

Il principio di retroattività della *lex mitior*

a cura di
Laura Castaldi, Francesco Zini



FI
FIRENZE
UNIVERSITY
PRESS

Usiena
PRESS

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE E INTERNAZIONALI

ISSN 3035-5850 (PRINT) | ISSN 3035-5664 (ONLINE)

– 3 –

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE E INTERNAZIONALI

Editor-in-Chief

Giovanni Minnucci, University of Siena, Italy

Scientific Board

Simone Borghesi, University of Siena, Italy

Roberto Borrello, University of Siena, Italy

Paolo Carta, University of Trento, Italy

Laura Castaldi, University of Siena, Italy

Enzo Cheli, Accademia dei Lincei, Italy

Fabrizio Coricelli, University of Siena, Italy

Maurizio Degl'Innocenti, Fondazione Studi storici "F. Turati", Italy

Massimo Di Matteo, University of Siena, Italy

Silvia Ferrini, University of Siena, Italy

Fabio Francario, University of Siena, Italy

Patrizia Gabrielli, University of Siena, Italy

Lorenzo Gaeta, University of Siena, Italy

Massimiliano Guderzo, University of Siena, Italy

Federico Lenzerini, University of Siena, Italy

Stefano Maggi, University of Siena, Italy

Michela Manetti, University of Siena, Italy

Gerardo Nicolosi, University of Siena, Italy

Leopoldo Nuti, Roma Tre University, Italy

Giovanni Orlandini, University of Siena, Italy

Maria Alessandra Sandulli, Roma Tre University, Italy

Gianni Silei, University of Siena, Italy

Ugo Villani, University of Bari Aldo Moro, Italy

Alessandra Viviani, University of Siena, Italy

Il principio di retroattività della *lex mitior*

a cura di
Laura Castaldi
Francesco Zini

FIRENZE UNIVERSITY PRESS | USIENA PRESS

2026

Il principio di retroattività della *lex mitior* / a cura di Laura Castaldi, Francesco Zini. – Firenze : Firenze University Press ; Siena : USiena PRESS, 2026.

(Quaderni del Dipartimento di Scienze politiche e internazionali ; 3)

<https://books.fupress.com/isbn/9791221510430>

ISSN 3035-5850 (print)

ISSN 3035-5664 (online)

ISBN 979-12-215-1042-3 (Print)

ISBN 979-12-215-1043-0 (PDF)

ISBN 979-12-215-1044-7 (ePUB)

ISBN 979-12-215-1014-0 (XML)

DOI 10.36253/979-12-215-1043-0

Graphic design: Alberto Pizarro Fernández, Lettera Meccanica SRLs

Front cover image: Nicola Pisano, *Allegoria della Grammatica* (1265-1268), Siena, Pulpito del Duomo, (part. delle Arti liberali). © Opera della Metropolitana (Aut. N. 302/2024).

La pubblicazione è stata possibile grazie al contributo specifico dell'Università di Siena per il supporto all'Open Access e a fondi del Dipartimento di Scienze politiche e internazionali.

Peer Review Policy

Peer-review is the cornerstone of the scientific evaluation of a book. All FUP - USiena PRESS's publications undergo a peer-review process by external experts under the responsibility of the Editorial Board and the Scientific Boards of each series (DOI 10.36253/fup_best_practice.3).

Referee List

In order to strengthen the network of researchers supporting FUP - USiena PRESS's evaluation process, and to recognise the valuable contribution of referees, a Referee List is published and constantly updated on FUP - USiena PRESS's website (DOI 10.36253/fup_referee_list).

USiena PRESS Editorial Board

Roberta Mucciarelli (President), Guido Badalamenti, Federico Barnabè, Paola Bernardini, Massimiliano Guderzo, Federico Rossi, Simona Saponara, Marta Bellucci (Managing Editor).

Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

 The online digital edition is published in Open Access on www.fupress.com.

Content license: except where otherwise noted, the present work is released under Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International (CC BY-SA 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>). This license allows you to share any part of the work by any means and format, modify it for any purpose, including commercial, as long as appropriate credit is given to the author, any changes made to the work are indicated, derivative works are licensed under the same license and a URL link is provided to the license.

Metadata license: all the metadata are released under the Public Domain Dedication license (CC0 1.0 Universal: <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode>).

© 2026 Author(s)

Published by Firenze University Press and USiena PRESS

Powered by Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com

This book is printed on acid-free paper

Printed in Italy

Sommario

Introduzione <i>Gianluigi Bizioli</i>	7
Al fondamento della <i>lex mitior</i> tra <i>favor</i> , premialità e filosofia della responsabilità sanzionatoria <i>Francesco Zini</i>	11
L'irretroattività ben temperata. E di un Costituente dimenticato. In ricordo di Francesco Maria Dominedò (1903-1964) <i>Paolo Cappellini</i>	27
Diritti umani degli imputati, principi di legalità e irretroattività della legge penale ed eccezioni a tali principi <i>Riccardo Pisillo Mazzeschi</i>	51
Sul principio della <i>lex mitior</i> alla prova del diritto dell'Unione europea <i>Paolo Venturi</i>	65
Il principio di retroattività della <i>lex mitior</i> . Evoluzione e prospettive <i>Roberto Bartoli</i>	89
I limiti alla modulazione degli effetti nel tempo delle norme sanzionatorie tra diritti e doveri dei contribuenti <i>Valeria Mastroiacovo</i>	117
Riflessioni sui possibili confini della regola di retroattività della <i>lex mitior</i> in materia tributaria <i>Laura Castaldi</i>	141
L'eversività della mitezza <i>Guglielmo Frasoni</i>	157
Indice dei nomi	167

Introduzione

Gianluigi Bizioli

Il volume che tenete fra le mani, o conservate nei vari dispositivi elettronici, raccoglie i contributi presentati in occasione del convegno *Il principio di retroattività della lex mitior: una lettura multidisciplinare*, organizzato dal Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali (DISPI) e svoltosi presso l'Università degli Studi di Siena il 29 novembre 2024. L'iniziativa scientifica, che fa seguito a quella, sempre di natura interdisciplinare, sul valore della solidarietà tenuta-si l'anno precedente, si è articolata in due sessioni volte a offrire una riflessione approfondita e plurale su uno dei principi fondamentali che regolano l'efficacia temporale delle norme sanzionatorie, coinvolgendo studiosi provenienti da diversi ambiti del sapere giuridico.

Il principio della *lex mitior* costituisce uno dei valori cardine del moderno diritto punitivo, espressione di quella «civiltà giuridica» che permea gli ordinamenti democratici contemporanei. Il fondamento di tale principio riposa su ragioni di giustizia sostanziale e sul principio di uguaglianza: non sarebbe ragionevole, infatti, punire o continuare a punire più gravemente una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, può essere commesso da altri senza sanzione o per il quale è prevista una sanzione più lieve. In estrema sintesi, come efficacemente rilevato dalla giurisprudenza costituzionale, la diversa valutazione sul piano legislativo del disvalore del fatto (o dell'omissione) deve riflettersi anche nei confronti di quelli che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore.

Sul piano delle fonti sovranazionali, il principio trova riconoscimento espresso in numerosi strumenti pattizi internazionali: l'art. 15, para. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 49, para. 1, della Carta dei diritti

fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 9 della Convenzione americana dei diritti umani e l'art. 24, para. 2, dello Statuto della Corte penale internazionale. Seppur non previsto espressamente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per effetto della circolazione dei valori fondamentali e dei diritti fondamentali dell'uomo a livello internazionale, tale principio ha comunque trovato riconoscimento nel sistema CEDU a partire dalla famosa sentenza *Scoppola v Italia* del 2009, come espressione dell'art. 7 della Convenzione.

Tuttavia, come emerge con chiarezza dai contributi qui raccolti, il principio della *lex mitior* non è privo di tensioni e criticità. Se l'irretroattività della legge penale sfavorevole costituisce un valore assoluto e inderogabile, ancorato all'art. 25, secondo comma, della Costituzione italiana, la retroattività *in mitius* è considerata dalla giurisprudenza costituzionale come suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli. Tale diversità di trattamento solleva interrogativi profondi circa la *ratio* di tale discriminazione e l'effettività sul piano applicativo, questioni che i contributi del presente volume affrontano da prospettive disciplinari diverse ma convergenti.

Il volume si apre con il contributo di Francesco Zini che indaga le radici filosofico-giuridiche del principio, collocandolo nella più ampia riflessione sul «diritto mite» teorizzato da Norberto Bobbio e Gustavo Zagrebelsky. Il saggio esplora la connessione tra *lex mitior* e concetti quali *favor rei*, premialità e mitezza, evidenziando come un diritto «giusto ed equo» debba necessariamente coniugare la tecnicità giuridico-formale con la conservazione dei rapporti relazionali e la tutela della dignità della persona. Particolare attenzione è dedicata al rapporto tra la funzione rieducativa della pena sancita dall'art. 27 della Costituzione e le ragioni di giustizia sostanziale che fondano la retroattività favorevole.

Segue l'intervento di Paolo Cappellini dedicato alla ricostruzione storico-dogmatica del principio di retroattività, tracciandone l'evoluzione attraverso i diversi paradigmi giuridici che si sono succeduti nel tempo. Il contributo descrive le radici culturali e le trasformazioni concettuali che hanno condotto all'attuale assetto del principio, fornendo così una cornice di riferimento essenziale per comprendere le differenti sfumature che la *lex mitior* assume nei vari settori dell'ordinamento.

Riccardo Pisillo Mazzeschi affronta il principio nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani, analizzando la sua progressiva affermazione come norma di garanzia fondamentale negli strumenti pattizi internazionali e regionali. Particolare rilievo assume la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto la Corte europea dei diritti umani, con la sentenza *Scoppola v Italia* del 2009, a riconoscere che il principio della retroattività della legge penale più favorevole costituisce un principio fondamentale del diritto penale e un corollario dell'art. 7 CEDU. Il contributo affronta inoltre la delicata questione delle eccezioni ai principi di legalità e irretroattività, con particolare riferimento alla clausola dei «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

A chiusura della prima sezione del convegno, Paolo Venturi si occupa dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della sua evolu-

zione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il contributo evidenzia lo stretto legame tra la prassi della Corte di Giustizia e quella della Corte EDU, esaminando le implicazioni dell'inquadramento della *lex mitior* quale diritto soggettivo dotato di efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati membri. Particolare attenzione è dedicata ai potenziali conflitti tra l'ordinamento dell'Unione e quello italiano in punto di derogabilità del principio e di limiti del giudicato.

Roberto Bartoli presenta un'ampia riflessione su «*Il principio di retroattività della legge penale favorevole: tra eguaglianza e diritto alla persona*». L'Autore ricostruisce l'evoluzione quantitativa e qualitativa dei principi di garanzia in materia penale, interrogandosi sulla effettiva differenziazione tra il principio di irretroattività sfavorevole e quello di retroattività favorevole. Il contributo analizza le diverse *rationes* poste a fondamento della retroattività *in mitius* – dal *favor libertatis* all'eguaglianza basata sul disvalore oggettivo, fino al riconoscimento di un diritto a essere giudicati secondo la legge vigente al momento dell'applicazione – e sottopone a critica la tesi della derogabilità del principio. L'Autore sostiene che la retroattività favorevole debba assumere caratteri di assolutezza, giacché le deroghe fondate su pretesi contro-interessi prevalenti si risolvono in realtà in strumentalizzazioni della persona per esigenze generalpreventive, configurando un esercizio arbitrario e prevaricatorio del potere punitivo.

La trattazione del rapporto fra *lex mitior* e diritto tributario è aperta da Valeria Mastroiacovo la quale, prendendo le mosse dalla recente riforma del sistema sanzionatorio operata dal D.Lgs. 14 giugno 2024, n. 87, esamina criticamente la scelta legislativa di limitare nel tempo l'efficacia delle previsioni innovative in senso più favorevole, sostanzialmente disapplicando il principio della *lex mitior* sancito dall'art. 3 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472. Il contributo ripercorre il processo di «civilizzazione» del diritto tributario, dalla stagione dell'ultratattività delle leggi sanzionatorie tributarie sancita dall'art. 20 della legge 7 gennaio 1929, n. 4 fino al recepimento dei principi di derivazione penalistica con la riforma del 1997. Lo scritto esamina criticamente le giustificazioni addotte nella relazione illustrativa al decreto attuativo, evidenziando come l'argomento della «necessità sistematica» e quello dell'interesse di bilancio non appaiano dirimenti ai fini della legittimità costituzionale della deroga.

Laura Castaldi indaga la predicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* in materia tributaria al di fuori e al di là dell'ambito normativo strettamente sanzionatorio. Il contributo evidenzia la complessità del quadro di riferimento, caratterizzato da un intreccio sempre più stretto tra diritto tributario e diritto punitivo. Particolare attenzione è dedicata alle norme tributarie di natura formalmente sostanziale ma che sembrano giustificarsi in un'ottica para-sanzionatoria, nonché agli interventi normativi di razionalizzazione della disciplina impositiva che possono assumere valenza ricognitiva di principio. Il contributo conclude evidenziando un quadro estremamente composito e frastagliato, problematico nell'intercettare un profilo di immanenza del principio nel settore tributario al di fuori dell'ambito sanzionatorio.

Chiude il volume la relazione di Guglielmo Fransoni con il provocatorio titolo «*L'eversività della mitezza*». L'Autore sviluppa alcune riflessioni di carattere

generale sulla natura «politica» della retroattività e sul rapporto tra *lex mitior* e «diritto mite». Muovendo dalla suggestiva evocazione dell'episodio storico di Atene nel 405 a.C., la battaglia che prelude alla fine della Guerra del Peloponneso e dell'espansionismo ateniese, il contributo evidenzia come la retroattività presenti sempre un carattere «individuale» – nel senso che incide necessariamente su soggetti predeterminati – e richieda pertanto un adeguato «consenso ordinamentale» per legittimarsi. L'Autore propone una graduazione dei diversi «tipi» di retroattività in relazione al grado di consenso ritenuto necessario, collocando la *lex mitior* a un livello che richiede un minor grado di accettazione da parte della generalità dei consociati, pur evidenziando l'ambiguità insita nella mitigazione della reazione sanzionatoria.

Il metodo multidisciplinare, che ha caratterizzato il convegno senese e che si riflette nella struttura del presente volume, risponde all'esigenza di cogliere il principio della *lex mitior* in differenti prospettive giuridiche e, in questo senso, di cercare di catturarlo nella sua complessità e nelle sue molteplici implicazioni. Come emerge dalla varietà degli approcci qui raccolti, la regola della retroattività della legge più favorevole costituisce un crocevia nel quale convergono questioni di filosofia del diritto, diritto costituzionale, diritto penale, diritto internazionale dei diritti umani, diritto dell'Unione Europea e diritto tributario.

Il dialogo tra queste diverse prospettive disciplinari consente di illuminare aspetti che una trattazione settoriale rischierebbe di lasciare in ombra: dalle radici filosofiche del concetto di «mitezza» nel diritto, alle implicazioni del riconoscimento del principio quale diritto fondamentale nell'ordinamento internazionale ed europeo, fino alle tensioni che si manifestano allorché il principio è chiamato a operare nel settore tributario, dove, anche per ragioni biecamente di gettito, più forte è stata la resistenza a riconoscerne la piena operatività.

I contributi qui raccolti, nella loro diversa prospettiva e nel diverso approccio, testimoniano come il principio della *lex mitior* sia attraversato da una fondamentale tensione tra due opposte concezioni. Da un lato, vi è chi ritiene che il principio, pur dotato di fondamento costituzionale nel canone dell'eguaglianza-ragionevolezza, rimanga suscettibile di deroghe legittime in presenza di interessi e/o valori di analogo rilievo costituzionale. Dall'altro lato, vi è chi sostiene che la retroattività favorevole debba assumere caratteri di assolutezza, giacché ogni deroga si risolve in una strumentalizzazione della persona per esigenze generalpreventive che l'ordinamento, attraverso l'abrogazione o la mitigazione della norma sfavorevole, ha già dimostrato di non ritenere prevalenti.

È auspicio dei curatori, oltre che del sottoscritto, il quale ha avuto il privilegio e l'onore di introdurre e moderare i lavori del convegno, che le riflessioni qui proposte possano contribuire a un dibattito che, lungi dall'essere meramente accademico, investe questioni fondamentali di giustizia e di rapporto tra cittadino e potere punitivo dello Stato.

Al fondamento della *lex mitior* tra *favor*, premialità e filosofia della responsabilità sanzionatoria

Francesco Zini

1. Filosofie del diritto *mitior*

«Siamo miti di fronte al nostro prossimo» (Bobbio 2019, 46), quella che Norberto Bobbio sottolinea con un'espressione che può apparire apodittica o assertiva, costituisce un'affermazione promozionale del diritto, che secondo Bobbio risulta una delle cifre più profonde dell'essenza giuridica: «o il diritto è mite o non è».

Mite significa secondo Bobbio innanzitutto «giusto ed equo», un'espressione adeguata a far emergere la *recta ratio* profonda dello *ius dicere*, in una visione sostanzialista e antiformalistica. L'evoluzione del nostro tempo giuridico si starebbe sempre più indirizzando verso un diritto 'mite', più idoneo a coniugare la tecnicità giuridico-formale con la conservazione dei rapporti relazionali: in quest'ottica la legge positiva, sostanziale e processuale, dovrebbe 'ragionevolmente' esprimere un'etica della virtù (MacIntyre 1984), contrapposta al criterio della mera efficacia imperativa della legge e in questo senso risulta fondamentale l'originalità del pensiero di Zagrebelsky (1992), per il quale l'applicazione della legge da parte dei giudici avrebbe un compito ermeneutico ed interpretativo della legge. Questo modello di giustizia relazionale lo ritroviamo presente nell'ermeneutica della *restorative justice* (Reggio 2010) e nel concetto di «riparazione» che implica un diritto mite, capace di rielaborare il rigido principio di tassatività in un'ottica non solo utilitarista.

Nella dimensione giuspenalistica si potrebbe ridefinire la creazione di una struttura sociale e ordinamentale, per cui il sistema degli illeciti e delle pene venga ad essere configurato in una luce nuova (Sarra 2020).

Francesco Zini, University of Siena, Italy, francesco.zini@unisi.it, 0000-0002-7874-3985

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Francesco Zini, *Al fondamento della lex mitior tra favor, premialità e filosofia della responsabilità sanzionatoria*, © Author(s), CC BY-SA 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0.03, in Laura Castaldi, Francesco Zini (edited by), *Il principio di retroattività della lex mitior*, pp. 11-26, 2026, published by Firenze University Press and USiena PRESS, ISBN 979-12-215-1043-0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0

La concezione della sanzione penale, secondo l'art. 27 ultimo comma della Costituzione, dispone che: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» e adempie a tre funzioni: quella retributiva, in quanto la sanzione risulta determinata dalla gravità del reato; quella general-preventiva, in quanto prevede una deterrenza alla reiterazione e quella, infine, special-preventiva, poiché tende alla rieducazione dello stesso condannato.

A quest'ultima funzione provvede la giustizia riparativa, introdotta dalla legge delega n. 134 del 2021 ed attuata con il d.lgs. n. 150/2022 (artt. da 42 a 67): questa particolare forma di esecuzione della pena è costituita, come disposto dall'art. 42 da:

ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore.

L'esito riparativo appare come il raggiungimento di un fine di giustizia sostanziale, che tende alla ricostruzione della «simmetria relazionale» (D'Agostino 2014) e del legame ('spezzato' dal reato) tra vittima, reo e comunità (in modo simbolico, con dichiarazioni, mediazioni e impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla società, oppure materiali, come il risarcimento del danno).

Il procedimento previsto dalla legge ha due fasi: ammissione, per qualsiasi reato, del Tribunale competente del reo alla procedura e la redazione ed attuazione di un programma riparativo presso i Centri per la giustizia riparativa e poi presso la Conferenza locale per la giustizia riparativa.

Il risultato favorevole del programma riparativo può provocare, a seconda del grado e dello stato del procedimento penale: la circostanza attenuante di cui all'articolo 62 comma primo, n. 6, che comporta una diminuzione della pena; la remissione tacita di querela ai sensi dell'articolo 152 co. 2, n. 2 c.p.; la sospensione condizionale della pena *ex art.* 163 c.p. La riparazione si realizza quindi in modo bilaterale, con l'intervento di un mediatore tra l'autore del reato e la vittima e in modo comunitario, facendo 'dialogare' l'autore del reato con la comunità (famiglia, cerchia di amici, colleghi di lavoro, paese o quartiere), il cui tessuto è stato lacerato dalla condotta criminale.

La giustizia riparativa pone una mediazione che va a costituire un compromesso relazionale alto e impegnativo:

Certo, molto dipende dalla volontà delle parti di accettare di incontrarsi, ma il tentativo va fatto. Del resto, qualora gli effetti della giustizia riparativa non dessero gli effetti sperati, è sempre possibile introdurre come *extrema ratio* la pena tradizionale (Occhetta 2023, 88).

In quest'ottica collaborativa e riparativa si potrebbe anche inserire la ricerca di un fondamento del principio della *lex mitior*, che prevede che una legge penale favorevole al reo possa retroagire nel tempo e quindi avere effetto 'positivo' an-

che per le azioni o le omissioni, compiute prima dell'entrata in vigore della legge, purché più favorevoli al reo, intendendo per favorevole sia una abrogazione della fattispecie di reato, sia una riduzione della pena. Quindi rispetto al principio di irretroattività del diritto penale si presenta come una forma di riabilitazione 'riparativa' favorevole al reo (Fiorella 1980).

In questo senso la giurisprudenza costituzionale si è interrogata se si possa desumere dal dettato Costituzionale il principio di retroattività penale della *lex mitior* che si fonderebbe proprio sul principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'articolo 3 della Costituzione. L'orientamento costituzionale ormai consolidato, infatti, ritiene «non equo e non ragionevole» continuare a perseguire un reo se nel frattempo è mutata una norma e il legislatore ritiene non più utile perseguire quella fattispecie di reato. Il principio della *lex mitior* si fonderebbe quindi sul principio di uguaglianza e ragionevolezza e non sul principio di legalità penale di cui all'articolo 25 della Costituzione, come recita l'art. 25: «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Tale principio 'garantista' di fatto inderogabile *in peius*, diviene derogabile *in melius*, pertanto qualsiasi legge ordinaria potrebbe disporre la sua derogabilità (De Santis 2006).

In questo senso sul piano filosofico-giuridico la *lex mitior* rimanderebbe al più ampio problema della giustificazione della mitezza (riconosciuta in senso giuridico) e sul significato profondo dal latino *mitis*, propriamente col significato di «tenere e maturo»; l'aggettivo è poi utilizzato per una persona che ha un carattere «umano, gentile», disposto alla pazienza, all'indulgenza, alla prevenzione e infine alla 'mitigazione' della filosofia sanzionatoria (D'Agostino 2005).

Il dibattito dottrinale sulla *lex mitior* ci permette di risemantizzare il legame del diritto con la realtà fattuale sotto molteplici punti di vista: la norma sanzionatoria più favorevole nel caso di sanzioni penali rimanderebbe ad una riflessione filosofico penale sul senso e sul fondamento filosofico del punire, come scrive Francesco D'Agostino sulla sanzione:

La sanzione penale è tipicamente afflittiva, perché opera umiliando la volontà tracotante (la *hybris*), che ha indotto il reo a commettere il reato e produce quindi, inevitabilmente, in costui la massima delle sofferenze che possa sperimentare un essere umano, quella di essere costretto a volere ciò che non si vorrebbe volere (D'Agostino 1999, 217).

In questo senso la questione del fondamento della sanzione sul piano filosofico-giuridico rinvierebbe alla questione della *ratio* profonda di un istituto 'reattivo' e difensivo, rispetto alla violazione di una norma o di una pratica antisociale. La stessa ricerca del fondamento richiama la conoscibilità della questione della giustizia sostanziale fondata sulla «simmetria relazionale»:

Le sanzioni, come risposta ad un comportamento, si distinguono, in base al loro contenuto, tra sanzioni negative, nel caso in cui la reazione dell'ordinamento costituisce la risposta afflittiva ad un comportamento che viola la norma, e sanzioni positive, nel caso in cui si attribuisce un bene come risposta

ordinamentale a un comportamento meritevole di essere socialmente incentivato o comunque conforme alla norma. Per quanto profondamente diverse quanto ai loro effetti, la simmetria tra sanzioni negative e sanzioni positive è evidente: queste ultime tendono ad incoraggiare e quindi rafforzare l'osservanza delle norme mediante un'incentivazione di tipo premiale; le sanzioni negative tendono a rafforzare l'osservanza delle norme scoraggiandone l'inosservanza mediante la minaccia di afflizioni ai trasgressori (Zini 2010, 214).

In questo senso il principio della *lex mitior* diverrebbe sia una premialità favorevole al reo, sia una conseguenza tecnico giuridica della successione temporale delle leggi nel tempo (Armellini 1996). Sul piano valoriale un principio esprimerebbe un valore in questo caso, che riguarda la sua stessa valenza sistemica per l'ordinamento giuridico. Il rapporto reato-pena riproporrebbe il fondamento della normativa sanzionatoria del principio della responsabilità personale, che a sua volta rimanderebbe non solo ai diversi criteri di imputabilità e di *suitas*; da intendersi come la necessità che la condotta di un soggetto, per poter essere fonte di responsabilità penale, deve essere sempre compiuta con «coscienza e volontà», riproponendo la relazione di sussunzione intrinseca tra fatto e atto giuridicamente rilevante: la stessa presenza di un atto come manifestazione di un'attività del soggetto capace di agire rimanderebbe all'attribuzione della volontà soggettiva e del suo presupposto soggettivo. Il peso della scelta responsabile si fonda proprio nel significato etimologico dal latino *responsus*, impegnarsi a rispondere, a qualcuno o a se stessi, delle proprie azioni e delle conseguenze che ne derivano (Vigna 1993). L'indagine filosofico-penale sull'imputabilità riguarderebbe proprio questa attribuzione semantica del «fare qualcosa» di rilevante all'interno di un sistema giuridico che lo prevede, attraverso un procedimento di sussunzione giuridica del principio del giusto (Ricoeur 1987). Sul piano filosofico il tema della corresponsabilità sociale e la questione del libero arbitrio ritorna chiaramente come presupposto soggettivo della libertà personale e quindi delle responsabilità (Cotta 1989). L'autonomia soggettiva permane spesso come affermazione di un *facere* o *non facere*, permesso o divieto. Questo appare come l'aspetto de-ontologico della libera responsabilità senza la quale non si può tenere alcuna concezione di imputabilità di un'azione con la normatività della sua qualificazione giuridica. All'interno di questo paradigma sussidiario, regolato da una normazione in continua evoluzione, si inserisce il tema prudenziale della «ponderazione», estrinsecazione teleologica del principio di precauzione (Pieper 1987), che rimanda a quello della giustizia sostanziale, vera causa dell'imputazione che, come ricorda Aristotele, si subordina alla valutazione delle conseguenze delle azioni alle generali condizioni dell'agire stesso (Volpi 1988). Il termine greco utilizzato per esprimere come gli uomini siano responsabili delle proprie azioni è *aitioi*, il cui significato oscilla tra l'«esser causa» e l'«esser responsabili»: affinché si possa parlare di responsabilità di un'azione, occorre che essa sia compiuta volontariamente, consapevolmente conoscendo le circostanze nelle quali essa viene compiuta e senza costrizioni (Giacomini 2004).

Dal punto di vista giuspenalistico una delle *ratio* fondanti il principio di retroattività *in mitius*, sancito nell'art. 2 c.p., rimanderebbe ad una regola generale

riconducibile al principio costituzionale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che imporrebbe di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma mitigatrice per ragioni di giustizia sostanziale, uguaglianza e (in)colpevolezza, poiché non sarebbe ragionevole punire una persona per una condotta che la legge posteriore considera non più meritevole di sanzione, facendo venir meno il disvalore del fatto precedentemente commesso.

Il cambiamento o l'evoluzione del giudizio di valore costituisce una maturazione che risemantizzerebbe il disvalore della condotta attraverso una doverosa consapevolezza dell'antisocialità dell'atto che si può modificare nel tempo (Gambardella 2013).

2. *Favor* e mitezza

Il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole si pone quindi come un essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri e gli abusi del legislatore di turno. L'esigenza di conoscere preventivamente e di calcolare le conseguenze giuridico-penali della propria condotta sarebbe la condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. Simmetricamente, la norma che riduce la durata del tempo di prescrizione costituirebbe una disposizione penale più favorevole ai sensi dell'art. 2 cod. pen., applicabile *in melius* anche ai fatti già commessi in precedenza (quindi retroattivamente) nei limiti di operatività della *lex mitior*. In questo senso la certezza del diritto penale sarebbe garantita proprio dal principio di irretroattività sancito nell'art. 25 secondo comma della Costituzione, che vieta al legislatore di attribuire efficacia retroattiva non solo alle leggi che prevedano nuove incriminazioni, ma anche a quelle che comportino un trattamento penale più severo per un fatto già preveduto come reato. Ciò comporterebbe che non possono essere applicate retroattivamente leggi che prevedano pene principali, pene accessorie ed effetti penali della condanna più severi di quanto previsto nella legge vigente al tempo del commesso reato, oltre alle circostanze sfavorevoli del reato e la sospensione condizionale della pena (Leone 1974). Per contro, le norme processuali penali non sono soggette al principio di irretroattività (né a quello di retroattività *in mitius*), bensì a quello del *tempus regit actum*.

