte costituzionale, infatti, in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. (e con l'art. 24 Cost.) sarebbe l'art. 1, comma 6, lett. b, l. n. 3/2019, che ha incluso diversi delitti contro la pubblica amministrazione nel novero dei reati ostativi all'applicazione delle misure alternative (e non solo) previsti dall'art. 4-bis l. 354/1975, e che sarebbe stato «*interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis (...) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019*». In realtà, però, l'orientamento interpretativo evocato dalla Consulta non pare essersi mai concretizzato nella giurisprudenza – né la Corte costituzionale indica a quali pronunce si riferisca – potendosi rinvenire nella pubblicistica solo sentenze che hanno immediatamente contrastato l'applicazione retroattiva della c.d. Spazzacorrotti¹¹¹. A ben vedere, allora, il diritto vivente cui allude la Corte costituzionale non è quello riguardate l'art. 1, comma 6, cit., ma quello relativo all'art.

¹¹⁰ Per tale inquadramento tipologico cfr. V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020, 6 ss. Diversamente F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021, 10, che qualifica la sent. n. 32/2020 come una «sentenza interpretativa *di rigetto*» sottolineando come la Corte avrebbe nell'occasione riesumato questa vecchia tipologia di decisioni. La differenza non è puramente classificatoria dato che – come noto – solo le sentenze di accoglimento hanno efficacia *erga omnes* mentre quelle di rigetto sono vincolanti solo per il giudice *a quo*.

¹¹¹ Oltre alla decina di questioni di costituzionalità sollevate v. per la giurisprudenza di merito contraria all'applicazione retroattiva dell'art. 1, comma 6, cit., L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge Spazzacorrotti*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019. Nello stesso senso la giurisprudenza di legittimità: Cass. sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2019, con nota di G.L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*.

2 c.p. costantemente interpretato dalla giurisprudenza pregressa in modo tale da escludere dal suo ambito di operatività le modifiche che incidono sulla esecuzione penale¹¹². Vero ciò, era dunque la generale disciplina della successione di leggi penali nel tempo – e segnatamente l’attuale comma 4 dell’art. 2 c.p. – che si sarebbe dovuto rileggere in chiave costituzionale¹¹³, così da produrre un nuovo vincolo interpretativo di portata generale volto ad assoggettare al divieto di retroattività tutte le modifiche peggiorative dell’esecuzione penale. L’errata individuazione della disposizione da censurarsi, oltre a impedire l’enunciazione della nuova regola intertemporale in calce alle pubblicazioni dell’art. 2 c.p.¹¹⁴, ha indotto invece la Consulta a ulteriori asimmetrie: come quelle contenute nelle successive pronunce che hanno dichiarato non fondate o inammissibili questioni di costituzionalità riguardanti le potenziali implicazioni intertemporali degli artt. 3-*bis* d.l. n. 7/2015¹¹⁵ e 4-*bis*, comma 1, l. n. 354/1975¹¹⁶ in ragione della dichiarazione d’illegittimità... dell’art. 1, comma 6, l. n. 3/2019.

Ma il problema principale di questa sentenza è un altro: ovvero l’impropria concezione di retroattività che sorregge il ragionamento, e che ha indotto la Corte a negare l’assoggettabilità all’art. 25, comma 2, Cost. di tutte le modifiche riguardanti l’esecuzione penale. Stando infatti alla sentenza n. 32/2020 solo le leggi che comportano una «*trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato*» dovrebbero essere frenate dall’art. 25, comma 2, Cost., mentre vi sarebbero escluse le modifiche che non comportano una variazione tra “dentro” e “fuori” il carcere (§. 4.3.3). Una conclusione quest’ultima che la Corte costituzionale esclude perché «*l’esecuzione delle pene detentive è un fenomeno che si*

¹¹² Lo riconosce del resto anche F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 11.

¹¹³ Non tragga in inganno il c.d. limite del giudicato erroneamente visto da taluni interpreti togati e non come un elemento ostativo alla possibilità che l’art. 2, comma 4, c.p. disciplini la successione di norme concernenti l’esecuzione penale (sul tema v. da ultimo G. RANALDI, *Successione di leggi penali in fase esecutiva*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 2, 1 ss.). Al di là della controversa compatibilità di questo limite con la giurisprudenza convenzionale – e dunque con l’art. 117 Cost. – relativa al principio di retroattività *in mitior* (cfr. per tutti V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1614 ss.; V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in *La Corte di Strasburgo*, Speciale di *Questione giustizia*, aprile 2019, 297 ss.), il passaggio in giudicato osterebbe solo all’applicazione retroattiva delle modifiche di favore, ma non ha alcun rileva per le modifiche *in peius* – come quelle apportate dall’art. 1, comma 6, cit. – la cui retroattività viene ovviamente arginata dall’art. 2, comma 4, c.p. anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

¹¹⁴ Sulla falsariga di quanto accade, per intendersi, con la sent. n. 51/1985 che ha dichiarato incostituzionale l’ultimo comma dell’art. 2 c.p.

¹¹⁵ Corte cost. sent. n. 193/2020.

¹¹⁶ Corte cost. ord. n. 183/2020.

dipana diacronicamente, spesso anche a notevole distanza dal fatto di reato»: ragione per cui «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» (§. 4.3.2).

Ecco: nella prospettiva della dogmatica intertemporale è questo il passaggio chiave della sent. 32/2020, essendo quello che fa da base teorica al successivo criterio discretivo. Ma è proprio il punto in cui meglio si evince l'errore che vizia tutto il ragionamento della Corte costituzionale, incorsa nel riscontro di una "retroattività apparente" (v. *supra* § 12).