Sul piano della premialità il tema che soggiace alla *lex mitior* rimarrebbe quello fondativo del diritto penale «del fatto e della colpevolezza», intaccando la natura retributiva della pena e riaffermando la prospettiva rieducativa. Per comprendere il fondamento filosofico-giuridico della legislazione favorevole e della premialità come esito di un processo di ponderazione degli interessi anche metagiuridici della politica criminale (come, ad esempio, le cause di esclusione della pena o del reato), appare necessario affrontare l'origine giusromanistica dei c.d. *favor minoris*, *favor libertatis*, *favor rei* o *favor innocentiae*¹. L'analisi stori-

¹ Il *favor libertatis* costituisce quindi un ulteriore esempio di quello spirito di umanità che contraddistingue larga parte della legislazione giustiniana e del principio retributivo (De Robertis 1951, 23-33).

co-giuridica ci condurrebbe verso lo studio approfondito della giustizia fin dai tempi di Traiano (Coppola e Costabile 2020), ma l'espressione forte del principio del *favor libertatis* si ritrova nelle attuali norme che prevedono limiti massimi di durata della custodia cautelare o l'immediata esecuzione delle sentenze di proscioglimento, per riequilibrare particolari posizioni di disuguaglianza tra situazioni soggettive e di sbilanciamento d'interessi, accordate in determinate circostanze. Il principio espresso nel *favor libertatis* assicura al soggetto il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento della realizzazione del fatto e quello previsto dalle leggi successive, purché antecedenti alla sentenza definitiva di condanna. Nel diritto romano si riteneva opportuno, in base a questo principio, risolvere i casi dubbi agevolando l'acquisto della libertà a persone che fossero in stato di schiavitù (Albertario 1937). Sul piano operativo, oggi, ai fini dell'applicabilità di questo principio dal punto di vista soggettivo, esso si riferisce al reo inteso come imputato e come condannato, mentre, per ciò che concerne l'aspetto oggettivo, deve identificarsi nella prevalente considerazione dell'interesse dell'imputato².

Sul piano filosofico per il nesso tra *favor* presente nella *lex mitior* e principio del *favor rei*, ci potrebbe essere una questione di giustizia sostanziale, non positivizzabile. Una strada di comprensione di un tale nesso di giustificazione potrebbe trovarsi nel concetto di perdono, che rimane una categoria metagiuridica (Zini 2007). Il collegamento tra il principio della *lex mitior* e il concetto di perdono può essere inteso in termini di clemenza e umanità nel sistema giudiziario in certe condizioni favorevoli. Entrambi i concetti riflettono un approccio più compassionevole e meno punitivo nei confronti di chi ha commesso un reato, ma operano su piani e modalità diverse: dal lato della *lex mitior*, il principio giuridico richiede l'applicazione della legge più favorevole all'imputato in caso di cambiamento normativo e garantisce il *favor libertatis*, che nessuno venga punito più severamente di quanto previsto dalla legge più recente e più mite. Sul piano dell'obbligatorietà dovrebbe essere applicato automaticamente in via legislativa o giurisprudenziale quando le condizioni lo richiedono, sulla base dell'evoluzione temporale del diritto che ne caratterizza la contingenza e la relatività nello spazio-tempo. In questo contesto giuspenalistico, ci si potrebbe riferire a misure di clemenza come l'indulto, l'amnistia, la grazia o lo stesso perdono giudiziale, tutti istituti che riflettono un approccio più clemente e

² In tal senso parte della dottrina considera tale principio equivalente a quello del *favor libertatis* o del *favor innocentiae*: l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione nel *favor innocentiae*, l'obbligo per il giudice di appello di verificare l'insussistenza della posizione di garanzia dell'imputato ovvero il difetto di nesso causale, dunque di pronunciare nel merito sentenza assolutoria, non sussiste qualora, come nel caso in esame, nel precedente grado di giudizio non sia stata affermata la responsabilità dell'imputato ma sia stata dichiarata l'estinzione per prescrizione ai sensi dell'art. 129, comma 1, c.p.p., dunque implicitamente la sola non evidenza di ragioni assolutorie (nel merito Cass. pen., Sez. IV, n. 55519 del 2018). L'estinzione del reato non può essere dichiarata quando risulta evidente una causa di assoluzione nel merito in applicazione del principio della prevalenza del *favor innocentiae* sul *favor rei*.

compassionevole verso chi ha commesso un reato, cercando di evitare punizioni eccessive o sproporzionate con una sorta di umanizzazione della giustizia (Occhetta 2023): sul presupposto racchiuso in un principio giuridico specifico che richiede l'applicazione della legge più favorevole, nel contesto del sistema di giustizia penale (Berardi 2006).

Quindi se il perdono non fosse una forma di *lex mitior*, entrambi i concetti condividerebbero alcune caratteristiche e finalità, pur operando in modi distinti. La *lex mitior* rappresenterebbe un principio giuridico che si applica automaticamente quando una legge più favorevole entra in vigore, mentre la «clemenza» del perdono permane discrezionale e può essere concessa caso per caso o a certe condizioni, come la grazia o l'indulto. Solo in questo senso la *lex mitior* potrebbe accostarsi al fondamento perdonativo o agli istituti di premialità positivizzati. L'irretroattività della norma penale e il principio della *lex mitior* sono due principi fondamentali nel diritto penale, ma operano in modi diversi e spesso in relazione tra loro. Il principio di irretroattività delle norme penali significa che una legge penale non può essere applicata retroattivamente a fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore. Questo principio garantisce la certezza del diritto e protegge gli individui dall'essere puniti per azioni che non erano considerate reati al momento in cui sono state commesse; mentre l'irretroattività protegge gli individui dall'applicazione retroattiva di leggi più severe.

Con la *lex mitior* si assicura che le leggi più miti possano essere applicate retroattivamente, offrendo così una maggiore protezione ai diritti degli imputati. Questi principi lavorano insieme per bilanciare la giustizia e l'umanità nel diritto penale: la finalità rieducativa della sanzione penale e la difesa sociale general-preventiva, adeguano il sistema a questa finalità di mitigare la 'volatilità' del disvalore sociale mutato nel tempo.

In alcuni casi la *lex mitior* diminuisce la durata della prescrizione ed opera incidentalmente anche a livello processuale: questo principio si traduce nelle norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice dovrà applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato. Inoltre, il principio costituzionale di retroattività della norma sanzionatoria più favorevole sancito dal principio della c.d. *lex mitior* trova fondamento, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenze n. 236 del 2011, n. 215 del 2008 e n. 393 del 2006) nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione:

che impone di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice (sentenza n. 394 del 2006).

Il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* nella successione delle leggi penali, in cui il principio di irretroattività delle norme penali coinvolge lo stesso bilanciamento cui può essere sottoposto il principio di retroattività *in mitius*, non viene desunto da una *ratio* di garanzia della libertà di auto-

determinazione o dal c.d. *favor rei*, ma da esigenze di parità di trattamento: se si analizza il principio del *favor rei in mitius* si vede come il principio di uguaglianza sostanziale si adatta alla varietà dei casi e dei motivi, acquistando infatti rango costituzionale, non al livello di quello *status* di «valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali», che nella sentenza n. 394 viene conferito invece al principio di irretroattività delle norme *in malam partem*, proprio in quanto posto a garanzia delle libertà del cittadino dagli arbitrii del legislatore.

Inoltre, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 32/2020, ha risolto la questione dichiarando l'irretroattività della *lex gravior* in grado di determinare un mutamento qualitativo della sanzione già inflitta.

A fondamento del principio di retroattività della norma più favorevole al reo, consacrato all'art. 2, commi 2, 3 e 4, c.p., si rinviene la garanzia del *favor libertatis*, per la quale al cittadino deve essere assicurato il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento della realizzazione del fatto e quello previsto dalle leggi successive, purché precedenti la sentenza definitiva di condanna (Gatta 2008). Le conseguenze favorevoli (come i benefici per le sanzioni positive) sarebbero giustificate sulla base anche di una giurisprudenza orientata a porre il principio della retroattività della *lex mitior* a livelli primari che ne individua la relativa tutela costituzionale nel principio di eguaglianza-ragionevolezza ex art. 3 Cost., ritenendo che sia discriminatorio punire in maniera differenziata soggetti responsabili della medesima violazione in ragione della diversa data di commissione del reato o a causa del diverso *tempus regit actum*, per cui uno di tali soggetti continui a essere punito, mentre l'altro si sottragga a qualsiasi sanzione penale (Trinti 2017).

Mentre l'irretroattività della legge più sfavorevole rimane un principio assoluto inderogabile, come tale non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali, la retroattività della norma più favorevole è sempre derogabile in virtù della prevalenza che su di essa può darsi ad esigenze diverse, come quelle di economia processuale e di certezza dei rapporti ormai esauriti, assunte come prioritarie rispetto a quella di evitare disparità di trattamento. I limiti di applicabilità al principio della retroattività sono proprio nei commi 3, 6 dell'art. 2 c.p., che individua quelle particolari situazioni al verificarsi delle quali non può darsi spazio alla garanzia sottesa alla retroattività della norma più favorevole rispetto all'applicabilità della legge posteriore più favorevole, legate alla eccezionalità o temporaneità della legge vigente al momento della commissione del fatto, oppure alla decadenza o alla mancata ratifica di un decreto-legge posteriore che, modificando la previgente normativa, abbia introdotto un trattamento migliore o ad esempio alla sopravvenienza di una norma che, modificando il trattamento sanzionatorio previsto per una determinata fattispecie penale, sostituisce la pena detentiva con quella pecuniaria. Il richiamo al principio di uguaglianza quale fondamento della *lex mitior*, insieme al principio rieducativo sancito dall'art. 27, comma 3, della Costituzione, fanno emergere con forza l'ingiustizia di continuare a punire qualcuno quando è venuto meno il presupposto obiettivo dell'esigenza di rieducazione e cioè il disvalore penale per il fatto commesso, altrimenti la pena avrebbe un carattere eminentemente retributivo e «dogmatico-

formalistico», perché il soggetto sarebbe condannato per un fatto che, al tempo del giudizio, non costituisce più reato o è punito con un regime più favorevole, venendo meno il fondamento del percorso rieducativo.

In questo senso la retroattività favorevole rientra in un processo di progressiva «demitizzazione» del giudicato, individuabile nell'esigenza sostanziale di «salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti», perseguita con l'intangibilità delle sentenze divenute irrevocabili come conseguenza del principio di uguaglianza, che costituisce il fondamento della *lex mitior*, mentre l'irretroattività della norma sfavorevole rimane assolutamente inderogabile e la regola della retroattività deve ritenersi suscettibile di limitazioni e giustificazioni poste ad un controllo positivo di ragionevolezza o irragionevolezza, come quelle legate all'efficienza del processo e alla certezza giuridica. Il duplice profilo «formale» e «sostanziale», del principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost., fa riferimento alla parità degli individui davanti alla legge, senza possibilità di ammettere alcuna discriminazione sulla base di categorie soggettive.

3. Premialità e mitezza

L'essenza afflittiva della potestà sanzionatoria dovrebbe essere rapportata alla valutazione che storicamente l'ordinamento opera della condotta che intende reprimere a partire dal significato del fondamento della sanzione penale, come ricorda Eusebi:

Ciò induce, peraltro, ad interrogarsi sul significato che possa assumere il richiamo alla proporzionalità, concetto la cui fortuna sembra travalicare le stesse distinzioni sui fini della pena. Tenendo conto del fatto che per proporzionalità non potrebbe comunque intendersi, alla luce di quanto s'è detto, la corrispondenza immanente fra un reato e una determinata entità sanzionatoria, bensì solo l'esigenza che a reato più grave segua, in uno stesso rapporto di crescita, una pena più grave (Eusebi 1990, 150-1).

Sul piano filosofico-penalistico la pena adeguata alla colpevolezza costituisce una sfida sulla proporzionalità della risposta sanzionatoria che va sempre risemantizzata (D'Agostino 1999). L'esigenza di oltrepassare la semplice ottica general-preventiva introducendo elementi di equità deve ogni volta essere rimotivata nell'attribuzione della responsabilità penale, esigendo il rispetto del limite costituito dalla colpevolezza come disvalore rappresentato *dall'orientamento risocializzativo* (Hassemer e Siciliano 2012). Per tale motivo le esigenze generali sul piano soggettivo della *suitas* e della responsabilità penale devono tenere conto della disamina delle successioni di norme nel tempo e dei presupposti soggettivi della libertà di agire che dovrebbe essere tenuto in considerazione nell'applicazione delle pene alternative, come sottolinea ancora Eusebi:

una simile conclusione, del resto, non sminuisce affatto l'indispensabile riconoscimento da parte del diritto, costituente un caposaldo di civiltà, della dignità che compete ad ogni uomo in base alla sua natura di persona, natura

fondata, per l'appunto, sulla sua capacità di libertà: essa si limita, infatti, ad esonerare l'ordinamento dal compito (insostenibile) di 'soppesare' l'uso di quella libertà nelle singole condotte, facendo sì che il riconoscimento della medesima si configuri come fattore limitativo e condizionante, in favore del cittadino, rispetto a qualsiasi modalità dell'intervento statuale nei suoi confronti, e non come elemento giustificativo della privazione di diritti. Ove invece nella colpevolezza si ricercasse il fondamento etico del punire, diverrebbe inevitabile, a parte ogni altra considerazione, elevare le approssimazioni, o le illazioni, del giudizio operabile dall'uomo *in interiore homine* sulla responsabilità a presupposto accettabile di una pena che, pure, vorrebbe trovare in via esclusiva la sua legittimità nell'idea di giusta retribuzione (Eusebi 2024, 130).

Il valore dell'offensività sul piano oggettivo va sempre verificato sulle reali funzioni e finalità dell'ordinamento in termini di completezza e certezza in una prospettiva utilitaristica e non sempre deterministica. Il principio dell'offensività del reato andrebbe qualificato a partire dall'etimologia del termine principio, dal latino *principium*, derivato di *princeps*, inteso proprio come primo o 'primario' e qualifica l'aspetto sostanziale della dimensione sanzionatoria, come prosegue Eusebi:

Nell'ipotesi contraria il sacrificio richiesto al condannato non sarebbe in alcun modo motivabile con una specifica necessità preventiva sussistente nei suoi confronti (vale a dire non solo rispetto alla generalità dei consociati) e, conseguentemente, il rilievo dei suoi diritti individuali, lungi dal subire soltanto un inevitabile bilanciamento con le esigenze sociali, risulterebbe, rispetto ad esse, totalmente azzerato (Eusebi 2024, 142-3).

In questo senso appare fondamentale il richiamo allo stesso principio del *ne bis in idem* che si desume dal disposto dell'art. 649 c.p.p. e che sancisce il divieto del nuovo giudizio per l'imputato assolto o condannato in via definitiva per lo stesso fatto, anche se considerato diversamente per titolo, grado o circostanze, mentre la modificabilità del giudicato in senso favorevole a seguito della retroazione di una *lex mitior* (abrogatrice o sanzionatoria, dichiarata costituzionalmente illegittima) sarebbe espressione della tutela dei diritti fondamentali del condannato, tra i quali, *in primis*, quello della libertà personale. Quindi il principio di retroattività favorevole, disposto, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2 c.p., non avendo nel nostro ordinamento un esplicito riconoscimento a livello costituzionale, trova in ordine al principio di retroattività della legge più favorevole, prescritto nei commi 2, 3 e 4 dell'art. 2 c.p., un valido sostegno interpretativo.

In questo caso, se la norma penale abrogatrice dell'incriminazione avesse agito retroattivamente *ex* comma 2, si sarebbe in presenza di una nuova norma che esclude la rilevanza penale di un fatto, che prima costituiva reato, con i conseguenti effetti sul giudicato di condanna e sulla sua esecuzione.

A tutela e garanzia della certezza e tassatività dell'intero sistema penale il giudicato rimane intangibile *ex* comma 4, quando si è in presenza di una successione di norme modificative, ossia quando una norma penale introduce una di-

sciplina differente per un fatto di reato già previsto da precedente norma penale. Quindi, se la modifica legislativa e la successione delle leggi sono sfavorevoli, si applica il principio di irretroattività (*ex art. 25 Cost., co. 2, e art. 2 c.p. comma 1*); se la modifica è invece favorevole al reo, vige il principio di retroattività della *lex mitior*: nel caso in cui, per esempio, la legge posteriore preveda solo la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta nella sentenza passata in giudicato viene convertita nella più favorevole pena pecuniaria.

Il rimando ad una legge ordinaria e il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul principio di retroattività nel nostro ordinamento e la sua rilevanza costituzionale nel sistema penale ha ormai fondato il principio di irretroattività rispondendo all'esigenza di una predeterminazione del diritto positivo al fatto successivo, a garanzia della stessa conoscibilità della punibilità, escludendo qualsiasi meccanismo retroattivo anche a fronte di una legge più favorevole.

Una lettura dell'art. 25, comma 2, Cost. più coerente con l'intero impianto costituzionale, ritiene il principio di irretroattività sfavorevole senz'altro un completamento del principio di legalità e dei suoi corollari: riserva di legge, tassatività e divieto di analogia. Il principio di retroattività favorevole e quello di irretroattività sfavorevole troverebbero fondamento nell'art. 25 Cost., come conseguente *favor libertatis* in coerenza con l'irretroattività sfavorevole. Da qui il profilo dell'*abolitio criminis* che ha portato la Corte Costituzionale, con due pronunce del 2006, a riconoscere il fondamento costituzionale del principio di retroattività favorevole nell'art. 3 Cost. e non nell'art. 25 Cost.

Il principio di retroattività favorevole non è volto a tutelare la calcolabilità degli effetti penali della condanna, poiché il principio di irretroattività sfavorevole è teso a garantire la libertà di autodeterminazione del soggetto. Una interpretazione letterale del principio di colpevolezza e della funzione preventiva della pena, di cui all'art. 27 Cost., predetermina soggettivamente l'agente, che deve essere consapevole delle conseguenze pregiudizievoli della sua condotta.

Per cui, il principio di retroattività favorevole va individuato nel principio di eguaglianza, ove l'*abolitio criminis* per i soggetti responsabili risulta indipendente dai fatti che siano stati commessi prima o dopo l'intervento legislativo e che debbano ricevere lo stesso trattamento sanzionatorio confermato dall'inderogabilità e dal carattere incondizionato del principio di irretroattività sfavorevole (Ambrosetti 2004). In questa prospettiva, il ruolo dell'idea di proporzionalità nella commisurazione giudiziaria sembra quello di garantire, rispetto a qualsiasi livello di gravità dell'illecito concreto, un'omogenea attuazione delle scelte operate in sede di commisurazione legislativa, ossia delle valutazioni legislative per così dire attualizzate, attraverso la tacita mitigazione dei limiti sanzionatori in cui la pena proporzionale dovrebbe rigorosamente restare solo quella favorevole al reo (Micheletti 2006).

4. L'elogio della mitezza

L'espressione del diritto mite fu coniata per la prima volta da Zagrebelsky con il libro *Il diritto mite* pubblicato da Einaudi nel 1992, in cui si ribadisce co-

me il diritto, per essere giusto, dovrebbe «riconoscersi mite»: dovrebbe rinunciare alla pretesa di racchiudere tutto il bene nella propria sfera e di combattere «come male», tutto ciò che gli è estraneo. Il diritto mite giudicherebbe come un intervento «fraterno» della giustizia, orientato al sostegno della persona e a garantire la naturale esigenza di conservare la pace nelle reti sociali di appartenenza (Zamagni 2020). Un diritto che non si limita all'applicazione meccanica delle norme, ma che si apre al dialogo tra legge, giustizia e il «contesto umano». Il diritto mite rappresenterebbe una visione del diritto come pratica interpretativa e responsabile, che riconosce la complessità della vita sociale e la necessità di un'applicazione giuridica sensibile ai valori costituzionali.

Questo aspetto della mitezza nel diritto rappresenterebbe il contrario della protervia e della prepotenza: il mite non entra nel rapporto con gli altri con il proposito di gareggiare, di confliggere e alla fine di vincere o sopraffare l'altro; ne coglie semmai il lato positivo, la potenzialità, il 'dono', offre sempre una seconda possibilità. Per questo il diritto mite non è espressione di un diritto debole, poiché rappresenta una scelta consapevole di rispetto e di rinuncia all'inutile formalismo negativo, promuovendo invece una convivenza pacifica e il riconoscimento dell'altro nella sua individualità.

Il fondamento filosofico della *lex mitior* va quindi ravvisato nella stessa etimologia della mitezza in cui i procedimenti di sussunzione tra diritto positivo e fatti, permettono di preferire la *mitezza* come essenza del diritto (Cotta 1984). Mite significa non violento e la mitezza sarebbe una virtù paradossale ed evolutiva, che contribuisce a rendere più 'accogliente', flessibile e 'morbida' la rigidità giuridico-positiva, introducendo una 'presunzione' favorevole al reo, con l'accertamento della verità non per giudicare o condannare, ma per smascherare quella volontà di sopraffazione presente in ogni delitto. In questo senso la mitezza, ricorda Polito nella introduzione all'*Elogio della mitezza* di Bobbio:

È un impegno, una ricerca, una continua scoperta, una disposizione dell'animo da coltivare, un abito a cui tendere, un compito della persona e cresce in chi la pratica. La mitezza è un atteggiamento anti-eroico che non ostenta galloni, bandiere, divise. I miti non sopportano l'ingiustizia quanto disapprovano la violenza, non esagerano, mantengono la calma quando tutti intorno la stanno perdendo, non confondono l'equanimità con l'equidistanza, l'equilibrio con l'inazione, attraversano la vita e fanno del loro meglio per una vita più vera. Agli entusiasti e ai fanatici di ogni credo, religione o ideologia si dovrebbe e si potrebbe opporre una sorta di lega dei miti, uomini e donne comuni che nell'ora della scelta ritrovano in sé stessi i valori più antichi e più semplici: il disinteresse, la generosità, la solidarietà, l'integrità morale [...] una virtù sociale che per riflettere ha bisogno dell'altro, deve essere inserita nelle profondità dei legami sociali che tengono avvinta una comunità e lì esprimere tutta la sua capacità di «creare amicizia» (Bobbio 2019, 13).

La mitezza diventa così il fondamento di un ordinamento democratico capace di includere aspetti più estesi e 'caldi' rispetto al 'freddo' dato formalistico o legalistico positivo.

5. Al fondamento della *lex mitior*

In questo senso sul piano giuspenalistico il principio del *nullum crimen sine poena* avrebbe il significato del *nulla poena sine praevia lege poenali*, che si manifesta per la prima volta negli ordinamenti europei con la filosofia illuminista ‘garantista’ nei confronti del soggetto/cittadino, a cui si sono chiaramente ispirate le costituzioni e codificazioni ottocentesche (Cotta 2004). In questo senso il procedimento formale viene adattato alla giustizia sostanziale del soggetto, con i principi di offensività e proporzione della funzione rieducativa della pena. Il rapporto di «proporzionalità» tra fatto e sanzione, necessario affinché la pena non sia percepita come ingiusta, non sarebbe incrinato: infatti, si verificherebbe solo a fronte di notevoli divaricazioni nel tipo o nella misura della pena, in presenza di qualsiasi sperequazione che manifesti l’incongruenza del regime punitivo. La disciplina delle modifiche favorevoli non elimina la preclusione del giudicato rispetto all’effetto retroattivo delle modifiche favorevoli al reo. Il fondamento della retroattività *in mitius* appare sempre il principio di uguaglianza e i rilievi «endopenalistici» sull’irretroattività sfavorevole non sembrano rappresentare una progressiva erosione del principio di intangibilità del giudicato, come ‘mito’ del giudicato definitivo. L’erosione dell’intangibilità sotto il versante processuale costituirebbe l’opzione codicistica per un giudicato flessibile; né apparirebbe corretto definire questa flessibilità del giudicato nell’alveo dell’abolizionismo penale, poiché estendere gli effetti *in bonam partem* delle modifiche normative anche alle sentenze di condanna già eseguite, esprime la capacità della sentenza di non produrre più conseguenze per il futuro, potendo permanere i c.d. effetti penali della condanna (Viganò 2014).

La filosofia del diritto *mitior* ci riporta al tema della giustificazione dell’afflizione come problema giuspenalistico. La questione della tassatività e della certezza *ex ante* non sembrerebbe accurata o precipua nella sua teleologia sistemica: se appare giusto che ogni soggetto debba essere posto in condizione, al momento della commissione del fatto, di prevedere l’*an* e il *quantum* della futura sanzione penale, non si vede perché debba essere tutelato altresì l’affidamento che egli possa nutrire nel venir meno della pretesa punitiva statale decorso un certo periodo di tempo (Trinti 2017).

La determinazione concreta del «tempo dell’oblio» dipende da valutazioni che legittimamente possono mutare con il passare del tempo, in relazione alle circostanze concrete nelle quali si innesta la pretesa punitiva statale, non potendo affatto escludersi a priori che il bisogno di punizione di crimini gravi e magari di accertamento processuale particolarmente complesso, persista anche dopo molto tempo dalla commissione (Micheletti 2023).

Per tali motivi le modifiche *in bonam partem* costituiscono l’estensione della retroattività *in mitius* alle pene non più in corso di esecuzione e gli istituti di premialità riconosciuti sulla decisione più favorevole per via interpretativa, costituiscono un limite al ‘mito’ del giudicato penale: oltre il giudicato, la funzione anche oggettiva della certezza del diritto in cui la retroattività della decisione più favorevole e il limite del giudicato negli ordinamenti di *common law*, non scalfiscono il valore assoluto della chiusura dell’ordinamento (Mantovani 1983). I

vantaggi e le premialità non sarebbero forme di simil perdono, ma utilità marginali intrinseche al sistema ordinamentale: si pensi al giudizio abbreviato, al patteggiamento ed al giudizio per decreto, i quali, evitando il dibattimento, determinerebbero una deflazione del carico di processi per gli uffici giudiziari che consente uno sconto di pena (c.d. utilità premiali tra i tempi del processo e costi in cui si unisce al calcolo costi/benefici con un nuovo ordine di reciprocità).

Lo stesso principio giuridico del *ius quia iustum* costituirebbe quel sinolo costitutivo dello *ius legare* (Cotta 2004) in cui la *recta ratio* aristotelica richiama i doveri ultimi della riconciliazione sia tra reo e vittima, sia tra reo e società pubblica. In questo senso la progressiva erosione del principio di intangibilità del giudicato non scalfirebbe lo stato di interdizione del *favor rei*, perché la proporzionalità non sarebbe attenuazione della colpa o della responsabilità personale, perché rappresenterebbe una delle finalità profonde dell'ordinamento. La «negazione» penalistica non scalfirebbe la relazione allo stesso modo che la riduzione dei tempi processuali e la riduzione dei costi non modifica la *suavitas* o il nesso di imputazione tra l'atto e il fatto. La derogabilità *in melius*, se appare uno pseudo vantaggio «perdonativo», introdurrebbe quell'anti-formalismo giuridico che ridurrebbe la «durezza» della legge positiva.

Il principio della *lex mitior* andrebbe oltre il giudizio non sillogistico e oltre il calcolo per opportunismo, ricordandoci che l'equità non è uno stato di eccezione, ma espressione del principio di ragionevolezza, da interpretarsi *ex art. 3* della Costituzione come il *ne bis in idem* processuale.

Un diritto aperto e flessibile che prende sul serio la libertà personale, la responsabilità e i fattori criminogenetici ambientali, oltre il retribuzionismo formalistico e la presunta improporzionalità, che va oltre la mera vendetta o la deterrenza nel conflitto (Palazzani 2016).

Lo stesso diritto giurisprudenziale e dottrinale costituirebbe la 'fioritura' del diritto mite, per cui i problematici rapporti tra retroattività favorevole e giudicato rappresenterebbero il limite del giudicato al vaglio dei principi di uguaglianza-ragionevolezza, della proporzione e della funzione rieducativa della pena. Per questo la funzione nomofilattica della Cassazione ribadisce che i casi di *abolitio criminis* parziale formano un modello di giudicato «geneticamente elastico», un diritto mite in cui il diritto inclusivo elimina preventivamente la possibilità di una *lex gravior*, come una legge severa e inutilmente rigida, applicando il principio del *tempus regit actum* (Micheletti 2006), per risemantizzare il diritto mite come espressione di un «diritto forte».

Riferimenti bibliografici

- Albertario, Emilio. 1937. *Studi di diritto romano*. Milano: Giuffrè.
 Ambrosetti, Enrico Mario. 2004. *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*. Padova: Cedam.
 Armellini, Serenella. 1996. *Le due mani della giustizia - la premialità del diritto come problema filosofico*. Torino: Giappichelli.
 Banzhaf, Gunter. 2002. *Philosophie der Verantwortung. Entwürfe, Entwicklungen, Perspektiven*. Heidelberg: Winter.

- Berardi, Alberto. 2006. "Le sanzioni premiali nel diritto penale: dissociazione, collaborazione e loro effetti." In *Commentario sistematico al Codice Penale*, a cura di Mario Ronco, parte generale, 3, 453-520. Bologna: Zanichelli.
- Bobbio, Norberto. 2019. *Elogio della mitezza*. Roma: Edizioni dell'Asino (I ed. Milano: Linea d'ombra, 1994).
- Centone, Salvatore, e Ludovica Giovedì. 2017. *Lex mitior. La retroattività favorevole alla luce dei principi della C.E.D.U.* Milano: Key Editore.
- Coppola Bisazza, Giovanna, e Felice Costabile. 2020. *La giustizia di Traiano: presunzione d'innocenza equità e deterrenza della pena*. Roma: L'Erma di Bretschneider.
- Cotta, Sergio. 1981. "La coesistenza come fondamento ontologico del diritto." *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1: 256-67.
- Cotta, Sergio. 1984. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Cotta, Sergio. 1985. *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Milano: Giuffrè.
- Cotta, Sergio. 1989. *Diritto, persona, mondo umano*. Torino: Giappichelli.
- Cotta, Sergio. 1991. *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, seconda edizione riveduta e ampliata. Milano: Giuffrè.
- Cotta, Sergio. 1997. *Soggetto Umano Soggetto Giuridico*. Milano: Giuffrè.
- Cotta, Sergio. 2004. *Il diritto come sistema di valori*. Cinisello Balsamo: Edizioni San Paolo.
- D'Agostino Francesco. 1999. *La sanzione nell'esperienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- D'Agostino, Francesco. 2005. *Filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- D'Agostino Francesco. 2006. *Lezioni di Teoria del Diritto*. Torino: Giappichelli.
- Da Re, Antonio. 1987. "Etica della responsabilità e antropologia linguistica." *Archivio di filosofia*, 55: 117-142.
- Da Re, Antonio. 2003. *Filosofia morale: storia, teoria, argomenti*. Milano: Bruno Mondadori.
- D'Agostino Francesco. 1977. *Dimensioni dell'equità*. Torino: Giappichelli.
- De Robertis, Francesco Maria. 1951. *La variazione della pena nel diritto romano*. Cacucci: Bari.
- De Santis, Giovanni. 2006. *Gli effetti del tempo nel reato*. Milano: Giuffrè.
- Eusebi, Luciano. 1990. *Pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*. Brescia: Morcelliana.
- Eusebi, Luciano. 2024. "Oltre Hegel e Kant. Dignità umana, giustizia, sistema penale." *Teologia* 49: 81-110.
- Fiorella, Antonio. 1980. "L'efficacia retroattiva della lex mitior sull'estensione dell'amnistia". *Rivista Italiana di diritto e procedura penale* 1: 494 ss.
- Gambardella, Marco. 2013. *Lex mitior e giustizia penale*. Torino: Giappichelli.
- Nardi, Valérie. 2019. "Retroattività in mitius e limite del giudicato: stato dell'arte e prospettive di riforma alla luce del quadro nazionale ed europeo." *Diritto penale contemporaneo* 3: 31-60.
- Gatta, Gian Luigi. 2008. *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*. Milano: Giuffrè.
- Gatta, Gian Luigi. 2012. "La lex mitior nella giurisprudenza della Corte EDU: il caso Scoppola c. Italia (n. 2)." *Diritti umani e diritto internazionale* 6: 53-70.
- Giacomini, Bruna. 2004. *Il problema responsabilità*. Padova: Cleup.
- Leone, Mauro. 1974. *Il tempo nel diritto penale sostanziale processuale*. Napoli: Jovene.
- MacIntyre, Alasdair. 1984. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press.
- Maiello, Vincenzo. 2008. "Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana." *Rivista italiana diritto e procedura penale* 1: 1614 ss.

- Mantovani, Ferrando. 2023. *Diritto penale. Parte generale*. Padova: Cedam.
- Mantovani, Ferrando. 1983. "Diritto premiale e ordinamento penitenziario." In *Diritto premiale e sistema penale. Atti del Settimo Simposio di studi di diritto e procedura penali promosso dalla Fondazione "Avv. Angelo Luzzani" di Como*, a cura di Ferrando Mantovani et al., 197-218. Milano: Giuffrè.
- Mazzacuva, Francesco. 2018. *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*. Torino: Giappichelli.
- Micheletti, Dario. 2006. *Legalità e successione di leggi penali*. Torino: Giappichelli.
- Micheletti, Dario. 2023. "Il principio di irretroattività della legge penale: funzione, meccanica e rapporti con la colpevolezza." *Criminalia* 1.
- Nardi, Valérie. 2019. "Retroattività in mitius e limite del giudicato: stato dell'arte e prospettive di riforma alla luce del quadro nazionale ed europeo." *Diritto penale contemporaneo* 3: 31-60.
- Occhetta, Francesco. 2023. *Le radici della giustizia. Vie per risolvere i conflitti personali e sociali*. Cinisello Balsamo: San Paolo.
- Palazzani, Laura. 2016. *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*. Torino: Giappichelli.
- Palazzo, Francesco, e Roberto Bartoli. 2024. "Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività. A proposito di una sentenza storica." *Sistema penale* 1.
- Pieper, Joseph. 1956. *Sulla prudenza*. Brescia: Morcelliana.
- Pisani, Mario. 2011. "Diritto premiale: le revoche per indegnità." *Jus: rivista di scienze giuridiche* 1/2: 151-9.
- Reggio, Federico. 2010. *Giustizia Dialogica, Luci e Ombre della Restorative Justice*. Milano: FrancoAngeli.
- Ricoeur, Poul. 1987. "Teleological and Deontological Structures of Action: Aristotle and/or Kant?" *Archivio di filosofia* 55: 205-17.
- Riedel, Manfred. 1972-74. *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*. Freiburg: Rombach.
- Sarra, Claudio, e Federico Reggio. 2020. *Diritto, metodologia giuridica e composizione del conflitto*. Padova: Primiceri Editore.
- Satta, Salvatore. 1963. "Un giudizio di conciliazione ovvero la giustizia di Evaristo." *Rivista diritto commerciale*.
- Trinti, Giorgia. 2017. "Principio del *tempus regit actum* nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato Possibili prospettive di mitigazione." *Diritto penale contemporaneo* 9: 15-42.
- Viganò, Francesco. 2014. "Lex mitior e successione di leggi penali nel tempo." *Diritto penale contemporaneo* 1: 1-16.
- Vigna, Carmelo. 1993. "Responsabilità e libertà." *Communio* 130: 52-61.
- Volpi, Franco. 1988. "Che cosa significa neoaristotelismo? La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità." In *Tradizione e attualità della filosofia pratica*, a cura di Enrico Berti, 111-35. Genova: Marietti.
- Hassemer, Winfried, e Domenico Siciliano. 2012. *Perché punire è necessario*. Bologna: il Mulino.
- Zagrebel'sky, Gustavo. 1992. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi.
- Zamagni, Stefano. 2020. "La fraternità come principio di ordine sociale." *Bene Comune* 1: 1-6.
- Zini, Francesco. 2010. "Sanzione." In *Cento e una voce di teoria del diritto*, a cura di Agata C. Amato Mangiameli, e Francesco D'Agostino, 214-17. Torino: Giappichelli.
- Zini, Francesco. 2007. *Il perdono come problema filosofico giuridico*. Torino: Giappichelli.

Lirretroattività ben temperata. E di un Costituente dimenticato. In ricordo di Francesco Maria Dominedò (1903-1964)

Paolo Cappellini

Cominciare una disamina che abbia ad oggetto la (ir)retroattività legislativa e i suoi limiti, da parte di uno storico del diritto, non può che voler dire addentrarsi in una sorta di selva oscura o, per usare di un bel paragone pittorico, che incontreremo tra poco, oscillare tra le immagini, apparentemente razionali e geometriche, alla Mondrian, per intenderci, e quelle, assai più ‘cubiste’ e quindi ‘scomposte’ di un Picasso.

Infatti

la retroattività legislativa e i suoi limiti rappresentano un tema sommamente incerto, benché da tempo dibattuto [...] Le molteplici e variegiate connessioni sistematiche [...] conducono a intendere la materia come una «matassa davvero inestricabile» [...] Raffigurare la cornice teorica entro la quale si sviluppano le riflessioni sulla retroattività delle leggi è un’operazione ritenuta insieme preliminare e necessaria per comprendere le ragioni per le quali il Giudice delle leggi sia giunto all’elaborazione di un certo indirizzo giurisprudenziale in materia. Tale orientamento è stato definito dalla dottrina come «labirintico», «rapsodico», «incoerente» o una vera e propria «Torre di Babele» (Di Martino 2024, 1-2)¹.

¹ Della stessa autrice rimane interessante anche la consultazione della tesi di dottorato, disponibile online al seguente link: <https://iris.unipa.it/retrieve/e3ad891e-510e-da0e-e053-3705fe0a2b96/DI%20MARTINO%20-%20tesi%20di%20dottorato%20def%20%281%29.pdf> (2026-08-05).

Di tutto questo complicato quadro ci offre una eccellente sintesi Andrea Pugiotto, che unisce, fingendo, ma non troppo, una ‘prima lezione’ agli studenti, l’efficacia dell’individuazione degli snodi cruciali, ad una verve, dettata dalla passione civile, che raramente è dato riscontrare negli interventi dei *Professores Iuris* («*communis interpretatio recipit, eos dici Doctores, qui publice legunt, et quibus auditores dant opera*») (Spiegel 1541, 418).

Il passo (la lezione) merita dunque di essere riportato per esteso:

Aula gremita. Primo semestre del primo anno di Giurisprudenza, corso di Diritto costituzionale, lezione sulla risoluzione delle antinomie normative. Spiegazione del criterio cronologico: nel contrasto tra due disposizioni poste da fonti gerarchicamente pari ordinate e aventi eguale competenza, è la più recente a prevalere, determinando l’abrogazione della precedente. *Lex posterior abrogat legem priorem*, scandisce il professore. E ciò per una ragione elementare: l’inesauribilità di ogni fonte del diritto, driver di nuove scelte politiche tese ad aggiornare l’ordinamento superando, così, l’«inopportunità sopravvenuta» (l’espressione è di Mortati) di una data disciplina in vigore.

L’abrogazione è, dunque, l’effetto giuridico del criterio cronologico. Essa non provoca l’estinzione della norma abrogata: lo dimostra il fatto che, se di dubbia costituzionalità, la si può impugnare incidentalmente davanti alla Corte Costituzionale in quanto rilevante – dunque applicabile – nel giudizio *a quo*. Semmai, l’abrogazione delimita la sfera materiale di efficacia della norma abrogata, perimetrandone l’applicabilità «ai fatti verificatisi sino a un certo momento del tempo: che coincide, per solito e salvo sia diversamente disposto dalla nuova legge, con l’entrata in vigore di quest’ultima» (Corte Cost., sent. n. 49/1970). L’abrogazione, quindi, opera *ex nunc*.

Davanti agli sguardi perplessi dei propri studenti (la lezione sulla risoluzione delle antinomie è sempre un tornante impegnativo nel corso di base), il professore traccia la cornice normativa del fenomeno della successione di leggi nel tempo. Lo fa, innanzitutto, richiamando l’art. 11 preleggi (che sancisce il principio d’irretroattività della legge) e l’art. 15 preleggi (sulle forme dell’abrogazione: espressa, tacita, implicita). A conferma, richiama gli artt. 1 e 3 della legge n. 212 del 2000, il c.d. statuto dei diritti del contribuente (irretroattività delle disposizioni tributarie, salvo ricorso eccezionale, solo mediante legge formale, a disposizioni di interpretazione autentica). Fin qui, il quadro è lineare, come una tela di Mondrian. Lo scenario, invece, si complica quando il professore introduce le peculiarità della successione di leggi penali sostanziali nel tempo, ex art. 25, comma 2, Cost., così come labirinticamente declinate dall’art. 2 c.p. integrato dalla legge n. 85 del 2006 e, per le sanzioni amministrative, dall’art. 1, comma 1, legge n. 689 del 1981. Qui il quadro ricorda uno di quei ritratti di Picasso dove tutto è scomposto, come dopo un incidente stradale.

Mosso a compassione verso la sua platea, il docente riduce l’essenziale all’essenziale: la legge penale nel tempo, insomma, si muove tra Scilla e Cariddi. Da una parte, il principio d’irretroattività della legge penale sfavorevole, come garanzia del cittadino contro gli arbitrii del legislatore, espressivo della calcolabilità delle conseguenze

penali della propria condotta, condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. Dall'altra, il principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo, come proiezione del principio di eguaglianza, conseguenza della necessità di equiparare il trattamento dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della *lex mitior*.

In conclusione – riassume il professore, a beneficio degli studenti storditi – il principio d'irretroattività, costituzionalizzato solo in materia penale, non è un limite imperativo alla funzione legislativa. È solo un principio generale dell'ordinamento, derogabile dalla legge che resta libera di disporre retroattivamente. Al più, opera come canone interpretativo in sede di applicazione della legge. Fine della lezione. Ci vediamo domani (Pugiotto 2017, 449-69; 449-51).

Mosso a compassione (verso se stesso) l'incauto storico del diritto è costretto, inoltre, a prendere atto che secondo autorevole (ed originale, forse anche troppo originale) impostazione si viene a negare l'oggetto stesso in discussione, poiché «non essendo definibile cosa la retroattività sia, infatti, è impossibile stabilire quando la retroattività non si debba avere» (Luciani 2007, 1825)².

Ma la cosa, appunto, non finisce qui; infatti, non si potrebbe, per altro verso, più usare la stessa espressione «legge retroattiva», perché «per inciso» essa non sembra neppure più adeguata, nel senso di rispondente alla realtà:

Per inciso, non sembra, invece, corretta l'espressione «legge retroattiva» più spesso usata dalla dottrina per descrivere gli interventi legislativi retroattivi. Invero, le tendenze più recenti della produzione normativa mostrano un generale abbandono della legge retroattiva, quale strumento normativo produttivo di effetti anche per il passato, in favore dell'adozione di singolari disposizioni retroattive. La prassi attesta, in questo senso, l'adozione di singolari disposizioni produttive di effetti anche per il passato, topograficamente collocate in atti normativi (in generale e nel resto) produttivi di effetti esclusivamente per il futuro (Di Martino 2024, 11-2).

Lo storico in *fabula*, a questo punto già disorientato la sua parte, almeno fiducioso nella piena copertura costituzionale del principio di irretroattività della (sola) legge penale, si imbatte nel commento ad una recente sentenza della Corte Costituzionale (18 novembre 2020 – depositata il 23 dicembre 2020, n. 278) che la definisce «storica» – e qui per un momento si rincuora – ma tale sensazione dura pochi momenti, perché la sintesi di quell'analisi suona nel senso che «la legge penale è «ragionevolmente» retroattiva» (Stortoni 2021, 1-2)³.

² Come si nota bene in Pugiotto (2017, 451), l'autore propone di sostituire la nozione ritenuta inutilizzabile con quella di retrovalutazione legislativa dei fatti passati e di fare riferimento, comunque, alla tecnica di un bilanciamento metodologicamente regolato che faccia principale riferimento al principio dell'affidamento, ancorato però «alle singole previsioni costituzionali, che tipizzano quella tutela per ogni singolo «campo di attività»».

³ Stortoni 2021: «La legge penale può essere ragionevolmente «retroattiva»: è questo, nella sostanza, l'approdo della sentenza 278/2020 con cui la Corte Costituzionale ha respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale dell'art. 83, 4° comma del decreto-legge 17 marzo 2020 n.

Lo storico, allora, di fronte al carattere negativo di questa «storicità» nuova, deve forse trovare un «punto d'appoggio». E lo può rinvenire in una doppia considerazione, a proposito della quale trova il sostegno del costituzionalista provveduto: la constatazione, da un lato, della retroattività della legge come questione «squisitamente costituzionale», che investe, cioè innanzitutto i diritti di libertà:

La retroattività, infatti, degrada l'uomo da soggetto ad oggetto. Stabilendo ora per allora la regola di comportamento la legge retroattiva nega all'individuo la libera autodeterminazione riguardo il proprio agire, trasformandolo in un inerte soldatino di piombo nelle mani del legislatore e della sua discrezionalità (Pugiotto 2017, 457).

Di conseguenza essa investe anche la certezza del diritto e la funzione giurisdizionale, posto che «gli autentici destinatari di una legge rivolta al passato, infatti, non sono tutti i consociati ma i giudici», pretendendo da loro «una ricostruzione attuale, per il presente e per il futuro, di realtà normative pregresse». Insomma, per questo rispetto, la legge retroattiva

è come un grave che cade pesantemente su piani di cristallo: l'autonomia individuale, la certezza del diritto e dei diritti, la separazione dei poteri [...] La si può riassumere come un problema di allocazione del potere, secondo il famoso motto del partito del Grande Fratello di orwelliana memoria: «Chi controlla il passato controlla il presente, chi controlla il presente controlla il futuro» (Pugiotto 2017, 453-4)⁴.

E la considerazione, dall'altro, che l'affermazione dell'irretroattività della legge non è la dichiarazione di un dogma atemporale, ma è bensì il frutto di una ben precisa costellazione storica, che si sviluppa a seguito del processo politico moderno di secolarizzazione del diritto – laddove in precedenza il diritto divino e quello giurisprudenziale si ponevano necessariamente come diritti retroattivi, il primo naturalmente ed il secondo necessariamente – e si lega quindi strettamente all'idea e all'affermazione dello Stato (liberale) di diritto (Pugiotto 2017, 455-6)⁵.

18. Non è e non vuol essere quella appena formulata asserzione provocatoria, né tanto meno frutto di ironia, ma se mai amara constatazione del superamento di un primario principio costituzionale: quello della irretroattività in materia penale. Né ad attenuare il potenziale impatto di questa sentenza – che merita con ogni probabilità di essere definita «storica», salvo ad ognuno di declinarne la valenza positiva o negativa – sul sistema penale, serve il fatto che abbia ad oggetto un istituto attinente alla punibilità quale la prescrizione. Istituto da tempo sotto attacco dalla politica, dalla magistratura e da certa dottrina, e che pure aveva resistito grazie alle sapienti e rigorose prese di posizione della stessa Consulta nella vicenda «Taricco». E, d'altro canto, è canone degno di von Clausewitz quello di sferrare l'attacco per sfondare le linee nemiche nel punto più vulnerabile e già fiaccato». Sul tema si veda anche Sacchetto (2021, 1-17).

⁴ Pugiotto (2017, 453-4), laddove anche l'esemplificazione relativa alla giurisprudenza costituzionale che ammette la possibilità che una legge retroattiva 'travolga' anche il giudicato, ponendosi sul piano scivoloso, secondo il quale ogni sentenza definitiva sarebbe come sottoposta a condizione risolutiva tacita, incarnata dall'intervento retroattivo del legislatore. Cfr., per considerazioni analoghe, Quadri (1974, 170-3); Gentili (2013, 46); Caponi (1990, 1332 ss.). Si veda anche per una panoramica diacronica complessiva delle impostazioni in merito Bona (2018).

⁵ In proposito ancora molto utile Olivieri (1913-18, 1-123).

Così il Portalis, illustrando il 'nuovo' principio contenuto nell'art. 2 del Codice Napoleone («*La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif*»), poteva affermare

L'ufficio delle leggi è quello di regolare l'avvenire: il passato non è più in loro potere. Qualora si ammettesse la retroattività delle leggi non esisterebbe più nemmeno l'ombra della sicurezza.

E presentando i motivi del titolo I del codice civile aggiunse:

La libertà civile consiste nel far ciò che la legge non vieta; tutto quello che non è proibito si considera permesso. Che mai dunque diverrebbe la libertà civile, se il cittadino potesse temere di essere esposto al pericolo che una legge posteriore sindacasse le sue azioni e ledesse i diritti già da lui acquisiti?

Nella discussione successiva in Tribunato si obiettò da principio che la disposizione dell'art. 2 fosse inutile, perché essa avrebbe rappresentato un semplice consiglio al legislatore, consiglio da cui esso poteva dipartirsi. Portalis però rispose che la regola era principalmente rivolta ai giudici, ma quand'anche essa fosse per il legislatore, quale danno si sarebbe venuto a creare nel vederlo consacrare una massima, a cui è già legato nella sua coscienza, ed a cui si legherebbe ancora per le proprie leggi? Intervenne poi Berlier ribadendo la non inutilità della regola, perché essa è un precetto valido al contempo per il legislatore e per il giudice:

Il Tribunato finì per abbracciare questo avviso; il tribuno Faure, nel presentare il suo voto di adesione, dichiarò che l'art. 2 era insieme un precetto per i legislatori ed un obbligo per i tribunali (Olivieri 1913-18, 7).

Insomma, come poi sarà per l'analogo art. 2 del codice civile del 1865 e ancora per l'art. 11 delle preleggi del c.c. 1942, il principio di irretroattività della legge rappresentava un principio generale di civiltà giuridica, vincolante non solo il giudice, ma lo stesso legislatore in quanto, pur in costanza di un regime costituzionale 'flessibile', che non ne prevedeva la menzione, esso si potrebbe dire costituisse un principio di natura materialmente costituzionale; tanto che «le deroghe, comunque episodiche, era sempre oggetto di critica» (Pugiotto 2017, 456).

E a questo punto ci troviamo di fronte ad un vero e proprio paradosso storico, perché un principio che sembrava acquisito, come baluardo, tra l'altro, anche di altri momenti chiave dello Stato di diritto liberale e della sua ideologia (la separazione dei poteri, la legalità dell'amministrazione, la generalità e astrattezza della legge), subisce una sorta di *assouplissement*, di derubricazione:

La metamorfosi dell'irretroattività legislativa, da principio vincolante a norma derogabile, si compie con l'avvento della Costituzione rigida e con l'affermarsi dello Stato sociale. La nostra Carta costituzionale non contiene un esplicito e generalizzato divieto di leggi retroattive (Pugiotto 2017, 456).

Ma era questo (si domanda, quasi chiamato in causa, lo storico) un destino immanente in quel trapasso epocale?

E proprio a questo punto entra in scena il nostro Costituente.

Francesco Maria Dominedò, che nel giugno 1946 fu appunto eletto all'Assemblea Costituente e venne nominato membro della Commissione dei 75 per la redazione del progetto di costituzione, partecipando attivamente ai lavori della terza sottocommissione, quella dedicata ai rapporti economico-sociali⁶.

Egli, nella sua pur non lunga vita, non fu però solo un componente della Costituente, ma svolse poi ancora una attività politica di tutto rilievo, segnata quasi dal permanere di un afflato di attuazione 'costituente', anche se svolta quasi mai in prima fila, nella fase successiva di consolidamento della neonata Repubblica; un'attività che, per sommi capi, merita ricordare, per meglio lumeggiarne la figura:

Dopo aver preso parte, infatti, durante l'occupazione tedesca a Roma alla Resistenza, ed essere stato decorato della croce di guerra al valor militare, quale militante nell'associazione dei laureati di Azione cattolica, partecipò fin dalle origini alla costituzione della Democrazia cristiana, e fu poi membro del Comitato regionale del partito, fino ad essere eletto nel primo congresso nazionale (aprile 1946) membro del Consiglio nazionale. Nell'aprile del 1948 il D. venne eletto deputato nella circoscrizione di Roma-Latina-Frosinone-Viterbo, nella quale sarà poi rieletto per la seconda e la terza legislatura. Fu più volte membro del direttivo del gruppo democristiano della Camera dei deputati e si schierò tra i parlamentari di osservanza degasperiana, con un legame di tipo personale, che non gli fece assumere altre connotazioni, rimanendo poi legato a posizioni centriste, senza alcun organico rapporto con correnti organizzate, tanto che, dopo il congresso del '46, non lo troviamo più impegnato in organi nazionali del partito. Fu poi presidente della commissione parlamentare per l'Agricoltura dal giugno 1948 al gennaio 1950 nel periodo di preparazione della legge sui patti agrari e sulla riforma agraria. Nel gennaio 1950 entrava a far parte del sesto governo De Gasperi, come sottosegretario agli Esteri, carica nella quale veniva riconfermato in quello successivo nel luglio del 1951 (settimo governo De Gasperi). Ebbe inizialmente le attribuzioni di ministro dell'Africa italiana (luglio 1950) e poi gli venne affidata l'importante delega della politica dell'emigrazione, incarico non marginale rispetto agli indirizzi generali di politica economico-

⁶ La terza sottocommissione prevedeva 21 componenti e precisamente il Presidente Gustavo Ghidini (Partito Socialista dei Lavoratori Italiani), il Segretario Francesco Marinaro (Fronte Liberale Democratico dell'Uomo Qualunque), ed inoltre Emilio Canevari (Partito Socialista Lavoratori Italiani), Giuseppe Caronia (Democrazia Cristiana), Francesco Colitto (Fronte Liberale Democratico dell'Uomo Qualunque), Giuseppe Di Vittorio (Partito Comunista Italiano), Francesco Maria Dominedò (Democrazia Cristiana), Amintore Fanfani (Democrazia Cristiana), Maria Federici (Democrazia Cristiana), Michele Giua (Partito Socialista Italiano), Ivan Matteo Lombardo (Partito Socialista Italiano), Angelina Merlin (Partito Socialista Italiano), Enrico Molé (Democrazia del Lavoro), Teresa Noce (Partito Comunista Italiano), Giuseppe Paratore (Unione Democratica Nazionale), Antonio Pesenti (Partito Comunista Italiano), Giuseppe Rapelli (Democrazia Cristiana), Alberto Simonini (Partito Socialista Lavoratori Italiani), Ferdinando Storchi (Democrazia Cristiana), Paolo Emilio Taviani (Democrazia Cristiana), Giuseppe Togni (Democrazia Cristiana).

sociale del governo, per l'incremento che si intendeva dare ai flussi migratori, sia Oltremare sia in Europa. Notevolissima fu l'attività che svolse nello stipulare e sviluppare gli accordi bilaterali in questa materia con vari paesi. Negoziò e concluse trattati di emigrazione con l'Austria, il Brasile, l'Uruguay, la Francia, l'Argentina e, per le assicurazioni sociali, con la Svizzera, la Gran Bretagna, la Repubblica federale tedesca, la Francia, il Belgio, il Lussemburgo e la Svezia. Un ruolo particolare di rappresentanza svolse nelle istituzioni europee, come membro effettivo dell'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa (luglio 1949) e di rappresentante nella Assemblea della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (luglio 1952). Gli furono anche affidate delicate funzioni tecnico-politiche, quale quello di membro della giunta elezioni (1948) e di componente della commissione speciale per la ratifica dei decreti emanati nel periodo della Costituente (1950). Dopo le elezioni del giugno 1953 venne riconfermato come sottosegretario agli Esteri nell'ottavo governo De Gasperi, nel ministero Pella, nel primo ministero Fanfani e nel ministero Scelba, fino al luglio 1955. Da questa ultima data fu impegnato nel lavoro parlamentare come componente della giunta del regolamento e di quella dei trattati e nel 1957 della commissione speciale incaricata dell'esame della proposta per l'istituzione della Corte Costituzionale (marzo 1957) e di quella per la ratifica dei trattati del Mercato comune europeo e dell'Euratom (aprile 1957). La terza legislatura lo vide prima presidente della commissione Giustizia (1958-1960), nel periodo in cui furono discussi i controversi provvedimenti di amnistia e indulto. Col terzo ministero Fanfani tornava al governo come sottosegretario per la Giustizia (luglio 1960-febbraio 1962) e nel quarto ministero Fanfani era nominato, sempre come sottosegretario, alla Marina mercantile. Con le elezioni del 1963 lasciava la Camera ed era eletto senatore nel collegio di Tivoli. Fece parte del governo monocolore Leone, tra il luglio e il dicembre 1963, come ministro della Marina mercantile, dedicandosi all'esecuzione delle iniziative urgenti, nello spirito di quel governo, che fu detto «ponte», avendo la funzione di preparare l'avvento del primo governo Moro di centrosinistra e che, come ebbe a dire lo stesso D. alla Camera, nella sua illustrazione del bilancio della Marina mercantile, si doveva dedicare alla «cose che non aspettano» (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, IV legisl., seduta 25 sett. 1963, p. 1788). Tornato all'attività parlamentare, il D. moriva a Roma il 26 ott. 1964⁷.

Per tornare al tema che ci interessa, è abbastanza evidente la motivazione per la quale il suo nome, nella nutrita pattuglia degli esponenti di spicco della

⁷ Voce *Dominedò, Francesco Maria* in *Dizionario Biografico degli Italiani*. Cfr. anche Varsori e Lefebvre D'Ovidio (2017): «La struttura dell'amministrazione centrale del Ministero degli Affari Esteri, nel periodo trattato nel volume, era articolata come segue. Il Ministro degli Affari Esteri, dal 19 settembre 1954 al 6 maggio 1957, era Gaetano Martino, deputato al Parlamento. Il Gabinetto del Ministro, a capo del quale Bartolomeo Migone, era costituito da una Segreteria Particolare del Ministro. I Sottosegretari di Stato erano Vittorio Badini Confalonieri, Lodovico Benvenuti (fino all'8 luglio 1955), Francesco Maria Dominedò (fino all'8 luglio 1955), Dino Del Bo e Alberto Folchi (entrambi dal 9 luglio 1955)».