Vero è infatti – per riprendere l'esempio proposto dalla Consulta – che le disposizioni dell'ordinamento penitenziario che hanno ristretto l'utilizzo in carcere dei cellulari o di Internet non devono essere frenate dall'art. 25, comma 2, Cost.; e tuttavia, ciò non dipende dal fatto che esse non comportano una mutazione tra "dentro" e "fuori" il carcere, ma perché non rivalutano una normativa pregressa, non rimuovono un effetto giuridico preesistente e, dunque, *non sono retroattive*. Sarebbe infatti assurdo ritenere che l'ordinamento penitenziario antecedente alla limitazione dell'uso di Internet o dei cellulari, in un'epoca in cui questi strumenti nemmeno esistevano, prevedesse il diritto dei detenuti di detenerli. Donde la conclusione che queste modifiche non rivalutano e non sovvertono alcunché, e dunque – va ribadito – non sono retroattive ma oggetto di un'efficacia immediata. Lasciando intendere il contrario la Corte costituzionale rivela allora un'impropria ancorché diffusa concezione della retroattività fondata sul semplice rapporto cronologico tra posteriorità di una norma e anteriorità del fatto di reato, senza valutare in che rapporto si ponga lo *ius novum* con il diritto preesistente. È la solita inestirpabile lacuna che affligge la dogmatica intertemporale italiana, e che non consente di cogliere la fondamentale distinzione tra norme favorevoli/sfavorevoli, da un lato, e norme semplicemente diverse dall'altro¹¹⁷. Solo le prime, nella misura in cui

¹¹⁷ La distinzione elaborata dalla nomodinamica classica tra cambiamenti della concezione giuridica («*Änderungen der Rechtsanschauung*») e variazioni delle circostanze di fatto («*Wandlungenden der tatsächlichen Verhältnisse*») è tipica invece della penalistica tedesca ed è in questo contesto fondamentale per la determinazione del concetto di retroattività (soprattutto *in mitior*) nonché per definirne

sottendono un cambiamento del giudizio di valore espresso dall'ordinamento, comportano un mutamento della *Bewertungsnorm* e sono pertanto soggette ai principi di irretroattività *in malam partem* e retroattività *in mitior* (art. 2, commi 1-4, c.p.); le seconde non comportano invece alcun effetto "a ritroso", dato che reagiscono a semplici mutamenti empirici e fattuali; sono dunque norme "contingenti" così da sottostare al principio di storicità/immediata applicazione che ispira l'art. 2, comma 5, c.p. riguardante i casi di variazione della sola *Bestimmungsnorm*.

La messa a fuoco del suddetto distinguo basterebbe per avviare a corretta soluzione, oltre al problema delle modificazioni mediate¹¹⁸, anche il fenomeno della successione di norme concernenti l'esecuzione della pena. In questo contesto non pare infatti proficuo, anzi è controproducente distinguere tra una irretroattività vietata dall'art. 25, comma 2, Cost. che comporterebbe un mutamento tra "dentro" e "fuori" il carcere rispetto a una retroattività tollerata in quanto caratterizzata da un meno intenso mutamento *in peius* dell'ordinamento penitenziario. Al di là della opinabilità delle conclusioni cui conduce il suddetto criterio¹¹⁹, si rischia in questo modo di legittimare autentiche forme di retroattività *in malam partem*¹²⁰.

La corretta distinzione va piuttosto tracciata tra autentica retroattività e retroattività apparente. La prima, comportando una rimozione dell'effetto giuridico pregresso, va sempre arginata dall'art. 25, comma 2, Cost., sia che determini un mutamento tra dentro e fuori il carcere sia che espliciti un meno intenso effetto *in malam partem*. La retroattività apparente, nella misura in cui discende da una norma solo posteriore al fatto, senza essere rivalutativa di alcun effetto giuridico pregresso, non deve ovviamente sottostare al divieto previsto dall'art. 25, comma 2, Cost.

l'ambito di operatività: v. per tutti E. MEZGER, *Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze*, in *ZStW*, 1921, 348 ss., spec. 375 ss.

¹¹⁸ Sarebbe assurdo ritenere per esempio che il cambio della lira con l'euro sottenda un ribaltamento di valore così da comportare la modificazione mediate della fattispecie di falso nummario: si tratta semmai di una successione di norme semplicemente diverse (*melius* ordinatorie), che reagiscono solo a variazioni storico/empiriche e sono pertanto da disciplinarsi alla stregua dell'art. 2, comma 5, c.p.: così D. MICHELETTI, *La legge penale*, cit., 209 ss., 577. In senso contrario, torna a ribadire la doverosa applicazione dell'art. 2, comma 2, c.p. in tutte le ipotesi di diverso trattamento giuridico dello stesso fatto in forza del mutamento di qualunque tipo di norma integratrice dalla legge penale, a prescindere che essa traduca o meno un diverso giudizio di valore, G. DE FRANCESCO, *Principi di garanzia e direttive sistematiche nello scenario della successione di leggi penali: le c.d. modifiche mediate*, in *Leg. pen.*, 2022, 1 ss.

¹¹⁹ V. per tutti V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale*, cit., 14, con riferimento alle modifiche relative alla detenzione domiciliare e alla semilibertà.

¹²⁰ V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale*, cit., 15, con riguardo alle modifiche concernenti i permessi premio e il lavoro all'esterno non assoggettati dalla Corte costituzionale all'art. 25, comma 2, Cost.