Democrazia Cristiana (da La Pira a Dossetti, da Moro a Fanfani, da Costantino Mortati a Egidio Tosato, da Giuseppe Lazzati a Giovanni Leone, allo stesso Paolo Emilio Taviani, da Umberto Tupini a Ezio Vanoni, e via continuando), non dovesse brillare di particolare luce. Fors'anche per il fatto che, pur essendo valente giurista, avvocato e professore universitario, la sua principale materia di interesse nell'ambito scientifico, era una specifica branca del diritto commerciale, ovvero, come abbiamo potuto constatare anche nel percorso politico successivo, che lo vedrà infine ricoprire la carica di Ministro della Marina Mercantile, appunto il diritto della navigazione⁸.

Tuttavia, a meglio indagare si possono osservare una molteplicità di suoi interventi propositivi in Commissione e in Assemblea che, pur non sempre accolti favorevolmente, andavano a toccare punti rilevanti dell'architettura complessiva del testo in formazione. Questo, staremmo per dire, anche in forza della coerenza e consapevolezza del programma di azione politico-giuridico democratico⁹ che lo ispirava, e che lucidamente ci restituisce nel raccogliere le sue principali prese di posizione:

A ben guardare, lo spirito che vorrebbe permeare di sé questi spunti offrendo un filo conduttore tra temi a prima vista distanti, eppure vicendevolmente legati, è quello del senso di una democrazia «perfettibile», intendendo per questa il costante il costante processo di elevazione dell'uomo sul piano sociale e politico, cioè l'incoercibile espansione della giustizia per il singolo e per la comunità. Di qui il tentativo di porre l'accento, per esplicito o per implicito, su alcune fra le massime esigenze della materia:

- armonizzare diritto dell'iniziativa e senso della socialità, al fine di esaltare entrambi;
- mirare alla libertà del singolo, come motivo di responsabilità sociale;
- dilatare il vincolo di legalità dall'esecutivo al legislativo;
- conciliare unità statuale e decentramento locale;
- separare la sfera della giustizia dalla politicità;
- inserire l'aculeo della democrazia economica negli schemi formali della democrazia politica.

⁸ Si vedano perlomeno Dominedò (1951; 1957), laddove spicca una bella e significativa (anche in relazione alla sua impostazione intellettuale) dedica al suo Maestro: «Alla memoria di CESARE VIVANTE che educò la nostra generazione al senso sociale del diritto e all'unità dell'ordinamento». E tuttavia chi sia esperto della materia può notare anche in questi scritti una caratteristica che lo contraddistinguerà anche nell'attività costituente, ovvero l'indipendenza e originalità delle posizioni sostenute, che peraltro, come abbiamo visto, aveva contraddistinto anche la sua posizione all'interno del gruppo degasperiano: «Nel 1957 pubblicava a Padova anche il primo volume dei *Principi di diritto della navigazione* (il secondo uscirà sempre a Padova nel 1963), che costituiscono l'opera scientifica di maggior impegno del D., «opera di consultazione talora non agevole, perché spesso caratterizzata nella forma da una tendenza verso impostazioni innovatrici, e nella sostanza dal frequente accoglimento di tesi originali che forse avrebbero richiesto maggior approfondimento, ma anche ricca di fermenti nuovi, in parte utilizzati dalla successiva elaborazione dottrinale», Lefebvre D'Ovidio (1965, 4).

⁹ Cfr. tra l'altro Dominedò (1948).

Se si tentasse di tradurre in una sola formula questo complesso di ideali, spesso latenti nella coscienza comune, e tuttavia bisognevoli di sempre più sicura affermazione, si potrebbe forse dire che noi tendiamo verso una democrazia di «valori», volendo qui comprendere così il processo di immissione del lavoro nella vita collettiva come l'esigenza di conciliare il suffragio universale con la formazione di élites o classi elette [...] Il che sta a dimostrare come, chiusa l'era delle democrazie borghesi e individualistiche del secolo scorso, noi stiamo per imboccare la via maestra del solidarismo, onde, superando le ultime e più violente parentesi di un totalitarismo livellatore, sia dato procedere verso nuove e più organiche forme di reggimento dei popoli, della cui era, già presago, ci parla il Vico. Reggimento che, in definitiva, ci appare caratterizzato dalla graduale eliminazione della «ragion fattasi», segno tipico di un difetto della socialità e di una insufficienza del diritto: cioè, in una parola, dell'inadeguatezza di una civiltà. La «ragion fattasi» va ancora snidata dai più profondi strati in cui gli egoismi umani l'hanno rifugiata, e dove è inconcepibile che il progresso gradualmente non pervenga: diciamo, sul piano interno, i rapporti economici fra le classi, nonché, sul piano internazionale, i rapporti politici tra i popoli. Ora al maturare di tale solidarismo, né individualista né classista, nel quale crediamo di vedere la essenza stessa del nostro divenire, la Costituzione italiana, pur tra mende e lacune, innegabili e talvolta inevitabili, porta taluni contributi che non sarebbe lecito sminuire (Dominedò 1951, 5-7).

Anche a voler lasciar qui da parte la notevole intuizione – che suona oggi di nuovo purtroppo attualissima – della centralità della pace nella costruzione della democrazia dei «valori» proposta dalla Costituzione, e del lavoro che essa ancora richiede – che costituirà, come abbiamo visto, un *leit-motiv* anche del suo successivo impegno politico internazionale ed europeista, e che trova la sua traccia in un volume del 1953 che meriterebbe per molti aspetti di essere ripreso¹⁰; anche a voler lasciar da parte questa intuizione, si diceva, e facendo riferimento alla prima delle esigenze sottolineate nel 'programma', non si potrà non ricordare che, proprio in lucido svolgimento del concetto sviluppato di 'stato sociale' (di diritto) ed in forza dei suoi studi sulla cooperazione (Dominedò 1946), nella fase di attività quale correlatore sull'impresa (per la parte giuridica, essendo quella economica affidata ad Antonio Pesenti) in Terza Sottocommissione (i cui lavori sul tema iniziano il 1 ottobre 1946), Dominedò giunge a prefigurare, quasi a precorrere, lo spazio di quello che sarà il c.d. terzo settore:

Certo, tanti aspetti del dibattito hanno oggi per il lettore un sapore antico: le lunghe discussioni sull'latifondo, gli assetti da dare alla proprietà agraria. Antiche per molti versi sono anche le disposizioni che da questi dibattiti sono uscite; si pensi in particolare all'articolo 44 ed anche ai successivi articoli 45 e 46.

¹⁰ Alludiamo a Dominedò (1953): si vedano ad esempio, della Parte I il capitolo 5, Le «Grandi Potenze» e l'organizzazione internazionale, 36-52 e della Parte II dedicata a L'Unione Europea, ancora il cap. 5, L'unificazione del diritto in Europa, 96-111; nonché della Parte IV, La Giustizia Sociale Internazionale, il cap. I, Il Bene Comune Internazionale, 179-84.

Eppure anche tra le pieghe di quella parte, generalmente considerata antiquata, della costituzione economica possiamo trovare saldi ancoraggi a discipline più che attuali. Si pensi alle norme sulla cooperazione, all'articolo 45 della Costituzione. Con lucidità l'on. Dominedò, già nella sua relazione alla III sottocommissione, individuava – richiamando il modello del *trust* – in questo particolare tipo di imprese lo strumento di un «sano decentramento economico, da armonizzare con un'organica concezione del decentramento amministrativo», utilizzando in fondo gli argomenti che sostengono oggi lo sviluppo del cosiddetto «terzo settore», la cui disciplina potrebbe dunque, proprio nelle norme costituzionali sulla cooperazione, trovare un sicuro aggancio che giustifichi, ad esempio, ordinamenti derogatori della disciplina civilistica e fiscale delle imprese (Gianniti 2000, 917-42)¹¹.

¹¹ Il riferimento è ad Assemblea Costituente, *Atti della Commissione per la Costituzione per la Costituzione, Relazioni e proposte*, 115.

Il testo della relazione dopo essersi occupato del tradizionale dualismo fra impresa privata e pubblica, riletto alla luce dei nuovi principi, e avere quindi affermato che «Il tema dell'impresa costituisce un angolo visuale di singolare rilievo per determinare l'impronta che una Carta costituzionale è atta a lasciare nella storia di un popolo», infatti prosegue: «3. – Non siamo dunque dinanzi ad un problema di principio, bensì di limiti. Come il riconoscimento della proprietà privata, espressione insopprimibile della personalità umana, trova il proprio presupposto nella funzione sociale che l'uso dei beni è chiamato ad assolvere, così il diritto all'impresa incontra un limite invalicabile nella funzione di utilità generale che anche la gestione individuale è tenuta ad attuare. Se è vero, come la stessa relazione Pesenti riconosce, che la produzione serve all'uomo e non l'uomo alla produzione, ne deriva sì la legittima pretesa dell'uomo di gestire la produzione, ma a patto che ciò risponda ad un tempo al benessere sociale, senza ledere il diritto naturale di altri uomini, utenti o lavoratori, la cui sicurezza libertà e dignità va costituzionalmente garantita.

Ecco i limiti in atto: onde il discorso qui si dilata in quello del controllo sociale sulla vita economica. A proposito del quale conviene osservare fin d'ora che nella società moderna non si tratta né di irrigidirsi in un incontrollato regime di iniziativa, né di tendere verso un livellatore sistema di interventi: posizioni che, per il loro stesso estremismo, impedirebbero di mirare al vero obiettivo del domani, consistente probabilmente nel trarre il massimo di vantaggio sociale così dall'iniziativa privata come dall'intervento pubblico, quella sorreggendo con questo, in una nuova sintesi della tradizionale antitesi, composta in una visione organica[...]

4. – Giungiamo quindi all'ipotesi in cui un'impresa a carattere pubblico, gestita direttamente o indirettamente dalla collettività ovvero sottoposta a controllo, possa sovrapporsi all'impresa privata. Non si esclude, né si paventa questa eventualità: la si invoca anzi come rispondente a giustizia, tutte le volte che, in difetto di altra soluzione, le esigenze del bene comune strettamente impongano che la collettività richiami a sé quelle funzioni cui il singolo non riesca da solo con vantaggio a rispondere. In tal caso la regola dell'iniziativa non può non subire eccezioni profonde. Al soggetto di diritto privato è destinato a subentrare un soggetto di diritto pubblico. All'interesse immediato del singolo succede una finalità nuova, per cui il processo produttivo e distributivo di beni o servizi, andando a beneficio diretto della stessa collettività cui l'impresa è devoluta, esclude uno scopo lucrativo dell'individuo[...]

5 – Ma non basta questo dualismo. Fra le figure dell'impresa a base individuale ovvero collettiva può inserirsi un'ipotesi intermedia, perché atta a collocarsi fra le prime due come *tertium genus*: l'impresa in forma cooperativa.

Questa, se poggia sull'iniziativa individuale dei compartecipi, si risolve tuttavia in un esercizio collettivo, mirando a sostituire allo scopo di lucro dell'impresa capitalistica una diversa finalità distributiva, per cui destinari dei beni o dei servizi diventano gli stessi soggetti della gestione, lavo-

Un ulteriore significativo intervento, che ci porta vicino al nostro punto, lo vede ancora tra i protagonisti della discussione, in Assemblea Costituente, nelle sedute del 21 e 22 ottobre 1947, concernente i poteri del Presidente della Repub-

ratori o utenti, immessi nella comproprietà dell'impresa. Si prospetta così una forma di economia associata, movente dall'autogoverno delle categorie e mirante sul piano economico alla eliminazione degli intermediari, nonché sul piano sociale all'incontro fra le classi. Ne deriva un'ipotesi che potrebbe dirsi di socializzazione privata, volontaria e non coatta, nascente per negozio anziché per legge, in armonia di quanto intravedeva lo stesso Proudhon a proposito di una socializzazione da attuarsi contrattualmente.

Posta su questo piano, la cooperazione diventa ben degna di essere menzionata in una Carta costituzionale, quale strumento di evoluzione dalla civiltà capitalistica, secondo quanto auspica anche la relazione Canevari; ma ciò a patto che essa risponda effettivamente ad una funzione mutualistica, che risulti idonea a vivere di vita propria, che non si presti a maschera di formazioni fittizie o fraudolente. Sembra chiaro che a questo fine la legge dovrà sagacemente svincolare la società cooperativa dai più ristretti schemi della disciplina civilistica, per conferirle il respiro adeguato ad una funzione che ha ormai rotto l'involucro della società privata. Le agevolazioni che potranno essere introdotte dall'ordinamento giuridico, allo scopo di favorire gli sviluppi del cooperativismo, dovranno tendere non già a creare situazioni parassitarie o di privilegio, bensì a ristabilire un equilibrio turbato nella concorrenza dell'impresa cooperativa o artigiana verso quella capitalistica.

Tali innovazioni troveranno peraltro il loro naturale contrappeso nel futuro congegno dei controlli di merito, che converrà deferire non tanto allo Stato, assuntore dei controlli di legalità, quanto ad organi collegiali rappresentativi della stessa vita cooperativistica, utilizzando forse l'esperienza austriaca sulle funzioni revisionali e quella americana sugli enti fiduciari. Il problema dei rapporti fra Stato ed economia potrà così essere risolto, ancora una volta, contemperando libertà e socialità: non forme compressive di statalismo, bensì sano decentramento economico, da armonizzarsi con un'organica concezione del decentramento amministrativo.

6. – Nella trilogia in cui tende in tal modo a svolgersi un ordinamento moderno dell'impresa, meriterebbe ancora considerazione un tema di particolare rilievo: quello della partecipazione dei lavoratori alla vita dell'azienda.

Le tendenze verso il partecipazionismo, pur potendo riguardare imprese private e pubbliche, assumono particolare risalto nell'ambito dell'impresa a base individualistica, dove stanno a significare il grado di socialità che questa è atta a realizzare, aprendo l'accesso a quelle forze del lavoro che dell'azienda sono fondamento e nerbo. Ma per giudicare del fenomeno in sede di Costituzione, conviene tener conto della diversa realtà che può essere contenuta in una espressione non univoca. Di partecipazione può essenzialmente parlarsi in un triplice senso: in relazione alla titolarità dell'impresa, all'esercizio, agli utili.

Sotto il primo aspetto, non potrebbe che essere favorito, almeno in linea di tendenza e con le opportune cautele, un graduale processo di elevazione del lavoro sino alla comproprietà dell'azienda. Lo strumento dell'azionariato nel settore industriale e l'istituto del riscatto in agricoltura stanno a dimostrare le possibilità di tradurre in atto l'idea. Trasformare i proletari in proprietari: ecco una mèta che nessun progressismo sociale può omettere, se non smentendo se stesso.

Più delicato ancora, sebbene più contingente, è forse il discorso in tema di partecipazione dei lavoratori all'esercizio dell'impresa. La proposta di contemplare nella Carta costituzionale i consigli di gestione, concepiti come organismi paritetici di lavoratori e datori di lavoro con funzioni vincolanti, urta contro l'obiezione di principio che l'unità dell'impresa non può consentire il coevo funzionamento di più organi deliberativi, quali un consiglio di amministrazione il cui potere sia equilibrato dalla correlativa responsabilità, e insieme un consiglio di gestione che tenda naturalmente a sovrapporsi: e ciò per l'inconciliabilità, logica e pratica, dell'esercizio di due poteri dove uno solo è il comando. Non sia senza significato ricordare che la riforma del 1934 alla Costituzione sovietica, secondo la esperienza quivi fatta sui consigli di gestione, ne contempla la soppressione, almeno nei termini ora sostanzialmente enunciati. Non si vuole con ciò escludere la possibilità

blica. Anche qui con una impostazione originale, volta a sottolineare la posizione del Presidente come quella di «supremo custode della Costituzione», «di supremo moderatore dell'indirizzo politico del paese [...] il tutore e il custode della Costituzione»¹², che l'aveva condotto in precedenza a proporre, assieme

di una diversa soluzione del problema. L'esigenza di dar luogo ad una rappresentanza del lavoro nell'esercizio dell'azienda è forse armonizzabile con la necessità di preservare il potere direttivo dell'imprenditore responsabile: e ciò attraverso più vie contemporanee, tanto più efficaci quanto più organicamente considerate, apparendo esse destinate ad integrarsi vicendevolmente, non già ad essere viste l'una avulsa dall'altra, per comodità dialettica che tradisce la vita. Basti infatti pensare a due ipotesi: la possibilità di un'opportuna immissione delle forze rappresentative del lavoro nello stesso organo responsabile della amministrazione, e la contemporanea costituzione di organismi collaterali di efficienza, aventi funzioni di consulenza tecnica, secondo quanto ammonisce l'esperienza dei comitati misti di produzione nell'ordinamento anglo-americano.

Infine, come ultimo punto, resterebbe la partecipazione del lavoratore agli utili dell'impresa. Non si pretende considerare questa ipotesi quale strumento primario o meta ultima nella lotta per la rendizione degli umili. Ma si pensa che l'idea della cointeressenza possa tuttora offrire delle possibilità feconde, soprattutto se vista in rapporto di interdipendenza con altre forme di partecipazione. Né vale obiettare che il sistema sia atto a determinare quasi un fenomeno di imborghesimento della classe lavoratrice, incrinandone l'unità e legandola alle sorti dell'azienda capitalistica. A tacere altro, l'obiezione peserebbe solamente nel caso in cui noi mirassimo ad una esasperazione piuttosto che ad un superamento della lotta fra le classi. Ma essa si spunta per chi concepisca anche la cointeressenza come strumento di miglioramento sociale, e quindi la inquadri in un più vasto processo, culminante non in sistemi di statizzazioni livellatrici, bensì nelle più alte forme di elevazione del lavoro, atto domani ad essere immesso nella titolarità stessa dell'impresa col nuovo ruolo di compartecipe del processo produttivo, protagonista del proprio destino.

* * *

Se si volessero tradurre i principi in norme, converrebbe anzitutto sgomberare il terreno considerando in sede separata il fenomeno della partecipazione che, per il particolarismo cui dà luogo, appare meritevole di essere disciplinato in successive riforme, mentre la Carta costituzionale dovrebbe limitarsi a riconoscere il diritto del lavoro di partecipare alla vita dell'azienda nelle forme che saranno stabilite per legge.

Concentrato così il problema normativo negli aspetti essenziali dell'organizzazione dell'impresa, sembrerebbe opportuno affermare come punto di partenza il riconoscimento della libertà d'iniziativa, per scendere quindi alla disciplina costituzionale della triplice forma di impresa, individuale, cooperativa e collettiva.

Di qui la proposta del seguente articolo:

«L'iniziativa privata è libera. Le imprese economiche possono essere individuali, cooperative, collettive.

«L'impresa individuale non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

«L'impresa cooperativa deve rispondere alla funzione della mutualità ed è sottoposta alla vigilanza stabilita per legge. Lo Stato ne agevola l'incremento con i mezzi più idonei.

«Quando le esigenze del bene comune lo impongano, la legge, previo indennizzo del titolare, dissolve l'impresa, in forme di esercizio diretto o indiretto, allo Stato o ad altri enti pubblici».

¹² Assemblea Costituente, CCLXVIII, Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947, Presidenza del Presidente Terracini indi del Vicepresidente Targetti, 1441-1442: «L'onorevole Benvenuti ha presentato i seguenti emendamenti all'art. 83: Al primo comma, dopo le parole: è il Capo dello Stato, inserire, è il supremo custode della Costituzione[...] L'onorevole Benvenuti ha Facoltà di svolgerli. Benvenuti... Il nostro emendamento, sul piano strettamente giuridico, sarà svolto dal collega onorevole Dominedò, il quale illustrerà in termini tecnici il

a Benvenuti, e in controtendenza rispetto alla linea che si stava affermando, un emendamento secondo il quale «Il Presidente della Repubblica è eletto da tutto il popolo» (Dominedò 1947). Dominedò giunge quindi a farsi portavoce della proposta, secondo la quale il potere di scioglimento delle Camere, sentiti i loro Presidenti, gli sia però conferito «in via di prerogativa, nel senso di un potere proprio, esclusivamente pertinente»; e ove

si volesse adottare un'altra terminologia [...] si potrebbe forse preferibilmente parlare di un »potere autonomo« o di »potere esclusivo«, inerente all'organo piuttosto che alla persona (Dominedò 1947)¹³.

Una formulazione che dà il là ad un intenso dibattito, nel quale si segnala la replica, sostanzialmente critica sul punto specifico, ma in parte adesiva rispetto all'intenzione, di Vittorio Emanuele Orlando, che però, va notato, lo appella con parole di sentita vicinanza personale e scientifica:

Ma vi è il mio amico e collega (vorrei dire discepolo), a cui ho voluto e voglio tanto bene e verso cui professo tanta stima, l'onorevole Dominedò, che nientedimeno ne farebbe un potere personale! [...] Nelle cose dette dal mio amico Dominedò vi è una parte in cui sono disposto a consentire, cioè in quanto egli trova, quasi come in una *extrema ratio*, finalmente un mezzo per assicurare l'autorità di questo Presidente: autorità di tanto ridotta se non addirittura demolita. Ben poco gli è rimasto anche in confronto del potere del Capo dello Stato monarchico (Orlando 1947)¹⁴.

concetto di atti in via di prerogativa, atti che nel concetto dei miei emendamenti dovrebbero essere riconosciuti al Presidente della Repubblica. Vorrei prima spiegare attraverso quale processo mentale io, semplice cittadino, che ha vissuto questo periodo storico, sono arrivato a rendermi conto della necessità di conferire al Capo dello Stato alcuni particolari poteri che siano del tutto indipendenti dall'approvazione o disapprovazione – e, quindi, dalla firma o controfirma – del Governo in carica [...] L'esame delle funzioni del Presidente della Repubblica va fatto sotto un duplice profilo, in relazione ai due compiti essenziali che a lui incombono. Si tratta di due compiti fondamentali: 1) sbarrare la strada a qualsiasi provvedimento incostituzionale (leggi, decreti regolamenti) che gli venga sottoposto da parte del Governo in carica; 2) ristabilire la concordanza fra la volontà popolare (quale si esprime nella regina delle assemblee, L'Assemblea delle assemblee, ossia i comizi elettorali) e l'Assemblea parlamentare nei suoi due rami».

¹³ Cfr. Mastropaolo (2012, 6-7), laddove si rileva come per «Lodovico Benvenuti (1899-1966) il conflitto più probabile nella nuova forma di Governo è non tanto quello tra Governo e Assemblea, ma quello tra il binomio Governo-Assemblea e volontà popolare. In questa sede il Capo dello Stato deve potere intervenire indicando elezioni anticipate con decisione autonoma e indipendente dalla controfirma del Governo»; e, appunto, «Francesco Maria Dominedò (1903-1964) afferma la necessità di riconoscere al Presidente della Repubblica, in quanto custode e tutore della Costituzione, un »potere autonomo« o »potere esclusivo« di scioglimento, un potere irresponsabile, nei casi di conflitto tra Parlamento e coscienza del paese, senza necessità di controfirma da parte del »Primo ministro«. A questa indicazione accompagna la proposta di circoscrivere a determinate condizioni l'esercizio di questo potere »vera chiave di volta della nostra costruzione costituzionale« al fine di non alterare la struttura costituzionale scelta dall'Assemblea: il regime parlamentare. Non manca peraltro di ipotizzare, nei giorni successivi, una forma di responsabilità presidenziale per quest'atto». Cfr. poi anche lo stesso Dominedò (1958, 214-25).

¹⁴ Intervento di Vittorio Emanuele Orlando in Assemblea Costituente, CCLXVIII, Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947, cit., 1458-9.

In realtà noi che conosciamo la terza esigenza del programma politico-costituzionale di cui Dominedò voleva farsi interprete (ovvero «dilatare il vincolo di legalità dall'esecutivo al legislativo»), potremmo collocare anche questa poco fortunata, e forse azzardata, iniziativa all'interno di quella linea di percorso, con un'indicazione che rimane, ovvero (anche) il Presidente come custode della legalità costituzionale.

In ogni caso andrà rilevato che proprio nell'ambito di quelle discussioni sui poteri presidenziali si riaffaccia, forse per l'ultima volta, il tentativo, anch'esso destinato a cadere, nonostante il richiamo non velato alle prassi negative del regime fascista, di dotare il principio di irretroattività di una copertura costituzionale. È infatti nella seduta successiva, il 23 ottobre 1947, che l'onorevole Codacci Pisanelli (1913-1988), anche lui giurista e suo collega di partito, riprende il testimone dell'esigenza di dotare il principio di una adeguata copertura costituzionale; e lo fa con riferimento alla discussione sull'articolo relativo ai poteri presidenziali di promulgazione delle leggi, l'attuale art. 73:

Presidente. L'onorevole Codacci Pisanelli ha presentato anche il seguente emendamento: sostituire il terzo comma con i seguenti: «Le leggi non potranno avere effetto retroattivo, né entreranno in vigore prima del ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che contengano la dichiarazione di urgenza. Le norme giuridiche non costituzionali, disciplinanti una determinata materia, potranno essere raccolte e coordinate in un unico testo mediante decreto del Capo dello Stato. I testi unici avranno valore di promulgazione novativa delle leggi in essi comprese, alle quali potranno solo recare modificazioni di pura forma, salvo apposita più ampia delega legislativa». Ha facoltà di svolgerlo.

Codacci Pisanelli. Onorevoli colleghi, reputo opportuno richiamare l'attenzione dell'Assemblea sopra due atti molto importanti della formazione delle leggi, cioè la promulgazione e la pubblicazione. È stata mossa l'accusa che si sia tentato surrettiziamente, secondo l'elegante espressione del Presidente della Commissione dei Settantacinque, di introdurre qui il principio della irretroattività della legge in genere. In verità, onorevoli colleghi, io non so se possa effettivamente parlarsi di un artificio e di un subdolo tentativo. In realtà, trattandosi della formazione delle leggi, dovendosi accennare in particolare al momento in cui una legge entra in vigore, si è evidentemente affrontato il problema dell'efficacia della legge in generale e dell'efficacia della legge nel tempo, in particolare.

Ora, trattandosi dell'efficacia della legge nel tempo, ritengo non sia inutile prendere in esame questo problema della retroattività della legge in genere, problema che noi abbiamo esaminato soltanto a proposito della legge penale.

Quando si iniziano gli studi giuridici, uno dei primi principi che si incontrano è precisamente quello della irretroattività della legge. Purtroppo in un recente passato, il principio è stato violato, e tanto più noi dobbiamo ora stare in guardia perché esso sia difeso. Con l'emendamento proposto, sostengo, innanzitutto, che le leggi non debbano avere efficacia retroattiva (Codacci Pisanelli 1947)¹⁵.

¹⁵ Intervento di Giuseppe Codacci Pisanelli in Assemblea Costituente, CCLXIX, Seduta antimeridiana di giovedì 23 ottobre 1947, 1474-1475.

Abbiamo detto, e non per caso, «riprende il testimone»; e, del resto, la stessa allusione di Codacci Pisanelli all'opinione di Meuccio Ruini, che si trattasse di un tentativo «surrettizio» di introdurre adesso a questo proposito il principio di irretroattività della legge in genere, ci mette sull'avviso.

In realtà un tentativo, analogo nella finalità, ma assai più diretto e sistematicamente argomentato, era già stato messo in atto in una seduta antecedente, quella antimeridiana del 15 aprile 1947, nella quale l'Assemblea Costituente era chiamata a proseguire l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo primo della Parte prima del progetto di Costituzione: «Rapporti civili».

In relazione ad una prima fase del dibattito, riguardante l'allora art. 19 (poi art. 24) sul diritto di difesa in giudizio, per il quale erano stati proposti emendamenti, sia volti ad introdurre preliminarmente il divieto dell'abuso del diritto ed inoltre a sostituire la dizione «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi» con la diversa «Tutti possono pretendere la tutela giurisdizionale dei propri diritti ed interessi giuridicamente protetti» (Codacci Pisanelli), Dominedò era già intervenuto *ad adiuvandum* del collega di partito, peraltro assente dalla seduta, proponendo la sostituzione «diritti e interessi (ovvero diritti e interessi giuridicamente protetti».

E aveva, già in questa fase, dovuto subire una replica assai dura, e ben diversa nei toni da quella successiva di Orlando, da parte del Presidente della Prima Sottocommissione, Tupini, che tra l'altro coinvolgeva anche il suo presunto eccesso di originalità tecnica: «L'innovazione proposta dall'onorevole Dominedò pecca d'imprudenza e le avventure nel campo del diritto sono sempre da evitare» (Tupini 1947)¹⁶.

Lo scontro doveva di lì a breve riaccendersi, nonostante la colleganza 'degasperiana' e le notorie virtù mediatrici che di solito gli venivano riconosciute in maniera che oggi si direbbe *bipartisan* (Di Cosimo 2011)¹⁷.

Dominedò, non appena approvato l'allora art. 19, ovvero l'articolo immediatamente precedente a quello che riconosceva il principio di stretta legalità penale e quindi l'irretroattività della legge penale, provvide a sottoporre all'Assemblea un suo art. 19-bis, con un intento sistematico ben preciso:

Presidente Terracini. [...] L'onorevole Dominedò ha proposto un articolo 19-bis del seguente tenore: «La legge dispone per l'avvenire: essa non ha efficacia retroattiva nei confronti dei diritti quesiti».

L'onorevole Dominedò ha facoltà di svolgerlo.

¹⁶ Intervento di Umberto Tupini in Assemblea Costituente, LXXXIX, Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, 2868.

¹⁷ Cfr. Di Cosimo (2011): la sua gestione era stata caratterizzata da una l'accorta regia dei lavori della sottocommissione. «Un merito che nell'ultima seduta gli viene riconosciuto tanto dal suo compagno di partito La Pira («ringrazia il Presidente che ha con alta imparzialità, con paterna sapienza e con squisito tatto guidato i lavori della Sottocommissione»), quanto dal comunista Togliatti («tutti i commissari gli sono riconoscenti e ne apprezzano la competenza, l'abilità e la capacità»)).».

Dominedò. Il progetto di Costituzione contempla il principio di irretroattività della legge sotto un aspetto parziale, e cioè in materia penale. Sembra che, facendosi così, nel corpo del progetto costituzionale, menzione esplicita di un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico nel solo settore penale, si debba altresì pensare ad una sua formulazione generale, potendo nascere perplessità dal fatto che la regola della irretroattività – regola di ordine generale – appaia menzionata in sede particolare e non presupponga un più largo riconoscimento. Questo è lo spirito che ha determinato il mio emendamento. Quanto alla collocazione della proposta, essa precede l'articolo 20, dove si contempla l'applicazione speciale del principio, per una evidente ragione di euritmia, il principio risultando così menzionato prima su un piano generale e poi in sede di applicazione (Dominedò 1947)¹⁸.

Dominedò è in sostanza consapevole, anche quale lettore del celebre testo di Gabba che più avanti vedremo menzionerà espressamente, anzitutto dello stretto legame del principio generale di irretroattività come garanzia dei diritti quesiti col principio personalistico; principio che del resto i suoi stessi colleghi di partito, e *in primis* La Pira, avevano considerato una pietra miliare del nuovo testo costituzionale:

In altri termini, l'ultima ragione del rispetto dei diritti acquisiti è... l'inviolabilità della persona umana, e la inseparabilità del concetto del diritto da quello di una persona che pensa e che vuole liberamente (Gabba 1891, 173)¹⁹.

Perciò è necessario un suo inserimento sistematico, proprio in quanto 'generale', nella trama del testo della costituzione 'rigida', per non vederlo destituito della sua funzione essenziale di «binario maestro», di regola, appunto, per il futuro legislatore:

Che si tratti di un principio generale dell'ordinamento giuridico parrebbe a me non discutibile. Le disposizioni preliminari dell'abrogato Codice civile, le vigenti disposizioni generali sulla legge, il corpo di norme introduttive ai più importanti Codici di diritto comparato – basti ricordare l'*Einführungsgesetz* al *Bürgerliches Gesetzbuch* – concordemente fanno capo a questo canone, ormai consacrato dalla teoria generale del diritto: la legge dispone per l'avvenire e non ha efficacia retroattiva. La discutibilità può sorgere in riguardo alla determinazione dei più precisi confini di una tale irretroattività, e si apre così un problema che non tocca la competenza costituzionale. Ma, proprio allo scopo di introdurre una formula che non pregiudichi gli sviluppi della legislazione e sia ad un tempo la più certa possibile, consacrando i migliori risultati della nostra elaborazione giuridica, ho creduto di dover fare capo alla dottrina dei diritti quesiti come quella che, dalle

¹⁸ Intervento di Francesco Maria Dominedò in Assemblea Costituente, LXXXIX, Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, 2869.

¹⁹ Terza Edizione, Riveduta e Accresciuta dall'Autore con riguardo alla recente giurisprudenza, nell'espone la ben nota teoria del Lassalle.

luminose pagine del Gabba in qua, risulta la più sicura in materia. E ciò con la conseguenza pratica di concedere notevole duttilità alla regola, escludendo la irretroattività tanto nei confronti delle così dette aspettative legittime quanto nei riguardi delle mere facoltà di legge.

Se l'Assemblea riterrà che con questo principio si traccia un binario maestro nei confronti della futura legislazione, se essa giudicherà che così si riesca realmente a dettare una disposizione generale sulla legge, si potrà anche discutere sulla formulazione concreta del principio, ma penso che in sede costituzionale non si possa rinunciare a dettare una norma la quale rappresenta una conquista della civiltà giuridica, ed essendo già menzionata in sede particolare di singolare importanza, dovrebbe essere logicamente riportata in sede generale alla dignità che le conviene (Dominedò 1947).

Il Presidente Terracini a questo punto chiama in causa la Prima Sottocommissione e, di nuovo, il parere di Tupini è seccamente contrario:

Tupini, *Presidente della prima Sottocommissione*. Mi dispiace che anche questa volta debbo respingere il nuovo emendamento dell'onorevole Dominedò.

E, di fronte all'insistenza del proponente, questa volta non affatto disposto a ritirarlo, la risposta non lascia adito a dubbi. Essa tende a creare un fossato dal punto di vista giuridico tra diritto penale e materia civile, motivandolo, in sostanza, con la necessità di lasciare al legislatore civile (e pur senza nominarlo, a quello amministrativo, tributario etc.) la discrezionalità necessaria a realizzare le riforme del futuro Stato sociale da attuare («specie in materia di diritti sociali»); insomma regola generale costituzionale per il diritto penale, eccezione negli altri casi (nonostante il richiamo ad un ruolo di criterio regolatore, ma evidentemente operante sul piano interpretativo e casistico):

E allora le dico subito che in materia penale la irretroattività della legge è indiscutibile. La Costituzione deve dire una parola definitiva a questo riguardo anche per quelle ragioni reattive alle quali poc'anzi faceva cenno l'onorevole Cappa. In materia civile però bisogna procedere con estrema cautela. Se l'onorevole Dominedò ha seguito, come non dubito, i lavori recentissimi della Costituente francese, mi potrà dare atto che quei nostri colleghi hanno discusso per varie ore il problema da lui proposto a quest'Assemblea, per concludere in senso negativo. E secondo me hanno fatto bene. Qui stiamo in campo costituzionale, non di legislazione ordinaria. Non c'è dubbio che il principio generale della irretroattività debba guidare tutta la legislazione e tutta l'attività del legislatore; ma quando si verte nel campo del diritto privato non si può trascurare il carattere specifico di mobilità che lo caratterizza e distingue, specie in materia di diritti sociali, di fronte ai quali non dobbiamo né possiamo fin da questo momento cristallizzare o incatenare in formule rigide la necessaria libertà del legislatore futuro, il quale però dovrà usarne con prudenza e col dovuto rispetto, compatibile col bene generale, dei diritti quesiti. Se facessimo diversamente, sottoporremmo tutto l'apparato costituzionale a una vicenda continua di rifacimenti che metterebbero in forse la stessa stabilità della nostra

carta fondamentale. Bisogna quindi non impedire in modo assoluto alla legge di interpretare tempestivamente certe esigenze di carattere sociale senza dovere ricorrere a revisioni costituzionali troppo frequenti. Insisto perciò nel pregare l'onorevole Dominedò di ritirare il suo emendamento (Tupini 1947)²⁰.

L'esito dello scontro non era e non è difficile da intuire, anche se la tenuta della controargomentazione di Tupini sembra forse provare troppo, posto che la regola che si intendeva introdurre in Costituzione manteneva la sua duttilità, a detta dello stesso proponente, proprio in relazione alla questione di quelle che potremmo chiamare 'Grandi Riforme' di sistema.

Infatti, era già dato di senso comune, storicamente orientato, anche tra i giuristi che,

invero, quantunque il progresso della società, al pari del medesimo svolgersi della natura, sia di regolamento e continuo, non saltuario e violento, ciò nondimeno la società ha essa pure le sue rivoluzioni, come la natura può andar soggetta ai così detti cataclismi. Istituzioni diventate incompatibili coi progressi fatti dalla società in altri lati, che trovansi in istretto rapporto con quelle, perché l'egoismo ha impedito che chi si avvantaggiava delle prime cedesse spontaneamente di mano qualche cosa alle esigenze del bene pubblico, debbono poi un giorno finire crollando ad un tratto, per opera di una legge che le sopprima. In questo modo noi abbiamo veduto scomparire in Francia e in altri Stat d'Europa feudi e i majorascati, nella Russia la servitù della gleba, negli Stati Uniti d'America la cosiddetta schiavitù di colore, nel nuovo Regno d'Italia parecchie corporazioni religiose. Chi può mettere in dubbio la legittimità, la giustizia delle abolizioni, a cui cospirano in pari tempo l'intollerabile egoismo di pochi, e l'imperiosa legge del bene generale? Nessuno però può mettere in dubbio neppure che riforme di tale natura non siano di natura eccezionale (Gabba 1891, 8-9).

E l'obiezione finale di Dominedò, prima del voto e della non approvazione, tende a sottolineare come la condanna della 'normalità' delle leggi eccezionali, non significhi rifiuto dell'innovazione e del progresso, ma bensì sua seria ricerca in forza di principi di giustizia.

Presidente Terracini. Onorevole Dominedò, ella mantiene l'articolo 19-bis? Dominedò. Sono particolarmente sensibile alla parola del Presidente della Sottocommissione, ma nel caso mi duole di non poter recedere dalla proposta, perché essa involge una questione di massima che non consente transazioni, significando condanna delle leggi eccezionali nel loro principio e nei loro effetti. Osservo che la salvezza di questo principio sia perfettamente compatibile con tutte le innovazioni cui i tempi anelano, essendo il più idoneo a conciliare tradizione e progresso, certezza dei rapporti giuridici e convenienza di evoluzione sociale.

²⁰ Intervento di Umberto Tupini in Assemblea Costituente, LXXXIX, Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, 2869-70.

Presidente Terracini. Pongo in votazione l'articolo 19-*bis*, proposto dall'onorevole Dominedò, di cui dò nuovamente lettura:

«La legge dispone per l'avvenire, essa non ha efficacia retroattiva nei confronti dei diritti quesiti».

(*Non è approvato*) (Dominedò 1947)²¹.

Un'occasione persa, dunque? Nella prospettiva più significativa, che la copertura costituzionale avrebbe realizzato, costringendo assai probabilmente, più che ai paventati (da Tupini e sodali) continui mutamenti costituzionali, a percorsi argomentativi e progettuali più cauti, ma anche più seriamente costruiti, la risposta non può probabilmente che essere positiva. Come è stato notato, a seguito del percorso che abbiamo recuperato un po' più da vicino:

Se invece si adotta la prospettiva più interessante, ossia si cerca di fare del principio un principio veramente generale, che limiti anche il legislatore (secondo i *desiderata*, più o meno espressi, di molti degli alfiere di tali teorie), si incontra appunto il limite dell'attuale assetto ordinamentale. Un generale principio di irretroattività, nei termini in cui viene enunciato da molte teorie dottrinali, si rivela incompatibile con una Costituzione che, lo abbiamo visto, non prevede irretroattività nella materia civile e lascia pertanto libero il legislatore ordinario di adottare norme retroattive (almeno finché non incidano su altri valori costituzionali). Insomma, se fino all'avvento di una costituzione rigida come la nostra un generale principio di irretroattività «immanente» nel sistema ben può esplicitare tutta la sua forza, nel momento in cui non viene costituzionalizzato si rischia di ridurlo a un mero principio interpretativo, con buona pace di ogni entusiastica affermazione²².

Tutto ciò sarà anche vero, come è vero che, a partire dalla famosa sentenza n. 118 del 1957, quindi assai vicina alle vicende sin qui descritte, ci sia nella nostra giurisprudenza una tradizione di favore per la discrezionalità del legislatore in materia non penale, o per dirla in altri termini:

Sul piano dell'interpretazione costituzionale, dunque, la regressione a semplice direttiva ermeneutica di un principio cardine dello Stato di diritto non è un esito giuridicamente obbligato, bensì voluto rispetto ad un problema costituzionalmente impregiudicato [come notava proprio un'altra delle prime sentenze della Corte, la n. 71 del 1957, per la quale si poteva prescindere dall'esaminare la questione se dall'art. 25, secondo comma Costituzione potesse eventualmente considerarsi «manifestazione di un principio costituzionale più generale avverso alla retroattività di tutte le leggi, anche su materie non penali»], un caso paradigmatico di interpretazione orientata alle conseguenze (Pugiotto 2017, 458-9).

²¹ Intervento di Francesco Maria Dominedò in Assemblea Costituente, LXXXIX, Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, 2870.

²² Così Bona (2018, 67). Si veda tuttavia Valentino (2012, 1-32).

Non può esser certo compito dello storico discettare di ragionevolezza o legittimo affidamento²³ o stabilire se si diano o debbano darsi percorsi diversi o nuovi una volta che si sia constatato che il cerchio si è chiuso e che «dal divieto di retroattività (e alle sue deroghe possibili) si approda al principio di retroattività (e i suoi eventuali limiti)». E non solo, che

nel contempo, alla discrezionalità del legislatore si affianca, in funzione di freno, la discrezionalità del giudice delle leggi (retroattive). Entrambi gli esiti provocano tachicardia al valore della certezza del diritto, fino al rischio di arresto cardiaco per l'intero plesso di esigenze di conoscibilità, prevedibilità, stabilità, sicurezza di cui quel valore vive (Pugiotto 2017, 460).

Ma forse egli può, come ultima testimonianza di *pietas* per il nostro Costituente dimenticato – il cui afflato costituzionale post-Costituente lo portava ancora ad inseguire nuove possibili riforme, anche qui senza trovare il consenso politico sufficiente alla bisogna, come nel caso dell'auspicata «nuova era del codice civile del lavoro, dopo quella del codice civile della proprietà» (Dominedò 1961, 39-66, 51-3)²⁴ –, forse egli può provare a recuperare alcune sparse tracce, che lo avrebbero forse rasserenato.

E la prima potrebbe essere rappresentata da un convegno organizzato a Roma dall'Ordine degli Avvocati qualche anno fa, e dal suo titolo²⁵.

E l'altra traccia, all'interno dell'argomentazione, stesa da Marco D'Alberti, di una recente sentenza della Corte Costituzionale, la n. 4 dell'anno 2024, laddove si può leggere che

Una volta esclusa la natura autenticamente interpretativa della disposizione, dinanzi a leggi aventi efficacia retroattiva questa Corte è chiamata ad esercitare uno scrutinio particolarmente rigoroso: ciò in ragione della centralità che assume il principio di non retroattività della legge, «inteso quale fondamentale valore di civiltà giuridica, non solo nella materia penale (art. 25 Cost.), ma anche in altri settori dell'ordinamento (sentenze n. 174 del 2019, n. 73 del 2017, n. 260 del 2015 e n. 170 del 2013)» (sentenza n. 145 del 2022).

²³ Cfr. da ultimo Mabellini (2025, 735-53).

²⁴ Dominedò (1961, III, 39-66, 51-53): «qui [a proposito del codice civile] vediamo non tanto l'esigenza di modifiche parziali, quanto la necessità di influire sulle stesse linee architettoniche del codice. Forse osiamo andare contro corrente, avendo sentito, non senza insistenza, ripetere che nel codice civile dobbiamo ritoccare il noto articolo 147 sull'educazione della prole, le disposizioni generali e speciali sulle fonti corporative, alcune norme sul diritto di famiglia, qualcosa ancora in tema di eredità, di proprietà, di lavoro: e saremmo a posto. Non siamo dello stesso avviso: Si deve sottolineare che ciò sta bene, ma non basta. È necessario, ma non sufficiente dal momento che noi dobbiamo inserire lo spirito della costituzione nella struttura stessa del codice... Ora, osiamo pensare - e qui ambiremmo di sentire il conforto altrui - che muovendo con decisa visione del domani il nuovo codice civile debba essere un codice essenzialmente imperniato sul fondamento strutturale e animatore del lavoro».

²⁵ *I Diritti Quesiti, Fondamento dello Stato di Diritto e Democratico. La pensione quale diritto quesito*, Atti del convegno (Roma, 4 aprile 2017).

Il controllo di costituzionalità diviene ancor più stringente qualora l'intervento legislativo retroattivo incida su giudizi ancora in corso, specialmente nel caso in cui sia coinvolta nel processo un'amministrazione pubblica. Infatti, tanto i principi costituzionali relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale, quanto i principi concernenti l'effettività della tutela giurisdizionale e la parità delle parti in giudizio, impediscono al legislatore di risolvere, con legge, specifiche controversie e di determinare, per questa via, uno sbilanciamento tra le posizioni delle parti coinvolte nel giudizio (tra le altre, sentenze n. 201 e n. 46 del 2021, n. 12 del 2018 e n. 191 del 2014).

8.1.– Con riguardo al sindacato di costituzionalità delle leggi retroattive incidenti su giudizi in corso, ha assunto un rilievo sempre più decisivo la giurisprudenza della Corte EDU (tra le altre, sentenze 24 giugno 2014, Azienda agricola Silverfunghi sas e altri contro Italia, paragrafo 76; 25 marzo 2014, Biasucci e altri contro Italia, paragrafo 47; 14 gennaio 2014, Montalto e altri contro Italia, paragrafo 47). Ciò in virtù della «funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea» (sentenza n. 348 del 2007). Come chiarito da questa Corte, infatti, nel sindacato di costituzionalità delle leggi retroattive si è ormai pervenuti alla costruzione di una «solida sinergia fra principi costituzionali interni e principi contenuti nella CEDU», che consente di leggere in stretto coordinamento i parametri interni con quelli convenzionali «al fine di massimizzarne l'espansione in un «rapporto di integrazione reciproca»» (sentenza n. 145 del 2022). Sulla base di tale sinergia, questa Corte è chiamata innanzitutto a verificare se l'intervento legislativo retroattivo sia effettivamente preordinato a condizionare l'esito di giudizi pendenti.»

E ancora

8.5.– Né, infine, può ritenersi che l'intervento legislativo in questione trovasse una ragionevole giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni costituzionali, posto che, come ha chiarito la Corte EDU, solo imperative ragioni di interesse generale possono consentire un'interferenza del legislatore su giudizi in corso; i principi dello stato di diritto e del giusto processo impongono che tali ragioni «siano trattate con il massimo grado di circospezione possibile» (sentenza 14 febbraio 2012, *Arras contro Italia*, paragrafo 48).

Se il Nostro ci potesse leggere o sentire, probabilmente ci invierebbe da dove si trova un intervento o un commento adesivo. L'avvicinamento alla società giusta, seppur difficile, trova ancora sostenitori disposti a mettersi in gioco e in cammino.

«Forse osiamo andare controcorrente...»

Riferimenti bibliografici

Bona, Carlo. 2018. *Retroattività e diritti reali*. Trento: Università di Trento, 67. <https://iris.unitn.it/>

Caponi, Remo. 1990. «La nozione di retroattività della legge.» *Giurisprudenza Costituzionale*: 1332 ss.

- Di Cosimo, Giovanni. 2011. "Umberto Tupini Presidente della Prima Sottocommissione dell'Assemblea Costituente." *Rivista AIC* 3. <https://www.rivistaaic.it/> (2026-08-05).
- Di Martino, Carla. 2024. *La retroattività legislativa*. Torino: Giappichelli Editore, 1-2, 11-12.
- Dominedò, Francesco Maria. 1946. *Prospettive della cooperazione*. Roma: SELI Società Editrice Libreria Italiana.
- Dominedò, Francesco Maria. 1947. "Elezione del Capo dello Stato." Discorso pronunciato alla Assemblea Costituente nella seduta del 21 ottobre 1947. In *Atti dell'Assemblea Costituente*, vol. VIII, 1416.
- Dominedò, Francesco Maria. 1947. "Poteri del Capo dello Stato." Discorso pronunciato alla Assemblea Costituente nella seduta del 22 ottobre 1947. In *Atti dell'Assemblea Costituente*, vol. VIII, 1455.
- Dominedò, Francesco Maria. 1948. "La nuova codificazione." Discorso pronunciato alla Camera dei Deputati nella seduta del 27 ottobre 1948, 39-66, 51-53.
- Dominedò, Francesco Maria. 1948. *Lo Spirito della democrazia*. Roma: Colombo editore.
- Dominedò, Francesco Maria. 1951. *Discorsi intorno alla Costituzione Italiana*. Bologna: Dott. Cesare Zuffi Editore.
- Dominedò, Francesco Maria. 1951. *Introduzione al Diritto della Navigazione*. Roma: Edizioni Italiane.
- Dominedò, Francesco Maria. 1953. *Itinerari della Pace*. Milano: Aldo Garzanti Editore.
- Dominedò, Francesco Maria. 1957. *Principi del Diritto della Navigazione. Parte Generale-Delle Persone*. Padova: CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- Dominedò, Francesco Maria. 1958. "Saggio sul potere presidenziale." In *Studi sulla Costituzione*, vol. III, a cura del "Comitato per la celebrazione del I° decennio della promulgazione della Costituzione", 214-25. Milano: Giuffrè.
- Dominedò, Francesco Maria. 1961. *La Società giusta. Discorsi*. Padova: CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- Gabba, Carlo Francesco. 1891. *Teoria della Retroattività delle Leggi*, vol. I. Milano-Roma-Napoli: Torino Unione Tipografica editrice.
- Gentili, Aurelio. 2013. *Il diritto come discorso*. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano: Giuffrè.
- Gianniti, Luigi. 2000. "Note sul dibattito alla Costituente sulla 'costituzione economica'." *Diritto pubblico* 3: 917-942. Anche in www.astrid-online (2026-08-05), 7.
- Lefebvre D'Ovidio, Antonio. 1965. "F. M. D." *Rivista del diritto della navigazione* XXXI: 4.
- Luciani, Massimo. 2007. "Il dissolvimento della retroattività: Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Parte Prima)." *Giurisprudenza Italiana*: 1825 ss., 1837.
- Mabellini, Stefania. 2025. "Il Giudice costituzionale 'assolve' il legislatore retroattivo che cancella le 'iniquità' del passato ...e assesta un nuovo colpo al legittimo affidamento." *Consulta Online* Fascicolo II: 735-53. <https://www.giurcost.org/> (2026-08-05).
- Mastropaolo, Antonio. 2012. "Art. 88. Le ricostruzioni dell'esercizio del potere di scioglimento anticipato in dottrina nell'esperienza repubblicana." *Archivio di Diritto e Storia Costituzionali*. www.dircost.unito.it (2026-08-05), 6-7.
- Olivieri, Angelo. 1913-18. "Retroattività della legge." In *Digesto Italiano. Enciclopedia Metodica e Alfabetica di Legislazione Dottrina e Giurisprudenza*, diretta da Luigi Lucchini, vol. XX, Parte Seconda, 1-123. Milano-Napoli-Palermo-Roma: Unione Tip. editrice Torinese.

- Ordine degli Avvocati di Roma. 2020. *I Diritti Quesiti, Fondamento dello Stato di Diritto e Democratico. La pensione quale diritto quesito*. Atti del convegno (Roma, 4 aprile 2017). Roma: NEU, Nuova Editrice Universitaria.
- Pugiotto, Andrea. 2017. "Il principio di irretroattività preso sul serio." *Quaderni costituzionali* XXXVII, 2 (giugno): 449-69, 449-60.
- Quadri, Rolando. 1974. "Applicazione della legge in generale." In *Commentario del Codice civile. Disposizioni sulla legge in generale, Art.10-15*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, 170-73. Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro italiano.
- Sacchetto, Ernestina. 2021. "La 'ragionevole' retroattività della legge penale. Alcune riflessioni critiche sulla pronuncia della Consulta, 23 dicembre 2020, n. 278." *La legislazione penale*. www.lalegislationepenale.eu (2026-08-05), 1-17.
- Spiegel, Jacob. 1541. *Lexicon iuris civilis, ex variis probatorum autorum commentariis congestum*. Lugduni: Apud Sebastianum Gryphium.
- Stortoni, Luigi. 2021. "La legge penale è 'ragionevolmente' retroattiva." *Penale. Diritto e Procedura*. www.penaledp.it (2026-08-05), 1-2.
- Valentino, Alessia. 2012. "Il principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della Giurisprudenza Costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo." <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/alessia-valentino/il-principio-d-irretroattivita-della-legge-civile-nei-recenti-sviluppi-della-giurisprudenza-costituzionale-e-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo> (2026-08-05).
- Varsori, Antonio, e Francesco Lefebvre D'Ovidio. 2017. *Documenti sulla Politica Internazionale dell'Italia. Serie A Europa Occidentale e Unione europea. Il "Rilancio dell'Europa." Dalla Conferenza di Messina ai Trattati di Roma (2 aprile 1955-25 marzo 1957)*. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato Libreria dello Stato.
- "Voce DOMINEDÒ, Francesco Maria". [s.d.]. In *Dizionario Biografico degli Italiani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. [https://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-maria-dominatedo_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-maria-dominatedo_(Dizionario-Biografico)/) (2026-08-05).

Diritti umani degli imputati, princìpi di legalità e irretroattività della legge penale ed eccezioni a tali princìpi

Riccardo Pisillo Mazzeschi

1. Premessa

Nel diritto internazionale dei diritti umani vi è uno spazio importante per un gruppo di diritti che attengono alla protezione giudiziaria della persona. Si possono ricordare il diritto di accesso alla giustizia, il diritto alla riparazione per violazione dei diritti umani e, per quanto riguarda in particolare il diritto penale, una serie di diritti che spettano agli imputati nei processi penali. Tra questi diritti, vi sono, ad esempio, la presunzione di innocenza, il diritto di essere informato dell'accusa, il diritto di difesa, il diritto ad un doppio grado di giudizio, il principio del *ne bis in idem*, ecc.

Questi diritti degli imputati nei processi penali sono previsti, in dettaglio, dai principali trattati sui diritti umani; ma non tutti sono entrati a far parte anche del diritto internazionale consuetudinario. Invece, vi sono, a mio avviso, due diritti fondamentali degli imputati che sono stati incorporati dal diritto consuetudinario: quelli che derivano dal principio di legalità penale e dal principio, collegato, di irretroattività dei reati e delle pene. In questo intervento, descriverò brevemente i tratti essenziali di questi princìpi e poi mi concentrerò sulle eccezioni e le presunte eccezioni ai medesimi.

2. I princìpi di legalità e di irretroattività della legge penale

Il principio di legalità, nel campo del diritto penale, si esprime nel brocardo latino *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; cioè nella regola che nessu-

Riccardo Pisillo Mazzeschi, University of Siena, Italy, riccardo.pisillo@unisi.it, 0000-0001-9823-2747

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Riccardo Pisillo Mazzeschi, *Diritti umani degli imputati, princìpi di legalità e irretroattività della legge penale ed eccezioni a tali princìpi*, © Author(s), CC BY-SA 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0.05, in Laura Castaldi, Francesco Zini (edited by), *Il principio di retroattività della lex mitior*, pp. 51-64, 2026, published by Firenze University Press and USiena PRESS, ISBN 979-12-215-1043-0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0

na persona può essere condannata per un reato o punita con una pena che non fossero già previsti al momento della commissione del reato. Il rispetto dei diritti umani impone un limite necessario all'uso dello strumento sanzionatorio penale: sia il reato che la pena devono essere previsti per legge, per non essere arbitrari (Zagrebel'sky et al. 2019, 260). In altri termini, l'individuo deve essere in grado di prevedere le conseguenze penali della propria condotta. Il principio di legalità è anche collegato al principio di certezza del diritto.

L'altro principio, della irretroattività della legge penale, appare in realtà come un corollario del principio di legalità. Esso significa che nessuna legge penale (sostanziale) può essere applicata ad un reato commesso prima che la legge entrasse in vigore e che eventuali pene più gravi, che siano state emanate dopo la commissione di un reato, non sono applicabili a tale reato.

Questi principi derivano da una lunga tradizione storica di tutela dell'individuo dal potere arbitrario dello Stato nei confronti dei propri cittadini (Pustorino 2022, 187) e sono contenuti in molte carte costituzionali¹.

A livello internazionale, i due principi sono incorporati nei più importanti atti e trattati internazionali sui diritti umani. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'art. 11(2), enuncia che:

Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso.

Con una formula quasi identica, la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), all'art.7(1), stabilisce che:

Nessuno può essere condannato per una azione o omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, all'art.15(1), stabilisce che:

Nessuno può essere condannato per azioni o omissioni che, al momento in cui sono state commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena maggiore di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne.

Norme simili sono contenute nella Convenzione americana dei diritti umani (art. 9); nella Carta africana dei diritti umani e dei popoli (art. 7(2)), nella Carta araba dei diritti umani (art. 15), nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

¹ In Italia vedi l'articolo 25 della Costituzione. Vedi anche gli articoli 1 e 2 del codice penale.

Europea (art. 49), nello Statuto della Corte penale internazionale (artt. 22-24), nella IV Convenzione di Ginevra del 1949 (artt. 65 e 67).

Tuttavia, i principi di legalità e di irretroattività della legge penale, come vedremo meglio in seguito, prevedono due eccezioni o presunte eccezioni: a) la regola della *lex mitior*; b) la regola delle condotte ritenute criminali secondo i principi generali di diritto. Questo intervento si occupa soprattutto di tali eccezioni (par. 5). Ma prima conviene parlare brevemente del concetto di illecito penale (par. 3) e dei requisiti richiesti dal principio di legalità (par. 4).

3. Il concetto di illecito penale

I due principi sopra indicati si applicano alle persone accusate di illeciti penali; ma il concetto di «illecito penale» può cambiare a seconda dei diversi ordinamenti giuridici. Pertanto si pone il problema di definire tale concetto sulla base di un certo ordinamento. Gli organi internazionali di controllo sui diritti umani adottano una qualificazione in gran parte 'autonoma' del concetto di «illecito penale». Ciò significa che tali organi, nel decidere sulla natura penale dell'illecito, non sono vincolati alla qualificazione adottata dall'ordinamento interno dello Stato interessato. Altrimenti, l'applicazione delle norme internazionali risulterebbe disuguale tra i diversi Stati.

Più in particolare, per definire la materia penale, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani ha individuato tre criteri (i c.d. criteri Engel): a) la qualificazione giuridica dell'illecito adottata dal diritto interno dello Stato in questione; b) la natura dell'illecito, cioè il fatto che la norma violata abbia destinatarietà generale (e non limitata) e abbia scopo repressivo e punitivo (e non restitutorio o risarcitorio); c) la natura e il grado di severità della sanzione². Questi criteri sono alternativi, nel senso che la natura penale dell'illecito può essere dedotta sulla base di un solo criterio; ma un esame cumulativo può essere adottato quando nessun criterio da solo offra una risposta sicura (Zagrebel'sky et al. 2019, 256).

Anche il Comitato dei diritti umani tende ad adottare una qualificazione 'autonoma' del concetto di «illecito penale»³. Ad esempio, nel caso *Niftaliyev* il Comitato ha detto:

The Committee recalls, however, that, although criminal charges relate in principle to acts declared to be punishable under domestic criminal law, the concept of «criminal charge» must be understood within the meaning of the

² Vedi Corte Europea dei diritti umani, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, par. 80-83; *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, par. 50-52; *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, 9 ottobre 2003, par. 82; *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, par. 94-99. Sul concetto di «materia penale» nella giurisprudenza della Corte vedi, ampiamente, Manes (2012, 259-72).

³ Vedi, ad es., Comitato dei diritti umani, General Comment No. 32, 2007, par. 15; *Niftaliyev e altri c. Azerbaijan* (CCPR/C/134/D/3094/2018), par. 8.5; *Suleymanova e Israfilova c. Azerbaijan* (CCPR/C/133/D/3061/2017), par. 6.5; *Matskevich c. Belarus* (CCPR/C/139/D/2730/2016), par. 6.7; *Kazal c. Australia* (CCPR/C/138/D/3088/2017), par. 7.5-7.6.

Covenant, independently of the categorizations employed by the domestic legal systems of States parties [...] The Committee also recalls that the notion of a criminal charge may therefore extend to sanctions that, regardless of their qualification under domestic law, must be regarded as penal in nature because of their purpose and character or severity⁴.

Pertanto, la qualificazione autonoma dell'illecito fa sì che una norma nazionale, o un'interpretazione nazionale, che escluda la natura penale di un illecito possa essere riesaminata dagli organi internazionali di controllo e che essi qualifichino come «penali» norme nazionali che riconducono certi illeciti nel campo del diritto amministrativo o del diritto tributario (Pustorino 2022, 188). Ad esempio, la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che assumessero carattere penale certe sanzioni, come le soprattasse fiscali, se hanno finalità repressiva⁵, la sospensione o il ritiro della patente di guida⁶, e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato come pena sostitutiva della detenzione⁷.

Di particolare interesse è il caso *Grande Stevens e altri*⁸, nel quale si discuteva circa la natura penale o amministrativa di certe sanzioni comminate ai ricorrenti dalla CONSOB, per asserite manipolazioni del mercato. La Corte di Strasburgo ha accertato che tali sanzioni sono qualificate come «amministrative» nel diritto italiano. Tuttavia, ha ritenuto che esse perseguissero uno scopo preventivo e repressivo e che esse rientrassero, per la loro severità, nell'ambito della materia penale. Circa la severità della sanzione, la Corte ha precisato che: «[...] il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è *a priori* passibile la persona interessata [...] e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta» (par. 98).

4. Requisiti richiesti dal principio di legalità

Un problema interessante si pone circa i requisiti richiesti affinché sia rispettato il principio di legalità penale. Tale principio deve valere non solo sul piano formale, ma anche su quello sostanziale. Ciò significa che non è sufficiente che uno Stato abbia certe norme penali; esso deve avere norme penali che siano accessibili, chiare e prevedibili, in modo tale da poter essere facilmente conoscibili da parte dei destinatari⁹.

⁴ Comitato dei diritti umani, *Niftaliyev e altri c. Azerbaijan* (CCPR/C/134/D/3094/2018), par. 8.5.

⁵ Corte europea dei diritti umani, *Kiiveri c. Finlandia*, 10 febbraio 2015, par. 29-33.

⁶ Corte europea dei diritti umani, *Boman c. Finlandia*, 17 febbraio 2015, par. 28-32.

⁷ Corte europea dei diritti umani, *Gurguchiani c. Spagna*, 15 dicembre 2009, par. 32-44.

⁸ Corte europea dei diritti umani, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4 marzo 2014.

⁹ Vedi, ad es., Corte europea dei diritti umani, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, par. 25, 40-41, 52; *Del Río Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013, par. 77-80; *Korbely c. Ungheria*, 19 settembre 2008, par. 70-71; *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010, par. 185. Vedi anche Comitato dei diritti umani, General Comment No. 29, 2001, par. 7; *Bratsylo ed altri c. Federazione Russa*, 27 marzo 2024 (CCPR/C/140/D/3022/2017), par. 8.5.

I criteri di accessibilità, chiarezza e prevedibilità delle norme penali si applicano non soltanto alle norme scritte, ma anche alle interpretazioni giurisprudenziali. Tale giurisprudenza può anche essere evolutiva, purché il suo risultato sia coerente con la sostanza dell'incriminazione e ragionevolmente prevedibile (Zagrebel'sky *et al.* 2019, 263). Nel caso *Vasiliauskas*, ad esempio, la Corte europea dei diritti umani ha detto:

[...] however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances [...] the progressive development of the criminal law through judicial interpretation is a well-entrenched and necessary part of legal tradition¹⁰.

Invece, non è ammessa l'interpretazione estensiva e analogica circa la definizione dell'illecito o della pena¹¹.

Si noti infine che l'art. 7 della CEDU e l'art. 15 del Patto sui diritti civili e politici elencano anche il diritto internazionale tra le fonti del diritto penale. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, il diritto internazionale è stato applicato specie con riferimento ai crimini di guerra ed ai crimini contro l'umanità commessi durante o dopo la Seconda guerra mondiale. Su questo punto ritornerò (*infra*, par. 5.2).

5. Le eccezioni e le presunte eccezioni ai principi di legalità e irretroattività della legge penale

5.1. La regola della *lex mitior*

Una prima eccezione ai due principi, e specie a quello di irretroattività, è costituita dalla regola della *lex mitior*. Essa significa che una legge penale favorevole al reo può retroagire nel tempo e quindi avere effetto anche per le condotte, attive o passive, creatrici di reato, compiute prima dell'entrata in vigore della legge più favorevole al reo. La *lex mitior* può consistere sia in un'abrogazione della fattispecie di reato sia in una riduzione della pena.

In alcuni trattati sui diritti umani, la regola della *lex mitior* è espressamente prevista. Ad esempio, l'art. 15(1) del Patto sui diritti civili e politici stabilisce, tra l'altro, che: «Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne».

In maniera simile, l'art. 49(1) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE stabilisce, tra l'altro, che: «Se, dopo la commissione di un illecito penale, il diritto prevede una pena più lieve, tale pena sarà applicabile».

Norme analoghe sono contenute nella Convenzione americana dei diritti umani (art. 9) e nello Statuto della Corte penale internazionale (art. 24(2)) come uno dei principi generali del diritto penale.

¹⁰ Corte europea dei diritti umani, *Vasiliauskas c. Lituania*, 20 ottobre 2015, par. 155.

¹¹ Corte europea dei diritti umani, *Baskaya e Okçouglu c. Turchia*, 8 luglio 1999, parr. 41-43.

Invece, la regola della *lex mitior* non è prevista espressamente nella Convenzione europea dei diritti umani. Ciò può apparire sorprendente; ma il motivo sta nel fatto che, nel 1950, quando la Convenzione fu firmata, tale regola non trovava fondamento né nei diritti interni di molti Stati parti della Convenzione, né a livello internazionale. E, in effetti, la Corte europea dei diritti umani ha sostenuto, in un primo tempo, fino al 2003, che l'art. 7 della CEDU non consentiva la retroattività del trattamento più favorevole¹².

Tuttavia, nel frattempo, alcuni cambiamenti importanti si verificavano a livello europeo e internazionale. Un primo cambiamento si realizza nel 2005 nel diritto dell'Unione Europea, con la sentenza della Corte di giustizia *Berlusconi, Dell'Utri ed altri*¹³. In breve, il Governo italiano aveva modificato le norme sul falso in bilancio, in particolare sulle false comunicazioni sociali, trasformando il delitto in contravvenzione. Queste modifiche generavano un possibile effetto di retroattività penale della *lex mitior*. Infatti, due tribunali e la Corte di Cassazione rimettevano la questione alla Corte di giustizia, la quale, per quanto qui ci interessa, accoglieva il principio di retroattività penale della *lex mitior*, sostenendo che esso fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Secondo la Corte di giustizia:

[...] il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali di diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario (parr. 68-69).

Altri mutamenti del quadro internazionale ed europeo si verificavano con l'entrata in vigore della Convenzione americana dei diritti umani, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dello Statuto della Corte penale internazionale.

Anche in conseguenza di tali cambiamenti, nel 2009 la Corte europea dei diritti umani ha cambiato la propria giurisprudenza in materia di *lex mitior*. Nella sentenza *Scoppola c. Italia* (n.2), la Corte europea ha detto che:

Agli occhi della Corte, è coerente con il principio di preminenza del diritto, di cui l'art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò

¹² Vedi Commissione europea dei diritti umani, *X c. Germania*, 6 marzo 1978; Corte europea dei diritti umani, *Le Petit c. Regno Unito*, 5 dicembre 2000; *Zaprianov c. Bulgaria*, 6 marzo 2003.

¹³ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Berlusconi, Dell'Utri ed altri*, 3 maggio 2005, cause C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare ad infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive¹⁴.

Pertanto, la Corte europea ha fondato la regola della *lex mitior* su un'interpretazione dinamica ed evolutiva dell'art. 7 della CEDU. Secondo la Corte, poiché la Convenzione europea costituisce un sistema per la protezione dei diritti umani, si deve avere riguardo ai cambiamenti delle condizioni esistenti negli Stati membri e ad ogni emergente consenso circa gli standard di tutela da raggiungere. Nell'opinione della Corte, è di cruciale importanza che la Convenzione sia interpretata e applicata in maniera tale da rendere i diritti elencati pratici ed effettivi. Un mancato approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di costituire un ostacolo alla riforma e al miglioramento (Baumbach 2011, 135).

Inoltre, con un passo ulteriore, nella sentenza *Scoppola*, la Corte europea ha esteso la regola della *lex mitior* anche alle modifiche legislative del diritto penale processuale, quando tali modifiche influenzano anche il diritto penale sostanziale. Infatti, nel caso *Scoppola* le modifiche legislative riguardavano riduzioni di limiti al rito abbreviato previsto dal codice di procedura penale. Infine, si noti che la Corte europea ha ritenuto che il principio della *lex mitior* fosse uno dei «*core rights*» della Convenzione che non ammettono alcuna deroga (Bin 2014, 3).

A mio parere, la nuova giurisprudenza della Corte europea deve essere approvata. Infatti la regola della *lex mitior* trova il suo fondamento in esigenze di giustizia sostanziale e nel principio di uguaglianza. Se la valutazione del legislatore circa il disvalore del reato cambia nel tempo, tale cambiamento deve andare a vantaggio anche di chi ha commesso il reato in un momento precedente (Zagrebel'sky et al. 2019, 271). Tuttavia, come è stato notato in dottrina (Manes 2012, 285), la sentenza *Scoppola* riguarda l'accoglimento della regola della *lex mitior* in un caso di successione nel tempo di leggi modificative del diritto penale. Tale soluzione può essere estesa agevolmente all'ipotesi di *abolitio criminis*; ma restano da definire i limiti di operatività della regola, specie con riferimento al limite del giudicato.

Più recentemente, la Corte europea dei diritti umani, con la sentenza *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, ha stabilito i criteri di valutazione della *lex mitior*¹⁵. I ricorrenti, rei confessi di crimini di guerra avvenuti tra il 1992 e il 1995 in Bosnia-Erzegovina, lamentavano il fatto che la Corte di Stato bosniaca aveva loro applicato il codice penale del 2003 invece che quello del 1976, che essi ritenevano meno severo rispetto al successivo. Le norme dei due codici si differenziavano solo nella previsione dei minimi e massimi edittali della pena. Secondo la Corte europea, non si devono comparare le norme astratte delle diverse discipline succedutesi nel tempo, ma occorre invece raffrontare i risultati concreti che deriverebbero all'imputato dall'applicazione effettiva dell'una o dell'altra

¹⁴ Corte europea dei diritti umani, *Scoppola c. Italia* (n.2), 17 settembre 2009, par. 108.

¹⁵ Corte europea dei diritti umani, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, 18 luglio 2013, parr. 65-75.

disciplina¹⁶. Poiché agli imputati sarebbero state applicate in concreto le pene minime che erano previste dal codice del 1976, si era verificata una violazione della regola della *lex mitior*, incorporata nell'art. 7 della CEDU.

La giurisprudenza successiva della Corte di Strasburgo ha confermato, con sicurezza, che dall'art. 7 della CEDU si deve dedurre la regola della *lex mitior*¹⁷. La Corte ha anche affermato che tale regola costituisce un principio fondamentale del diritto penale:

La Cour rappelle également que [...] un consensus s'est progressivement formé aux niveaux européen et international pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce [...] est devenue un principe fondamental du droit pénal¹⁸.

Conviene adesso chiederci se la regola della *lex mitior* sia divenuta una norma generale del diritto internazionale dei diritti umani. La risposta non è facile, poiché la giurisprudenza più ampia è quella della Corte europea dei diritti umani. Tuttavia, oltre alle numerose sentenze della Corte europea, si segnalano anche alcuni casi decisi dal Comitato dei diritti umani¹⁹, dalla Corte interamericana dei diritti umani²⁰ e dalla Corte di giustizia dell'UE²¹. Nel complesso, questa prassi giurisprudenziale e quasi-giurisprudenziale è piuttosto significativa. Infine, si deve anche considerare il fatto che la regola della *lex mitior* è prevista, in maniera esplicita o implicita, nei principali trattati sui diritti umani e sul diritto internazionale penale. Da tali trattati e dalla prassi si può forse dedurre un'*opinio iuris* della comunità internazionale favorevole all'esistenza della regola nel diritto consuetudinario.

5.2. Le condotte ritenute criminali secondo i principi generali di diritto

Una seconda, possibile, eccezione ai principi di legalità e irretroattività della legge penale è data da una clausola controversa, contenuta nella Convenzione

¹⁶ Questa soluzione è anche quella che prevale, in dottrina e giurisprudenza, nel diritto penale italiano. Vedi Bin (2014, 3-4).

¹⁷ Vedi, *inter alia*, Corte europea dei diritti umani, *Gouarré Patte c. Andorra*, 12 gennaio 2016, par. 28; *Koprivnikar c. Slovenia*, 24 gennaio 2017, par. 49; *Parmak e Bakir c. Turchia*, 3 dicembre 2019, par. 64; *Jidic c. Romania*, 18 febbraio 2020, par. 80; *Cesarano c. Italia*, 17 ottobre 2024, par. 62.

¹⁸ Corte europea dei diritti umani, *Gouarré Patte c. Andorra*, 12 gennaio 2016, par. 28.

¹⁹ Comitato dei diritti umani, *Gavrilin c. Bielorussia*, 28 marzo 2007 (CCPR/C/89/D/1342/2005), parr. 8.2 e 8.3; *Tofanyuk c. Ucraina*, 20 ottobre 2010 (CCPR/C/100/D/1346/2005), parr. 11.2 e 11.3; *Alekperov c. Federazione Russa*, 21 ottobre 2013 (CCPR/C/109/D/1764/2008), parr. 9.8 e 9.9; *V.K. c. Federazione Russa*, 30 marzo 2016 (CCPR/C/116/D/2411/2014), par. 6.9; *Bratsylo c. Federazione Russa*, 27 marzo 2024 (CCPR/C/140/D/3022/2017), par. 8.5.

²⁰ Corte interamericana dei diritti umani, *Wong Ho Wing c. Peru*, 30 giugno 2015, Series C No. 297, parr. 149-151.

²¹ Vedi, *inter alia*, Corte di giustizia dell'Unione europea, *Paoletti et al.*, 6 ottobre 2016, causa C-218/15. In tale sentenza la Corte ha ricondotto il principio della *lex mitior* alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e quindi ai principi generali di diritto dell'Unione.

europea dei diritti umani, nel Patto sui diritti civili e politici e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che riguarda i principi generali di diritto. Tale clausola è definita talora come di «eccezione» e talora come di «precisazione», a seconda delle diverse teorie sulla sua natura (v. *infra*).

Il par. 2 dell'art. 7 della CEDU recita:

Il presente articolo non ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole di un'azione o d'una omissione, che, al momento di cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

Secondo l'art. 15(2) del Patto sui diritti civili e politici:

Nulla nel presente articolo preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti o omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni.

L'art. 49(2) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE contiene una clausola simile. Pertanto, in base a tali clausole, i principi di legalità e di irretroattività della legge penale non escludono la possibilità di processare e punire condotte che, al tempo della loro realizzazione, non erano previste come reati dalle norme statali vigenti, ma costituivano un crimine «secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» o «secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni».

Lo scopo di queste disposizioni è piuttosto chiaro; e risulta specie dai lavori preparatori della CEDU. Si intendeva giustificare i processi di Norimberga e di Tokyo e le leggi emanate dopo la Seconda guerra mondiale per sanzionare i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità commessi da esponenti delle potenze sconfitte. Come è noto, tali processi e tali leggi avevano sollevato alcuni dubbi circa il rispetto dei principi di legalità e di irretroattività della legge penale. Pertanto, per confutare tali dubbi, si doveva escludere la radicale e incondizionata applicazione di tali principi. In altri termini, le clausole in oggetto hanno uno scopo, in un certo senso, opposto rispetto a quello della regola sulla *lex mitior*. Esse infatti, anziché favorire l'imputato, vogliono assicurare che costui riceva una punizione adeguata se commette un crimine internazionale.

Tuttavia, le disposizioni sopra citate sollevano alcuni difficili problemi.

Il primo problema riguarda il significato delle espressioni quasi identiche «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» e «principi generali di diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni». Queste formule richiamano l'art. 38 (1) (c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che elenca i principi in questione tra le fonti del diritto internazionale applicabili da parte della Corte. Tuttavia il contenuto di tali principi è assai controverso sia nella dottrina che nella giurisprudenza internazionale (v., per tutti, Nicosia 2012, 288-9).

L'interpretazione prevalente è che le formule si riferiscano ai principi generalmente applicati dagli Stati nel proprio ordinamento interno (in foro domestico). Ma, secondo un'altra opinione, l'art. 38 (1) (c) farebbe riferimento anche

ai principi sanciti direttamente dal diritto internazionale generale (Van Dijk et al. 2018, 665). Secondo altri ancora, tali principi non avrebbero autonomia come fonti, ma si identificherebbero con il diritto internazionale consuetudinario. Infine, vi è anche l'opinione di chi ritiene che le formule facciano riferimento soltanto ai principi comuni degli Stati in tema di repressione dei crimini internazionali (De Sena 1998, 414-23). Queste diverse tesi incidono evidentemente sull'interpretazione delle clausole in oggetto.

Un secondo problema riguarda l'ambito di applicabilità «temporale» delle clausole (Bernardi 2001, 300; Nicosia 2012, 291).

Secondo alcuni autori, tesi a privilegiare le origini delle clausole, esse presenterebbero sostanzialmente un interesse storico, poiché sarebbero riferibili ai c.d. principi di Norimberga in materia di crimini di guerra e contro l'umanità. E quindi esse si applicherebbero soltanto ai crimini commessi durante la Seconda guerra mondiale. Invece, la dottrina prevalente ritiene che le clausole abbiano un ambito di applicazione più ampio, e cioè che esse siano applicabili anche a crimini internazionali di altra natura (ad es., tortura, discriminazione razziale) e soprattutto anche al di là del momento storico legato alla fine della Seconda guerra mondiale.

La Corte europea dei diritti umani ha sostenuto per molto tempo questa seconda tesi²². Infatti, la giurisprudenza della CEDU, durante un primo periodo, aveva riguardato episodi attinenti alla Seconda guerra mondiale; ma successivamente essa si era estesa anche ad altri crimini e ad altri periodi. In particolare, dopo il crollo dei regimi comunisti filosovietici dell'Europa orientale, i giudici nazionali avevano condannato penalmente alcuni esponenti di tali regimi per crimini contro l'umanità. Tali condanne avevano generato numerosi ricorsi alla Corte europea dei diritti umani. Tuttavia, si deve notare che, più recentemente, la Corte europea sembra aderire alla tesi, più restrittiva, secondo cui le clausole in oggetto si applicherebbero soltanto ai crimini commessi durante la Seconda guerra mondiale²³.

Infine, un terzo problema, probabilmente il più dibattuto, riguarda la natura delle clausole e il loro rapporto con i due principi fondamentali di legalità e di irretroattività della legge penale (Nicosia 2012, 289-90).

Secondo una prima tesi, tali clausole costituirebbero una vera e propria eccezione a tali principi. Il richiamo ai principi generali di diritto permetterebbe, cioè, di giudicare e condannare individui accusati di crimini internazionali in assenza di norme nazionali o internazionali che vietino tali crimini (tesi della

²² Corte europea dei diritti umani, *Naletilić c. Croazia*, 4 maggio 2000; *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, 17 gennaio 2006; *Penart c. Estonia*, 24 gennaio 2006.

²³ Corte europea dei diritti umani, *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010; *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, 18 luglio 2013. Ma, in quest'ultima sentenza si segnalano le opinioni concorrenti dei giudici Pinto de Albuquerque e Vučinić, che sostengono la riferibilità dell'art. 7(2) anche a vicende successive alla Seconda guerra mondiale, purché i principi generali di diritto siano sufficientemente accessibili e prevedibili sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa degli Stati membri.

natura derogatoria delle clausole) (Bernardi 2001, 298; Harris et al. 2018, 500; Van Dijk et al. 2018, 664 ss.).

Sulla base di una seconda tesi, invece, si ritiene che le clausole in questione non costituiscano un'eccezione o deroga ai principi di legalità e di irretroattività; ma si limitino a precisare e rafforzare il significato di tali principi. Cioè che esse servano a chiarire che la nozione di diritto internazionale include anche i principi generali di diritto, oltre al diritto consuetudinario e pattizio. In altri termini, si sostiene che le clausole servano a chiarire l'autonomia, come fonte, dei principi generali di diritto (tesi della natura esemplificativa delle clausole) (Zagrebel'sky et al. 2019, 272; Pisillo Mazzeschi 2023, 324). Secondo altri ancora, la clausola dell'art. 7(2) della CEDU dovrebbe essere interpretata come norma di coordinamento e di bilanciamento tra il principio di irretroattività della legge penale e i principi generali di diritto comuni agli Stati membri in tema di crimini *iuris gentium* (De Sena 1998, 414-23).

A mio parere, la tesi della natura esemplificativa delle clausole è confortata dalla giurisprudenza, talora in maniera implicita e talora espressamente. Farò solo alcuni esempi relativi a decisioni della Corte europea dei diritti umani.

Nel caso *Kolk e Kislyiy c. Estonia*²⁴, i ricorrenti erano stati condannati dai giudici estoni per crimini contro l'umanità, per aver partecipato nel 1949, come funzionari ministeriali, alle operazioni di deportazione di civili estoni verso zone remote dell'URSS. I ricorrenti sostenevano che i fatti da loro commessi non costituivano crimini contro l'umanità sulla base del diritto interno e internazionale vigenti all'epoca dei fatti. La Corte ha invece ritenuto che i fatti contestati fossero crimini contro l'umanità ai sensi del diritto internazionale vigente all'epoca della loro commissione e ha dichiarato il ricorso inammissibile.

Nel caso *Penart c. Estonia*²⁵, il ricorrente era un ufficiale capo del Dipartimento Elva, che operava agli ordini del Ministero degli Interni estone, e che era stato condannato per avere diretto operazioni volte ad uccidere cittadini estoni membri della resistenza contro il regime sovietico. La Corte europea ha ritenuto inammissibile il ricorso poiché i fatti imputati, seppure non puniti dal codice penale all'epoca vigente, rappresentavano già a quel tempo crimini contro l'umanità riconosciuti dal diritto internazionale.

Nel caso *Kononov c. Lettonia*²⁶, la Corte europea ha ritenuto che i fatti attribuiti all'imputato costituissero crimini di guerra, ai sensi del diritto internazionale vigente all'epoca in cui essi vennero commessi. Pertanto, ha ritenuto che non vi fosse stata una violazione dell'art. 7, par. 1, della CEDU, e che non fosse necessario esaminare la condotta del ricorrente ai sensi del par. 2 dell'art. 7. Circa quest'ultima disposizione, la Corte ha precisato che:

²⁴ Corte europea dei diritti umani, *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, 17 gennaio 2006. Vedi. anche *Korbely c. Ungheria*, 19 settembre 2008.

²⁵ Corte europea dei diritti umani, *Penart c. Estonia*, 24 gennaio 2006.

²⁶ Corte europea dei diritti umani, *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010.

[...] the two paragraphs of Article 7 are interlinked and are to be interpreted in a concordant manner [...] the *travaux préparatoires* to the Convention indicate that the purpose of the second paragraph of Article 7 was to specify that Article 7 did not affect laws which [...] were passed in order to punish, *inter alia*, war crimes [...] (par. 186).

Nel già citato caso *Maktouf e Damjanović*²⁷, la Corte europea è stata ancora più chiara, poiché ha affermato che:

[...] l'art. 7 § 1 può ritenersi esporre la regola generale della non retroattività e [...] l'art. 7 § 2 non è altro che una precisazione contestuale della parte della regola relativa alla responsabilità, aggiunta per togliere ogni dubbio riguardante la validità delle azioni penali avviate dopo la Seconda guerra mondiale contro gli autori di sevizie commesse durante la guerra [...] Così, è chiaro che gli autori della Convenzione non avevano l'intenzione di predisporre un'eccezione generale alla regola della non retroattività (par. 72).

Come si vede, da queste sentenze, e più generalmente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, risulta che la Corte, quando ha dovuto affrontare casi nei quali veniva in luce la questione circa la possibile applicazione retroattiva del diritto penale in relazione a crimini internazionali, ha di solito affermato che gli Stati potevano giudicare gli autori dei crimini, poiché essi erano già previsti dal diritto internazionale al momento della loro commissione.

Pertanto, si può concludere che le clausole in oggetto non sono state applicate a titolo di eccezione al principio di irretroattività del diritto penale; ma piuttosto allo scopo di precisare che, tra le fonti del diritto internazionale, vanno compresi anche i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili. Secondo alcuni, questa precisazione sarebbe inutile. Invece, a mio parere, essa è utile, poiché, come si è detto, vi è controversia circa la natura e l'esistenza stessa di questa fonte del diritto internazionale.

Infine, si deve notare che il riferimento a questa fonte è importante, perché consente maggiore flessibilità nell'applicazione del diritto internazionale, specie considerando che, in materia penale, l'apporto dei principi derivanti dagli ordinamenti statali può essere assai significativo. Tuttavia, si deve ammettere che tale flessibilità presenta anche alcuni aspetti critici. Infatti, resta viva una tensione tra i principi di legalità e di irretroattività, da una parte, e gli obblighi internazionali di punizione adeguata dei crimini internazionali, dall'altra parte. In particolare, rimane il problema se, per gli individui privati, siano effettivamente accessibili, chiare e prevedibili le norme consuetudinarie e i principi generali di diritto che stabiliscono i crimini internazionali e le relative pene, quando manchino analoghe norme negli ordinamenti nazionali.

²⁷ Corte europea dei diritti umani, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, 18 luglio 2013.

Riferimenti bibliografici

- Baumbach, Trine. 2011. "The Notion of Criminal Penalty and the Lex Mitior Principle in the Scoppola v. Italy Case." *Nordic Journal of International Law* 80(2): 125-42.
- Bernardi, Alessandro. 2001. "Articolo 7. Nessuna pena senza legge." In *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Sergio Bartole, Benedetto Conforti, e Guido Raimondi, 249-306. Padova: CEDAM.
- Bin, Ludovico. 2014. "'Formula di Radbruch', principio di irretroattività e lex mitior. Nota a C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina." *Diritto penale contemporaneo online*: 1-21, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1396873525BIN_2014.pdf (2026-05-08).
- Bohlander, Michael. 2011. "Retrospective Reductions in the Severity of Substantive Criminal Law: The Lex Mitior Principle and the Impact of Scoppola v Italy No.2." *Criminal Law Review* 8: 627-41.
- Campodonico, Francesco. 2017. "Irretroattività della lex mitior: la CGUE segue la Cassazione." *Diritto pubblico comparato ed europeo on line* 29(2): 111-4, <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/369/360> (2026-05-08).
- De Sena, Pasquale. 1998, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e repressione di crimini contro l'umanità: in margine al caso *Touvier*." *Rivista di diritto internazionale* 81: 392-428.
- Harris, David, O'Boyle, Michael, e Colin Warbrick. 2018. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Kälin, Walter, e Jörg Künzli. 2019. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press.
- Manes, Vittorio. 2012. "Articolo 7 (parr. I-XV)." In *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà fondamentali*, a cura di Sergio Bartole, Pasquale De Sena, e Vladimiro Zagrebelsky, 258-88. Padova: CEDAM.
- Mazzacupa, Francesco. 2011. "L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo." In *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Vittorio Manes, e Vladimiro Zagrebelsky, 411-42. Milano: Giuffrè.
- Mazzacupa, Francesco. 2013. "La Corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata la c.d. formula di Radbruch. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina." *Diritto penale contemporaneo online* 1-2. <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2470-la-corte-europea-torna-sul-principio-di-legalita-della-pena-e-chiarisce-la-portata-della-cd-formula> (2026-05-08).
- Merrills, John G., e Arthur H. Robertson. 2001. *Human rights in Europe: A study of the European Convention on Human Rights*. Manchester: Manchester University Press.
- Nicosia, Emanuele. 2012. "Articolo 7 (par. XVI)." In *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà fondamentali*, a cura di Sergio Bartole, Pasquale De Sena, e Vladimiro Zagrebelsky, 288-97. Padova: CEDAM.
- Rainey, Bernadette, Wicks, Elisabeth, e Clare Ovey. 2017. *Jacobs, White and Ovey the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Pisillo Mazzeschi, Riccardo. 2023. *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*. Torino: Giappichelli.

- Pustorino, Pietro. 2022. *Tutela internazionale dei diritti umani*. Bari: Cacucci.
- Rosanò, Alessandro. 2017. "Principle of *lex mitior*, Is that you? – Case note on C-218/15, Paoletti and others." *New Journal of European Criminal Law* 8: 6-13.
- Tesauro, Giuseppe, e Patrizia De Pascale. 2019. "Rapporti tra corti e retroattività della *lex mitior*." *I Post di AISDUE*, I (2019): 27-38. https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2019/05/003_Tesauro-DePasquale.pdf (2026-05-08).
- Van Dijk, Pieter, Van Hoog, Fried, Van Rijn, Arjen, e Leo Zwaak (eds). 2018. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia.
- Zagrebel'sky, Vladimiro. 2011. "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale." In *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Vittorio Manes, e Vladimiro Zagrebel'sky, 69-107. Milano: Giuffrè.
- Zagrebel'sky, Vladimiro, Chenal, Roberto, e Laura Tomasi. 2019. *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*. Bologna: Il Mulino.
- Zanghì, Claudio, e Lina Panella. 2019. *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*. Torino: Giappichelli.

Sul principio della *lex mitior* alla prova del diritto dell'Unione europea

Paolo Venturi

1. Considerazioni introduttive: sulla rilevanza del principio della retroattività della legge penale più favorevole nell'ambito della tutela (internazionale) dei diritti umani e nello spazio giudiziario europeo sino al Trattato di Lisbona

La regola della retroattività *in mitius* della pena nell'ordinamento dell'UE è disciplinata dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali e, a seguito del Trattato di Lisbona del 2007, è parte integrante delle norme primarie dei Trattati. Come avremo modo di precisare più diffusamente in seguito, la Carta la inquadra tra i diritti individuali, corollario del principio della legalità del diritto penale, che si fonda, a sua volta, sul principio di certezza del diritto e, quindi, sullo «stato di diritto», uno dei valori fondativi riconosciuti dall'art. 2 del TUE¹.

L'identificazione della base giuridica della *lex mitior* nei termini appena descritti e l'orientamento non sempre conciliabile che emerge dalla prassi della Corte di Giustizia UE (CGUE) e delle Corti nazionali, almeno nello spaccato dell'ordinamento italiano, spinge verso la necessaria ricognizione dei suoi caratteri principali e, in questa prospettiva, partendo dalle sue origini ed evoluzione nell'UE.

¹ Per una conferma di quanto nel testo, si veda CGUE, 21 luglio 2023, causa 107/23, *PPU*, spec. par. 144 (e i precedenti ivi indicati); CGUE, Ordinanza del 9 gennaio 2024, causa 131/23, *CAA e CV*, spec. par. 60.

Il principio della retroattività della legge penale più favorevole ha originariamente trovato il suo spazio applicativo nella categoria dei principi generali di diritto, in quanto parte della tradizione costituzionale di numerosi Stati membri e, soprattutto, in quanto collocabile all'interno della tutela internazionale dei diritti umani.

È noto come, sino dai primi anni Settanta del secolo scorso, la CGUE avesse riconosciuto che i diritti umani fossero parte integrante dei c.d. principi generali di diritto dell'ordinamento UE e che «[...] garantendo la tutela di tali diritti, [fosse] tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»; e, ancora, che «[...] i trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario»².

Da allora, la CGUE non ha mai messo in discussione la rilevanza degli strumenti internazionali in tema di tutela dei diritti umani, includendovi anche le evoluzioni interpretative consolidate nella prassi degli organi preposti a questo scopo.

In tema di retroattività *in mitius* della pena, il caso più noto alle cronache italiane ha riguardato il rinvio pregiudiziale relativo alla vicenda processuale di Berlusconi, Adelchi e Dell'Utri, deciso dalla CGUE nel 2005, dove la Corte afferma che la *lex mitior* è parte integrante delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e principio generale di diritto comunitario³:

ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario (par. 69).

Vi sono tuttavia anche altri precedenti che dimostrano come la retroattività *in bonam partem* della pena operasse nel contesto dei principi generali di diritto in quanto parte della tutela dei diritti umani riconosciuti da strumenti internazionali e tradizioni costituzionali nazionali degli Stati membri⁴.

² Cfr. CGUE, 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, par. 13, dove si fa espresso riferimento ai Patti del 1966 e alla Convenzione EDU.

³ Cfr. CGUE, 3 maggio 2005, causa 387/02; 391/02 e 402/02, *Berlusconi, Adelchi e Dell'Utri*, par. 66 ss. spec. 67-69.

⁴ Si tratta di casi isolati, in cui la CGUE viene sollecitata dall'iniziativa delle parti processuali all'interno di procedimenti in via pregiudiziale tesi a verificare della correttezza dell'applicazione di sanzioni in tema di violazione delle norme della concorrenza o in merito all'applicazione di dazi doganali. Non deve per altro sorprendere troppo quest'affermazione, considerato anche che la cooperazione in materia penale si è realizzata effettivamente solo a partire dagli anni '90 del secolo scorso e che l'orientamento sulla *lex mitior*, come meglio si vedrà, si lega necessariamente a fattispecie che siano inquadrabili dentro il regime delle 'attribuzioni' (anche solo concorrenti o parallele) dell'UE. Per alcuni riferimenti si veda Tribunale UE, 12 ottobre 1999, *Acme c. Consiglio*, T-48/96, par. 24-33, spec. 30 (anche se il Tribunale giunge ad una conclusione negativa in ragione del fatto che la regola si applica solo a sanzio-

In tutti questi precedenti, la *lex mitior* è presentata come un corollario del principio della legalità del diritto penale, confermando la conclusione che (per la CGUE) esso ha due prospettive di applicazione di pari valore giuridico: la irretroattività delle pene e, appunto, la retroattività della pena *in mitius*.

Nella prassi della CGUE precedente alla Carta, l'affermazione del principio generale della legalità del diritto penale si ispirava principalmente al contenuto dell'art. 7 della CEDU; e ciò anche prima che il riferimento alla CEDU fosse confermato dal Trattato di Maastricht⁵. Tale rinvio si evolve in tempi ancora più recenti in conseguenza dell'integrazione della cooperazione in materia penale nelle attribuzioni dell'UE e soprattutto, nel primo decennio degli anni Duemila, con il verificarsi di due eventi fondamentali: da un lato, l'espresso riferimento contenuto nella Carta e la sua conferma, nel Trattato di Lisbona del 2007, come parte integrante dei Trattati; e, dall'altro, l'affermata inclusione della *lex mitior* tra i contenuti dell'art. 7 della CEDU nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito Corte EDU).

La particolare congiuntura 'astrale' che si determina nel 2009, anno dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della svolta interpretativa della Corte EDU, segna il punto di partenza per una corretta lettura della regola della retro-

ni penali frutto di un procedimento giudiziario e quindi estraneo alle misure antidumping oggetto della richiesta del ricorrente sulla illegittimità di un Regolamento su quest'ultimo tema); e ancora Tribunale UE, T-101/05 e 111/05, 12 dicembre 2007, *Basf AG e UCB SA c. Commissione*, par. 224-234 (in questo caso si ammette la rilevanza del principio in esame nell'ordinamento UE, anche se poi non si ritiene applicabile al contesto in oggetto in quanto il nuovo regime sarebbe stato prevedibile dai ricorrenti e quindi in vigore già al momento delle contestazioni – in ossequio alla certezza del diritto – e comunque non si applica alle ammende); oppure Tribunale UE, T-64/02, 29 novembre 2005, *Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG c. Commissione*, par. 201 (dove la Corte deve decidere sulla rilevanza dell'art. 7 CEDU in tema di *lex mitior* così come assunto dai ricorrenti; i quali contestano la violazione di questa regola con riguardo ancora al tema delle ammende per violazione del regime della concorrenza; e che il Tribunale non riterrà soggette al regime della *lex mitior* in quanto non aventi i caratteri richiesti dall'ordinamento UE; si veda in particolare par. 206) e dove il Tribunale sancisce: «Occorre ricordare che il principio di irretroattività delle norme penali è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito anche dall'art. 7 della CEDU, e fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza (sentenza della Corte 10 luglio 1984, causa 63/83, *Kirk*, Racc. pag. 2689, punto 22, e sentenza LRAF 1998/Commissione, cit. *supra* al punto 27, punto 219)».

⁵ Uno dei precedenti più (risalenti e) significativi è quello deciso dalla CGUE, 10 luglio 1984, causa C-63/83, *Regina c. Kent Kirk*, vertente su un rinvio pregiudiziale volto a chiarire l'interpretazione del diritto comunitario in materia di pesca e l'adattamento fattone dal Regno Unito che vietava la pesca nella propria zona costiera entro le dodici miglia alle navi immatricolate in Danimarca. Il Regno Unito aveva adottato una serie di disposizioni penali (c.d. *Prohibition of Fishing Order* del 1982) a tutela delle proprie prerogative e, sulla base dell'allora ordinamento comunitario, la Corte locale aveva domandato della legittimità della disposizione nazionale con riguardo all'incriminazione del comandante *Kirk*. Nell'argomentare le sue conclusioni, la CGUE precisava che «...[esso] è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte deve garantire l'osservanza».

attività della pena *in bonam partem* nel diritto dell'UE. È innegabile che vi sia un legame stretto e non scindibile tra questi due eventi. Come avremo modo di precisare in seguito, la lettura dell'art. 49 della Carta non avrebbe senso se non alla luce anche, e principalmente, della prassi della Corte EDU sull'art. 7 della CEDU. Essa ha avuto, e continua ad avere, una fondamentale influenza sugli effetti della regola della retroattività *in mitius* delle norme penali nell'ordinamento UE.

2. Cenni sulla prassi della Corte EDU in tema di retroattività *in mitius*

Il principio della *lex mitior* non è espressamente previsto nella CEDU⁶. Come abbiamo accennato in precedenza, tuttavia, è stato incluso nell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 7 della CEDU per effetto di un *revirement* interpretativo adottato dalla Corte EDU nel noto caso Scoppola c. Italia⁷. La Corte parte dal presupposto che la norma *de qua* garantisca l'applicazione di una pena che il legislatore (che ha definito la fattispecie penale) ritiene proporzionata, in quanto corollario del principio generale tutelato della «preminenza del diritto». Per la Corte

[...] infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive⁸.

⁶ Tale mancanza è il risultato di una precisa scelta da parte degli estensori della Convenzione; infatti, vi erano (e vi sono) differenze tra gli Stati aderenti alla Convenzione circa il riconoscimento e la validità del principio (ciò è ben rappresentato nella *dissenting opinion* del giudice Nicolaou – condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajó) all'interno della sentenza sul caso Scoppola (cfr. Sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 17 settembre 2009, n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*). Per la dottrina si veda, tra i molti contributi, Bernardi 2001, 296.

⁷ Cfr. Corte EDU, Scoppola c. Italia, cit. La sentenza interrompe un orientamento precedente secondo il quale la regola della retroattività della pena più favorevole non sarebbe stata garantita dall'art. 7 della CEDU (pur non impedendola, come assunto nella sentenza della Corte EDU del 27 settembre 1995, *G. c. Francia*), e quindi restando nell'ambito del margine di apprezzamento dei singoli Stati che non incorrerebbero in una violazione della CEDU in caso di assenza della regola (ciò basato sulla sentenza della Commissione EDU del 6 marzo 1978, n. 7900/77, caso *X c. Germania*). In tale caso, nel quale il ricorrente era stato condannato a una multa per la violazione del codice sulle imposte nonostante la successiva abrogazione della disposizione interessata, i Giudici di Strasburgo rilevano che «nel caso di specie, una parte dei fatti posti a carico del ricorrente sono stati in qualche misura, oggetto di decriminalizzazione. Nondimeno l'azione del ricorrente, al momento in cui era stata commessa, costituiva un reato secondo il diritto nazionale ai sensi dell'art. 7,1, cosicché il ricorso è manifestamente infondato».... (nello stesso senso la sentenza del 5 dicembre 2000, n. 35574/97, *Le Petit c. UK*; e la sentenza, 6 marzo 2003, n. 41171/98, *Zaprianov c. Bulgaria*). Per la dottrina si veda: Manes 2012, 139, che parla di «chiaro *overruling*».

⁸ Cfr. Corte EDU, Scoppola c. Italia, cit., par. 108.

Secondo la Corte, infatti,

[...] l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa un altro elemento fondamentale dell'articolo 7 [della CEDU], ossia quello della prevedibilità delle sanzioni⁹.

Il principio di retroattività implica che

[...] se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato¹⁰.

La Corte EDU, quindi, considera il principio di retroattività della pena più favorevole al reo come un corollario al principio della legalità della pena affermato nell'art. 7 della CEDU. In assenza di un chiaro e preciso riferimento normativo nella CEDU, essa si ispira ad altri strumenti internazionali (il Patto sui diritti civili e politici del 1966, art. 15; la Convenzione Inter-Americana relativa ai diritti dell'uomo, art. 9; la Carta di Nizza, all'art. 49; lo Statuto della Corte penale internazionale, art. 24¹¹, anche alla luce della loro prassi applicativa), che invece espressamente regolano la *lex mitior*, e afferma la necessità di un'interpretazione storico-evolutiva delle norme della CEDU in modo tale da rendere effettive le garanzie che le norme in essa previste prescrivono¹². Secondo la Corte, il principio della retroattività della legge più favorevole al reo sarebbe diventato un principio generale fondamentale del diritto penale e sarebbe una ulteriore proiezione della regola *nullum crimen sine lege*¹³.

La sentenza sul caso Scoppola non è stata priva di contrasti anche interni al collegio che l'ha emanata. Nella *dissenting opinion* del giudice Nicolaou (condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajó) si afferma che il principio della *lex mitior* non può essere desunto dall'art. 7 della CEDU. Si sottolinea che quando la norma *de qua* è stata adottata, il principio della *lex mitior* non ne faceva parte e nulla lasciava intendere che si potesse pensare, all'epoca, a una sua incorporazione nel principio di legalità¹⁴. Ciononostante,

⁹ Cfr. Corte EDU, Scoppola c. Italia, cit., par. 108.

¹⁰ Cfr. Corte EDU, Scoppola c. Italia, cit., par. 109.

¹¹ Cfr. Corte EDU, Scoppola c. Italia, cit., parr. 103-105.

¹² Cfr. Corte EDU, Scoppola c. Italia, cit., par. 107.

¹³ Cfr. Corte EDU, Scoppola c. Italia, cit., par. 106.

¹⁴ La stessa Corte, infatti, in passato aveva precisato che non sarebbe potere dei giudici di Strasburgo «estrarre dalla Convenzione, attraverso una interpretazione evolutiva, un diritto che non vi è inserito in partenza» (Corte EDU, sentenza del 18 dicembre 1986, n. 9697/82, caso *Johnston e altri c. Irlanda*, spec. par. 53).

l'orientamento del caso Scoppola è stato confermato dalla prassi successiva e non pare esservi dubbio che si sia consolidato nel tempo¹⁵.

Come sottolineato in precedenza, esiste un evidente legame tra la prassi che si è generata dal caso Scoppola e quella della CGUE sul tema della *lex mitior*. Senza nessuna pretesa di completezza, e al solo fine di evidenziarne gli elementi utili per la trattazione successiva, appare allora necessario approfondire il suo ambito applicativo nella CEDU.

L'inquadramento della retroattività *in mitius* nell'art. 7 della CEDU configura, in primo luogo, la regola in oggetto come parte integrante del sistema delle tutele offerte dalla CEDU e, in particolare, gli conferisce il carattere di inderogabilità sancito dall'art. 15 della CEDU. Ciò produce l'effetto di qualificare la retroattività *in mitius* come una norma «assoluta» che limita ogni margine di derogabilità (o, *rectius*, di limitazioni e condizionamenti), dovendosi in ogni caso garantire efficaci tutele contro procedimenti, condanne e sentenze arbitrarie¹⁶.

In secondo luogo, la Corte EDU ammette l'applicabilità del principio in esame solo per le disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono.

Tuttavia, la Corte non circoscrive l'applicabilità del principio della *lex mitior* al solo mutamento della norma penale sostanziale (secondo un'interpretazione restrittiva della clausola in oggetto), estendendola anche al cambiamento avvenuto nel diritto processuale penale, qualora questo abbia mutato le condizioni di applicabilità della normativa sostanziale alla fattispecie concreta¹⁷.

Rifacendosi a una prassi consolidata¹⁸, anzi, la Corte precisa come ci si debba astrarre dall'apparenza formale del mero inquadramento della normativa nazionale,

¹⁵ Rinviando alla prassi citata nel contributo del Prof. Pisillo Mazzeschi in questo volume, basti qui citare la più recente sentenza del 17 ottobre 2024, n. 71250/16, *Cesarano v. Italia*, in particolare al par. 61.

¹⁶ Si veda sul punto la Corte EDU, caso *Cesarano c. Italia*, cit., par. 61.

¹⁷ Si veda sul punto la vicenda processuale del caso Scoppola. Condannato all'ergastolo con il rito abbreviato per omicidio, tentato omicidio e altri reati minori, sosteneva che lo Stato italiano, in violazione dell'art. 7 CEDU, avesse applicato retroattivamente il disposto del d.l. n. 341/2000 (che interpretava autenticamente l'art. 30 della l. n. 479/1999), disponendo che, in caso di accesso al rito abbreviato, alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno si sostituisse la pena dell'ergastolo, e non la reclusione di anni trenta) pur prevedendo esso un trattamento sanzionatorio peggiorativo rispetto a quello previsto al momento dell'accesso al rito abbreviato da parte dell'imputato.

¹⁸ Cfr. Corte EDU, sentenza del 12 febbraio 2008, n. 21906/04, *Kafkaris c. Cipro*, spec. par. 142, di cui si riporta il testo di seguito: «The concept of “penalty” in Article 7 is, like the notions of “civil right and obligations” and “criminal charge” in Article 6 § 1 of the Convention, autonomous in scope. To render the protection afforded by Article 7 effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of this provision (see *Welch v. the United Kingdom*, 9 February 1995, § 27, Series A no. 307-A, and *Jamil v. France*, 8 June 1995, § 30, Series A no. 317-B). The wording of Article 7 § 1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a “criminal offence”. Other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the nature and purpose of the measure in question; its characterisation

per focalizzare la qualificazione di tale nozione secondo una concezione sostanziale¹⁹ ed evitando interpretazioni restrittive che sarebbero contrarie alla *ratio legis*²⁰. Su questa premessa, la qualificazione della nozione di pena deve essere autonoma e riconoscibile attraverso i criteri desumibili nello stesso art. 7 CEDU, seguendo uno specifico paradigma interpretativo: se la misura, oltre le apparenze, si traduca in una pena, avendo una natura «afflittiva-deterrente» e una portata generale (cioè riferibile a tutti gli individui); se viene imposta a seguito di una condanna per un reato; nonché, in via sussidiaria, se si riscontrano altri criteri (quali lo scopo, la natura e la qualificazione nel diritto interno, le misure associate alla sua applicazione che sono tese alla tutela da una perturbazione dell'ordine giuridico) che riconducono alla sfera penale della misura; e, non ultimo, se la misura ha una certa gravità, cioè la severità delle conseguenze (facendo anche riferimento al massimo edittale) produca una significativa limitazione della libertà individuale²¹.

Il concetto essenziale per la Corte è che non si può lasciare la definizione di ciò che è penale alla discrezione dei singoli Stati, perché se così fosse l'applicabilità dell'art. 7 CEDU sarebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Così accade, come stabilito dal recentissimo caso *Cesarano c. Italia*²², che si possa dare rilievo anche a modifiche procedurali introdotte nell'ottica della semplificazione e velocizzazione dei procedimenti penali, con sconti della pena (anche delle pene accessorie), partendo dall'accertamento di una interrelazione tra disciplina sostanziale e procedurale tale che la seconda determina la prima (e quindi possa aprire le porte al tema della *lex mitior*); così accade, ancora in epoca assai più risalente, nel caso *Engel e Altri c. Olanda*, che si possano considerare inquadabili nella disciplina dell'art. 7 anche misure sanzionatorie di natura amministrativa (*rectius*, sanzioni disciplinari militari)²³; o in ultimo, sulla base della

under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity (see Welch, cited above, § 28, and Jamil, cited above, § 31). To this end, both the Commission and the Court in their case-law have drawn a distinction between a measure that constitutes in substance a "penalty" and a measure that concerns the "execution" or "enforcement" of the "penalty". In consequence, where the nature and purpose of a measure relates to the remission of a sentence or a change in a regime for early release, this does not form part of the "penalty" within the meaning of Article 7 (see, inter alia, Hogben, cited above; Hosein v. the United Kingdom, no. 26293/95, Commission decision of 28 February 1996, unreported; Grava, cited above, § 51; and Uttley, cited above). However, in practice, the distinction between the two may not always be clear cut».

¹⁹ Cfr. Corte EDU, sentenza del 27 febbraio 1980, n. 6903/75, *Deweert c. Belgio*, par. 44.

²⁰ Cfr. Corte EDU, sentenza del 15 gennaio 2008, n. 17056, *Micallef c. Malta*, par. 46.

²¹ Cfr. Corte EDU, sentenza del 4 marzo 2014, nn. 18640/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, parr. 94-96.

²² Cfr. Corte EDU, caso *Cesarano c. Italia*, cit., par. 78 e anche par. 87.

²³ Cfr. Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 1976, n. 5354/72, caso *Engel e Altri c. Olanda*, spec. parr. 80-85. La gamma delle sanzioni amministrative riconducibili alla stessa logica poi si è arricchita dei casi di sanzioni pecuniarie per eccesso di velocità (Corte EDU, 9 novembre 1999, n. 35260/97, caso *Varuzza c. Italia*), violazioni della tutela del paesaggio nell'attività edilizia (Corte EDU, 21 marzo 2006, n. 70074/01, caso *Valico c. Italia*), sanzioni amministrative *antitrust* (Corte EDU, 7 settembre 2007, 43509/08, caso *Menarini c. Italia*).

stessa logica, che la Corte ammetta la qualificazione di ‘penale’ (e quindi l’applicabilità della norma *de qua*) alle sanzioni tributarie²⁴.

In terzo luogo, la Corte collega la regola della *lex mitior* nel solo contesto della successione nel tempo delle leggi penali: la retroattività *in mitius* funziona solo se la ‘norma penale’ successiva è quella più favorevole all’imputato, tenuto conto delle sue caratteristiche, della natura e delle circostanze in cui è stato commesso il reato. Ciò significa anche che l’articolo 7 della CEDU presuppone un confronto in concreto tra le leggi penali applicabili al caso dell’autore del reato, compresa la legge in vigore all’epoca dei fatti (la vecchia legge) e la legge in vigore al momento della sentenza (la nuova legge). Non ha rilevanza in *abstracto*, ad esempio, il limite massimo o minimo della sanzione. La *lex mitior* deve essere trovata in concreto; ovvero, caso per caso, il giudice deve verificare ciascuna delle leggi penali applicabili (le vecchie e le nuove leggi) alla fattispecie concreta, per identificare quale potrebbe essere la pena presunta alla luce della nuova e della vecchia legge. Solamente dopo aver stabilito le sanzioni presunte derivanti dalle leggi applicabili, e considerate tutte le circostanze del caso, il giudice deve effettivamente applicare quella più favorevole all’imputato. Come precisa la Corte EDU, diventa cruciale la valutazione se l’applicazione di una disciplina piuttosto che un’altra ha messo l’imputato in una posizione di svantaggio riguardo la sentenza²⁵.

3. Sulla disciplina della *lex mitior* nei Trattati UE e della prassi della CGUE relativa dell’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE

Come abbiamo avuto modo di sottolineare in precedenza, la regola della retroattività *in mitius* è stata formalizzata nella Carta di Nizza, all’art. 49. Con il Trattato di Lisbona del 2007, inoltre, ha definitivamente assunto il rango di norma primaria dell’ordinamento UE²⁶.

²⁴ Cfr. Corte EDU, 9 aprile 2013, n. 40174/08, caso *Cecchetti c. San Marino*, par. 22 e 23.

²⁵ La constatazione della *lex mitior*, pertanto, implica un confronto globale del regime punitivo previsto da ciascuna delle leggi penali applicabili al caso concreto dell’autore del reato (il metodo di confronto globale). Il giudice non può effettuare un confronto regola per regola (metodo di confronto differenziato), scegliendo la regola più favorevole di ciascuna delle leggi penali confrontate. La struttura logica di questa impostazione si fonda su due assunzioni: in primo luogo, ogni regime punitivo ha la propria logica e il giudice non può sconvolgere quella logica mescolando diverse regole di diverse leggi penali successive; in secondo luogo, il giudice non può eccedere la funzione del legislatore e creare un nuovo regime punitivo *ad hoc*, composto da una miscellanea di norme derivanti da diverse leggi penali successive. Sul tema si veda anche Corte EDU, *Cesarano c. Italia*, cit. par. 80 ss., spec. par. 83-84.

²⁶ In precedenza, cioè prima dell’inquadramento adottato con il Trattato di Lisbona, la CGUE aveva dichiarato che tale principio derivava dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, pertanto, doveva essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto dell’Unione che il giudice nazionale deve rispettare quando applicava il diritto nazionale: si veda per tutti CGUE, *Berlusconi e a.*, cit., par. 68 e 69.

L'art. 49, 1 co., dopo avere affermato il principio classico *nullum crimen, nulla poena sine lege*, stabilisce che «se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima». La norma *de qua*, quindi, afferma la regola della *lex mitior* a fianco della disciplina classica del principio della legalità del diritto penale.

L'orientamento interpretativo della CGUE sull'art. 49 della Carta segue ampiamente la prassi della Corte EDU. L'art. 6, par. 3, del Trattato UE sottolinea la centralità della CEDU nella teoria dei diritti umani all'interno dell'ordinamento UE e la stessa Carta di Nizza, come unico riferimento esplicito ad altro strumento internazionale, cita la CEDU, riconoscendone la rilevanza ai fini interpretativi²⁷. Infine, le c.d. «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali», con riferimento all'art. 49, confermano questo collegamento diretto²⁸.

In assoluta continuità con la giurisprudenza della Corte EDU, l'ambito di applicazione di questa disciplina si lega al solo 'diritto penale'. La nozione di diritto penale deve partire da una qualificazione del concetto che sia coerente con l'ordinamento dell'UE e, nel caso di specie, con l'art. 49 della Carta. Senza nessuna pretesa di completezza, ma in piena sintonia con la CEDU, quest'espressione nel diritto UE inquadra l'insieme delle norme dell'ordinamento giuridico (nazionale e/o UE) che prevedono e disciplinano l'applicazione di una misura sanzionatoria di carattere giuridico-penale, come conseguenza di un determinato comportamento. Chiaro il riferimento primario al c.d. diritto penale 'sostanziale'; cioè a quelle norme che definiscono un collegamento tra un comportamento umano e l'applicabilità di una sanzione criminale, sulla base di un assioma verificabile: precetto e sanzione conseguente. Così come accaduto nella prassi della CEDU, la CGUE ha potuto valutare l'applicabilità della *lex mitior* con riguardo a quelle norme (sia pure processuali) che hanno un impatto sulla determinazione della sanzione penale, non escludendone l'applicabilità per il

²⁷ Il Preambolo della Carta, infatti, precisa: «la presente Carta riafferma [...] i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali [...], dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, [...] nonché dalla giurisprudenza [...] della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate [...] e aggiornate sotto la responsabilità del *praesidium* della Convenzione europea». L'art. 52, 3 co., della Carta, inoltre, aggiunge che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Sul significato e sulla portata di questa disposizione si vedano le considerazioni, *infra* par. 4 e 5.

²⁸ Cfr. *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, C-303/17 (2007/C303/02) del 14 dicembre 2007, specialmente con riguardo ai commenti all'art. 49 (a p. 31) e, non meno importante, alla esplicita elencazione dei diritti corrispondenti alla CEDU citata in relazione all'art. 52 (si veda *Spiegazioni*, cit., p. 34). Anche recentemente, nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale (Sánchez-Bordona) relative alla causa 107/23, par. 96, si ribadisce: «Dalle spiegazioni relative alla Carta (articolo 52, paragrafo 3) risulta che il diritto riconosciuto dall'articolo 49 della Carta ha lo stesso significato e la stessa portata di quello garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

semplice fatto della originaria natura, ma verificandone i canoni interpretativi ai sensi dell'art. 49 della Carta.

La CGUE ha quindi escluso, ad esempio, che si applicasse la regola della *lex mitior* con riferimento alle misure sanzionatorie adottate dalla Commissione in caso di violazione della disciplina sulla concorrenza; ha escluso la stessa applicabilità a mutamenti legati alla circolazione delle merci e in particolare sui temi dei dazi alle importazioni e/o con riguardo a misure restrittive lecite alla circolazione delle merci nel mercato interno²⁹. In tutti questi casi, il ragionamento della CGUE è sempre stato analogo: l'esito negativo della qualificazione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta in mancanza dei requisiti per inquadrare la stessa come sanzione 'penale'.

Per converso, ad esempio, la CGUE ha ammesso che si possa inquadrare nella logica operativa della *lex mitior* un pronunciamento della Corte Costituzionale che, abrogando il regime della prescrizione vigente in un sistema nazionale, avrebbe permesso la prescrizione di reati e quindi l'annullamento di sentenze successive e l'applicazione di misure penali più miti per i procedimenti in corso³⁰. E ancora, sia pure non direttamente in applicazione della *lex mitior*, la CGUE ha stabilito come anche le sanzioni amministrative, in presenza dei requisiti di cui sopra, possano essere classificate come 'pene' ai sensi e per gli effetti della Carta³¹; concludendo poi solo recentemente per una piena applicabilità della regola della 'pena in mitius'³²: [...] l'articolo 49, paragrafo 1, ultima

²⁹ Per il tema della concorrenza, si veda la prassi citata *supra*, nota 5. Sul regime dei dazi, in relazione alla libera circolazione delle merci ad esempio, si veda CGUE, 6 settembre 2012, *Döhler Neuenkirchen GmbH c. Hauptzollamt Oldenburg*, causa 262/10, par. 43 e, per considerazioni più ampie, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, par. 57: il regime dei dazi doganali è privo del carattere «sanzionatorio» e ciò in ragione del fatto determinante che il dazio non si lega a una condotta illegittima e non ne costituisce la «sanzione» conseguente).

³⁰ Cfr. CGUE, *PPU e altri*, cit.; e anche CGUE Ordinanza, 9 gennaio 2024, relativa alla causa 131/23, *CAA e altri*.

³¹ Cfr. CGUE, 24 marzo 2021, cause 870 e 871/19, *Prefettura di Firenze c. MI e TB*, par. 30; CGUE, 4 maggio 2023, causa 97/21, *MV-98 c. Nachalnik na otdel «Operativni deynosti» – Sofia v Glavna direksia «Fiskalen kontrol» pri Tsentralno upravlenie na Natsionalna agentzia za prihodite*, spec. parr. 38 ss.; CGUE, 4 maggio 2023, causa 40/21, *T.A.C. c. Agenția Națională de Integritate (ANI)*, spec. parr. 32 ss. (anche se non si occupano espressamente del tema in oggetto, la Corte chiarisce la possibile classificazione della sanzione amministrativa – anche del codice della strada – nell'ambito della 'pena' ai sensi dell'ambito di applicazione delle norme della Carta che riguardano le 'pene' e la tutela dei soggetti sanzionati).

³² Cfr. CGUE 1 agosto 2025, causa 544/23, *T.T. e Baji Trans* La Corte, da una parte, conferma l'impianto della prassi della CGUE sulla tema interpretativo della nozione di 'pena' ai sensi e per gli effetti dell'art. 49 della Carta e, dall'altra, esclude che si possa generalizzare questo inquadramento affermando il nascere di un principio generale di diritto dell'UE con riguardo alle sanzioni amministrative. L'ambito di applicazione della norma di qua resta quindi circoscritto alla verifica dei cd 'criteri Engel' della prassi della Corte EDU (Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, cit.). Ciò non esclude l'applicabilità di *standard* nazionali più tutelanti (che quindi autorizzino la regola della 'pena in mitius' anche alle sanzioni amministrative, ma solo nei limiti in cui non si pregiudichi l'unità, l'effettività e il primato dell' diritto UE.

frase, della Carta deve essere interpretato nel senso che esso può applicarsi a una sanzione amministrativa, di natura penale, inflitta sulla base di una norma che, successivamente all'adozione di tale sanzione, è stata modificata in modo più favorevole alla persona sanzionata, purché tale modifica rifletta un mutamento di posizione sulla qualificazione penale dei fatti commessi da tale persona o sulla pena da applicare³³.

Sempre con riguardo alla *lex mitior*, la CGUE ha anche avuto modo di confermare gli altri criteri interpretativi emersi nella prassi della CEDU sin dal caso Scoppola: l'applicazione della regola che poggia sulla verifica della successione nel tempo delle leggi penali applicabili alla fattispecie concreta (e della constatazione che la normativa successiva sia più favorevole – *in mitius* – al reo di quella precedente) e che sola giustifica la deroga al divieto della retroattività della norma penale in quanto *in bonam partem*; nonché l'esigenza che la verifica si fondi su un controllo in 'concreto' del sistema penale nella sua globalità e tale da permettere di verificare la pena che presumibilmente sarebbe applicabile sulla base di una reale corrispondenza tra i fatti, i precetti e la pena da irrorare³⁴.

Come anche nella prassi della CEDU, inoltre, la nozione di sanzione penale e della successione nel tempo delle leggi penali può determinarsi per atti legislativi in senso stretto o da altri atti che comunque legittimamente possono mutare *in mitius* il sistema previgente³⁵. Tutto va considerato nel contesto del singolo ordinamento nazionale e in riferimento al caso concreto, dipendendo dal rilievo giuridico che l'atto successivo assume in base all'ordinamento a cui si riferisce. Allo stesso tempo, tuttavia, la CGUE mantiene l'approccio formalistico al tema del 'mutamento', escludendo che possano generare i presupposti della *lex mitior* circostanze meramente fattuali o anche di c.d. modifiche 'mediate' (cioè prodotto di modifiche che incidono direttamente su altre leggi indirettamente richiamabili ai fini del concreto accertamento del rilievo penale). E così la CGUE, ad esempio, nel noto caso Paoletti ha negato l'applicabilità della *lex mitior* nei procedimenti a carico di soggetti accusati di immigrazione clandestina di cittadini rumeni a seguito dell'ingresso della Romania nell'UE, precisando che il 'fatto' dell'acquisizione della cittadinanza «costituisce una circostanza [...] che non è di natura tale da modificare gli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina»³⁶.

³³ Cfr. Ibidem, par. 94.

³⁴ Cfr. CGUE, 6 ottobre 2015, causa 218/15, *Paoletti e altri*, par. 27; CGUE, 7 agosto 2018, causa 115/17, *Clergeau e altri*, punto 33; e CGUE, PPU e altri, cit., par. 106-107.

³⁵ La recente giurisprudenza della CGUE, ad esempio, autorizza a considerare come inquadabili nel meccanismo della *lex mitior* mutamenti che siano determinati da sentenze della Corte Costituzionale. Si veda al riguardo il caso CGUE, PPU e altri, cit.; e anche CGUE Ordinanza, 9 gennaio 2024, relativa alla causa 131/23, *CAA e altri*. Nelle pronunce in esame si teorizza la legittimità della condotta dei giudici rumeni che avevano applicato la regola della retroattività *in mitius* del regime di prescrizione del reato determinato dal 2018 da alcune sentenze della Corte Costituzionale rumena anche se avrebbero cancellato procedimenti per evasione dell'Iva in contrasto con altre norme del diritto dell'UE e nonostante, in alcune ipotesi, l'esistenza di sentenze passate in giudicato.

³⁶ Cfr. CGUE, *Paoletti e altri*, cit., par. 33.

4. Sull'impatto delle c.d. clausole orizzontali della Carta: sui rapporti con altre fonti e la risoluzione dei possibili conflitti

L'applicazione dell'art. 49 della Carta va necessariamente integrata alla luce delle «Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta» (titolo VII, artt. 51-54, anche dette clausole orizzontali).

Da una parte, come abbiamo ampiamente sottolineato in precedenza, è chiara l'ispirazione alla Convenzione EDU (e ad altre fonti); dall'altra, il complesso dei diritti umani tutelati dall'ordinamento UE, sin dall'origine (anche nella prassi dei principi generali di diritto), non ha una dimensione assoluta e incondizionata. Essi sono parte del sistema giuridico 'unionale' e, in quanto tali, devono coordinarsi con gli altri caratteri fondativi dell'UE. La tutela dei diritti umani si fonda sui Trattati e, quindi, sulla Carta, che ne definisce in modo cogente il contenuto e i limiti applicativi.

Ciò significa che ogni richiamo diretto o indiretto ad altre fonti, e lo stesso contenuto originario della Carta, subiscono naturalmente un processo di 'integrazione' irreversibile e totalmente soggetto al controllo esclusivo della CGUE, potendosi determinare conseguenti aggiustamenti applicativi rispetto al dettato originario³⁷. Le c.d. clausole orizzontali della Carta svolgono un ruolo importantissimo in questa direzione, introducendo alcuni correttivi interpretativi che è necessario brevemente passare in rassegna al fine di comprendere a pieno la portata e l'efficacia (nel nostro caso) della *lex mitior* nell'ordinamento dell'UE³⁸.

Un primo tema interpretativo riguarda il rapporto con le altre fonti che tradizionalmente sono state considerate rilevanti in tema di diritti umani nell'UE. Abbiamo già detto del legame speciale che viene instaurato con la CEDU (art. 52, 3 co.). Un collegamento descritto in termini non troppo diversi viene stabilito anche con riguardo alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 52, 4 co.) e con le legislazioni e prassi nazionali (art. 52, 6 co.). Manca un corrispondente e chiaro riferimento alle altre fonti internazionali e, tuttavia, questo vuoto si supera facilmente con il dettato dell'art. 53, che, pur trattando il tema in una prospettiva diversa, di cui si dirà a brevissimo, autorizza il confronto della Carta con quelle fonti. Più in generale, la Carta ammette un coordinamento interpretativo con le altre fonti applicabili nello spazio giudiziario europeo sulla base di una regola: il necessario rispetto del livello minimo di tutela previsto nell'ordinamento UE. Il riferimento all'ordinamento UE, quindi, stabilisce l'esistenza di una base di tutela minima che deve ricercarsi partendo dal contenuto della Carta. Ciò premesso, il confronto della Carta con le altre fonti segue una seconda regola: quella della prevalenza del «trattamento più favorevole». L'art. 52, 3 co., afferma quest'ipotesi in rapporto alla CEDU:

³⁷ Si spiega così anche una delle ragioni principali che, nonostante l'annunciato ingresso nei Trattati, hanno spinto la CGUE a respingere l'ingresso dell'UE nella stessa Convenzione. Si veda in questo senso CGUE, parere 1/13 del 14 ottobre 2014.

³⁸ Per una più ampia analisi sul tema in esame, si veda Lazzerini 2018, 51 ss.

Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

La norma non include espressamente le tradizioni costituzionali, ma ciò non confuta un orientamento più estensivo. Subito dopo (all'art. 52, 4 co.), infatti, si ribadisce la necessità di interpretazioni coerenti con le tradizioni costituzionali e il confronto con la Carta potrebbe avere una soluzione analoga a quella prevista con riguardo alla CEDU. Allo stesso tempo, inoltre, l'art. 53 ripropone lo stesso ragionamento nella prospettiva opposta, che cioè la Carta autorizzi interpretazioni meno favorevoli, prevedendo che l'eventuale effetto limitativo non potrebbe operare con riguardo alla CEDU, le tradizioni costituzionali e gli strumenti internazionali (norme consuetudinarie, norme convenzionali o norme previste da accordi). La *ratio legis* è insomma quella di assicurare la protezione più ampia, assimilando la Carta, la CEDU e le tradizioni degli Stati membri sullo stesso piano e garantendo che la soluzione più tutelante debba avere la prevalenza³⁹.

5. Segue. Sul rilievo dei principi di attribuzione e di sussidiarietà

Tutto quanto appena descritto, tuttavia, non significa che l'ordinamento UE considera tali fonti sempre nella loro originaria rilevanza e consistenza. Significa semplicemente che queste fonti sono un punto di partenza per definire la portata e la rilevanza dei diritti umani nell'ordinamento UE, senza mutare la natura sovraordinata dei Trattati e il primato che questi continuano ad avere; e, quindi, senza poterne concludere che tali fonti possano modificare le regole fondamentali sul funzionamento dell'UE.

Questa considerazione ci porta ad affrontare il secondo tema interpretativo che emerge dalle «Disposizioni generali»: che gli *standard* applicativi della Carta sono soggetti ai limiti delle attribuzioni dell'UE e, in questa prospettiva, al principio di sussidiarietà (art. 51, 1 co.); e che in nessun caso l'applicabilità (tra le altre norme) della *lex mitior* può modificare l'ambito di applicazione dei Trattati e le attribuzioni dell'UE (art. 51, 2 co.).

Il riferimento alle 'attribuzioni' definisce, allo stesso tempo, un obbligo verso la corretta applicazione dell'ordinamento dell'UE (e quindi, ad esempio, anche della *lex mitior*) e un limite all'ambito oggettivo dello stesso (tra gli altri) art. 49. La CGUE ha avuto più volte modo di precisare che l'applicabilità delle norme previste nella Carta deve preventivamente superare la verifica se nella

³⁹ A proposito della ricostruzione nel testo, si vedano le Spiegazioni, cit., con riguardo all'art. 52, 3 co. (p. 33), all'art. 52, 4 co. (p. 34) e all'art. 53 (p. 35). Per la dottrina si veda Lazzerini (2018, 51 ss.).

situazione *de qua* si sia dentro o fuori le attribuzioni dell'UE⁴⁰. Solo nel primo caso la disciplina della Carta sarebbe applicabile, costituendo un parametro interpretativo idoneo ad assicurare un corretto bilanciamento delle tutele previste nella Carta all'interno dell'ordinamento UE. Nel caso della *lex mitior* questo ha fatto concludere la CGUE che l'obbligo dei giudici nel fare rispettare il diritto dell'UE include per i giudici nazionali quello d'applicare correttamente i diritti fondamentali garantiti dalla Carta⁴¹, se del caso disapplicando o applicando in modo coerente le norme dei Trattati.

Allo stesso tempo, interrogandosi sulla stessa premessa, e cioè se la questione *de qua* fosse dentro anche una nozione ampia di attribuzioni dell'UE, la Corte non ha esitato a escludere che si applicasse la tutela fornita dalla Carta in assenza di un collegamento con una base giuridica nei Trattati. In altri termini, e al pari di altri diritti presenti nella Carta, il principio della retroattività della «pena» più favorevole al reo non ha un ambito di applicazione autonomo; non vige *ex sé* e non costituisce una base giuridica di intervento del diritto UE⁴².

⁴⁰ L'argomento è ampiamente consolidato nella prassi della Corte anche in epoca anteriore alla Carta e già con riferimento alla teoria dei diritti umani come principi generali di diritto (solo per citare un precedente, si veda CGUE 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, Raccolta, 1989, p. 2609). Con riguardo alla Carta, si vedano ad esempio, CGUE, 30 giugno 2016, causa 205/15, *Dirrecția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov c. Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, par. 23; CGUE, 19 novembre 2019, cause 585/18, 624/18 e 625/18, *A.K. e altri*, par. 78; CGUE, 23 marzo 2023, causa 412/21, *Dual Prod SRL c. Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Cluj-Napoca – Comisia regională pentru autorizarea operatorilor de produse supuse accizelor armonizate*, par. 22.

⁴¹ Cfr. CGUE, 5 dicembre 2017, causa 42/17, *M.A.S. e M.B.*, par. 52: «Tale principio, quale sancito all'articolo 49 della Carta, si impone agli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione, conformemente all'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, come avviene allorché essi prevedano, nell'ambito degli obblighi loro imposti dall'articolo 325 TFUE, di infliggere sanzioni penali per i reati in materia di IVA. L'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non può quindi contrastare con tale principio».

⁴² Pur essendo di fronte a norme di rango primario, queste sono svuotate del potere creativo di 'attribuzioni' dell'UE. A quest'ultimo riguardo, già prima di Lisbona, la CGUE aveva precisato che benché il rispetto dei diritti fondamentali che fanno parte integrante dei detti principi generali costituisca un presupposto della legittimità degli atti comunitari, tali diritti non possono di per sé comportare un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità (v. ad esempio, per quanto riguarda la portata dell'art. 235 del Trattato CE alla luce del rispetto dei diritti dell'uomo, CGUE, parere 2/94 del 28 marzo 1996, Racc. pag. I-1759, punti 34 e 35). Con Lisbona, nonostante il riconoscimento della Carta al pari dei Trattati, la limitazione in oggetto è rimasta come corollario imprescindibile al principio delle attribuzioni e al primato del diritto dell'UE. La rilevanza e la portata dei diritti umani nell'ordinamento UE deve essere coerente con le attribuzioni, i valori e, soprattutto, gli obiettivi dell'UE. Solo e se all'interno di questo rigido 'protocollo' interpretativo, essi giocano un ruolo principale e le Istituzioni, gli organi e gli Stati membri devono rispettarli. Come è noto, infatti, proprio alla base della mancata ratifica della CEDU da parte dell'UE, nonostante l'affermata intenzione di adesione di cui all'art. 6, 2 co., del TUE, esiste (tra altre motivazioni) la necessità di escludere qualsiasi intrusione e/o pericolo che potesse provenire dalla presenza di «presidi» interpretativi diversi (quello della CGUE 'contro' quello della Corte EDU) sul primato del diritto dell'UE e della sua necessaria interpretazione uniforme.

A mitigare parzialmente questa conclusione, che, a differenza della CEDU, limita l'operatività della *lex mitior* all'ambito delle attribuzioni dell'UE, si deve citare l'orientamento della CGUE favorevole a riconoscere il requisito della 'pertinenza' rispetto alle attribuzioni dell'UE anche quando il collegamento sia indiretto⁴³. Ciò precisando meglio la portata di quanto perentoriamente sottolineato dalla Commissione, nella Comunicazione del 19 ottobre 2010⁴⁴, commentando l'art. 51: «la Carta non si applica alle violazioni di diritti fondamentali che non presentano elementi di collegamento con il diritto dell'Unione».

Si può quindi concludere che, nonostante il richiamo al necessario coordinamento con le attribuzioni dell'UE, questo riferimento debba essere interpretato in modo flessibile, a nostro avviso come una sorta di presunzione 'relativa' che esista un legame sino a quando non venga provato il contrario e senza che possa avere alcuna rilevanza la natura 'verticale' o 'orizzontale' della controversia⁴⁵.

Non meno importante è poi il richiamo alla «sussidiarietà» e all'impatto che possa avere nella corretta applicazione della Carta e, quindi, della *lex mitior*. La prima conseguenza è che quando gli Stati agiscono in forza di loro attribuzioni concorrenti (o parallele), essi devono applicare la Carta nei termini previsti dall'ordinamento Ue e coerentemente alla prassi della CGUE. La seconda, e forse più rilevante, conseguenza è che gli Stati hanno la possibilità di utilizzare i propri *standard* nazionali quando siano presenti normative similari alla Carta o con essa in tutto coerenti (in conformità dell'art. 52 della Carta stessa)⁴⁶. Quan-

⁴³ Cioè anche quando l'oggetto della domanda non verta immediatamente su uno dei diritti previsti nella Carta e/o non sia espressamente controverso nella questione *de qua*. Una volta stabilito che si tratta di una materia 'attribuita' all'Ue, automaticamente, salvo prova contraria, anche la Carta può essere una fonte di riferimento per la definizione della questione in giudizio. Ciò traspare a nostro avviso dalla prassi della Corte quando valuta della legittimità delle situazioni e atti sottopostigli alla luce della Carta: CGUE, 14 ottobre 2010, causa 243/09, *Günter Fuß c. Stadt Halle*, par. 66; CGUE, C-444/09 e C-456/09; CGUE, 9 novembre 2010, causa 92/09 e 93/09, *Volker und Markus Schecke GbR e altri c. Land Hessen*, par. 45 ss.; CGUE, 19 gennaio 2010, causa 555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, par. 23 ss.; spec. par. 26-27.

⁴⁴ Sul tema si veda *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, COM (2010) 573 definitivo, punto 1.3, spec. 1.3.3 (Situazioni che esulano dalla Carta), pp. 10-11.

⁴⁵ Cfr. CGUE, 8 settembre 2011, causa 297 e 298/10, *Sabine Hennigs c. Eisenbahn-Bundesamt e altri*, par. 46-51. Sull'efficacia orizzontale dei 'diritti' presenti nella Carta, si vedano le considerazioni di Pollicino 2018, 263 ss. (ivi inclusa l'ampia giurisprudenza richiamata).

⁴⁶ Cfr. CGUE, *PPU*, cit., par. 110. La Corte precisa che quando, come nel caso di specie, un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Ancora sul tema si vedano anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Sánchez-Bordona, par. 100: «Le tradizioni costituzionali degli Stati membri sono in effetti «poco comuni» in relazione al

do ciò accade, tuttavia, la CGUE ha precisato che l'applicazione della disciplina nazionale di tutela di diritti umani non deve mai compromettere il livello di tutela offerto dalla Carta e quindi minare il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'UE⁴⁷. Se però lo *standard* nazionale di tutela fosse coerente con la Carta, questo potrà avere diretta applicazione e quindi svolgere lo stesso identico ruolo affidato alla Carta dai Trattati⁴⁸; e ciò sino anche a produrre il risultato che la disciplina nazionale conforme alla Carta potrebbe derogare le norme di diritto UE qualora, nel bilanciamento degli interessi contrapposti, ciò si rendesse necessario alla tutela dei diritti umani stessi⁴⁹.

6. Segue. Sul carattere assoluto o meno della *lex mitior* nell'ordinamento UE

Le «Disposizioni generali» stabiliscono una clausola sulle 'limitazioni' dei diritti contenuti nella Carta. L'art. 52, 1 co., prevede questa ipotesi in termini generali e senza esclusioni specifiche⁵⁰. Quando, per altri argomenti sempre legati ai diritti umani, la CGUE analizza il carattere 'assoluto' o meno di un diritto in causa, pur riconoscendo l'importanza della prassi CEDU, arriva alla conclusione sul quesito *de quo* nella sola ottica del diritto UE e sempre affermando la natura (inderogabile o meno) del diritto in causa in relazione alle circostanze specifiche in gioco⁵¹. A nostro avviso, quindi, senza sottovalutare la disciplina della CEDU, il dato normativo dell'art. 52 (assai diverso dall'art. 15 della CEDU), in combinato con l'art. 49, non esclude l'eventualità che vi siano limiti all'applicabilità della *lex mitior* e, quindi, appare opportuno valutare tale ipotesi alla luce del contenuto di questa 'clausola orizzontale'.

La norma *de qua* indica i termini della deroga, ammettendola solo se non si produca una frustrazione del contenuto essenziale del diritto derogato e cioè

principio della *lex mitior*. Ci sono paesi che praticamente non conoscono questa garanzia penale fondamentale e altri che le danno una copertura ampia, addirittura costituzionale (Portogallo, Romania, Italia o Spagna, tra gli altri). A mio avviso, la Corte di giustizia dovrebbe stabilire uno standard di tutela autonomo e specifico ai sensi dell'ultima frase dell'articolo 49, paragrafo 1, della Carta, che offra ai suoi destinatari un livello elevato di salvaguardia e non solo una protezione *de minimis*».

⁴⁷ Sul punto la giurisprudenza è molto ampia e limitandoci solo ai casi più recenti, con riguardo al tema in esame, si veda CGUE, *PPU*, cit., par. 110 e 123; CGUE, *CAA e CV*, cit., par. 80-85.

⁴⁸ Cfr. CGUE, *PPU*, cit., par. 112-116; CGUE, *CAA e CV*, par. 81-84.

⁴⁹ Cfr. CGUE, *PPU*, cit., par. 11 e 118; CGUE, *CAA e CV*, par. 82 e 83.

⁵⁰ Il testo della norma in esame ci sembra sufficientemente chiaro sul punto: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

⁵¹ La prassi della CGUE è molto ampia a tal riguardo. In termini generali si veda la chiara teorizzazione di quanto nel testo che si può riscontrare in CGUE, 12 giugno 2003, causa 112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria*, par. 71 ss.

che la deroga sia prevista per legge, sia giustificata (in base al criterio di proporzionalità) da interessi generali riconosciuti dall'UE e sia volta a tutelare diritti e libertà altrui. Le «Spiegazioni relative ai diritti fondamentali», senza prevedere anch'esse eccezioni specifiche, ribadiscono la lettura di questa clausola all'interno dello schema classico della giurisprudenza della CGUE in tema di limiti ai diritti e libertà fondamentali: l'esigenza che vi sia un interesse contrastante meritevole di tutela equivalente (o superiore) ai sensi dell'ordinamento UE; che la limitazione non si configuri come una violazione della sostanza della norma e, quindi, per evitare ciò, che sia ispirata alla proporzionalità⁵².

A quanto ci consta, la prassi della CGUE non ha ancora espressamente chiarito il carattere 'assoluto' della norma *de qua*. E tuttavia, più recentemente⁵³, con riguardo alla regola della retroattività della pena in *bonam partem*, ha avuto modo di confrontarsi indirettamente sulla questione in esame. Si doveva giudicare della possibile estensione retroattiva *in mitius* di alcuni pronunciamenti della Corte Costituzionale rumena (tra il 2018 e il 2022), che avevano dichiarato illegittima la disciplina sul regime della prescrizione di alcuni reati finanziari (che aveva reso inapplicabile ogni tipo di provvedimento interruttivo), di fatto annullando molti procedimenti nazionali (alcuni già conclusi) con effetti negativi anche sul bilancio UE. Affrontando il tema nell'ottica che adesso ci interessa, la Corte è chiamata a stabilire se gli effetti *in mitius* fossero applicabili anche ad atti interruttivi anteriori a quello della data della sentenza della Corte Costituzionale (qualificata dalla CGUE come un mutamento idoneo ai fini della pena *in bonam partem*). Se per i procedimenti successivi al 2018, anche con sentenza passata in giudicato, la Corte ammette la prevalenza degli effetti *in mitius*; nel caso di atti interruttivi anteriori al 2018, essa nega l'applicabilità dei medesimi effetti *in mitius*, giustificando tale conclusione con il contrasto insanabile che si genererebbe rispetto al principio generale di certezza del diritto (e quindi con la prevedibilità, determinazione ed effettività della legge penale), che è parte essenziale del valore 'stato di diritto' regolato dall'art. 2 TUE.

In attesa di pronunciamenti che confermino magari in modo più diretto l'orientamento in esame, a noi pare che non si possa sostenere la natura assoluta della *lex mitior* nell'ordinamento dell'UE. È pur vero che questo è un carattere attribuibile all'art. 7 della CEDU e che ciò potrebbe anche assumersi dalla regola del 'trattamento più favorevole' previsto da altre norme c.d. 'orizzontali'. Tuttavia, a nostro avviso, quest'ultima regola riguarda unicamente il contenuto della norma in esame, senza che questo possa pregiudicare la rilevanza delle

⁵² Cfr. *Spiegazioni*, cit., p. 32 e per la CGUE, 16 aprile 2000, causa 292/97, *Kjell Karlsson e Altri*, par. 45: «[...] secondo una giurisprudenza costante, restrizioni all'esercizio di questi diritti possono essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché tali restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti».

⁵³ Cfr. CGUE, *PPU*, cit., parr. 123 ss.; su temi analoghi anche CGUE, *CAA e CV*, cit., parr. 36 ss.

altre norme, come quella dell'art. 51 della Carta, che ne modificano la portata e l'efficacia rispetto alla prassi della CEDU.

7. Segue. Sulla natura di diritto avente efficacia diretta

Sempre con riferimento alle «Disposizioni generali», infine, è necessario soffermarci su un ulteriore (ultimo) argomento interpretativo. L'art. 52, 5 co., sulla base del contenuto delle norme della Carta, prevede la distinzione tra 'principi' e 'diritti'⁵⁴. Come si ricava dalle «Spiegazioni relative ai diritti fondamentali»⁵⁵, i primi sarebbero 'osservati'; mentre solo i diritti dovrebbero essere 'rispettati'. La distinzione non è di poco conto perché i principi (pur dovendo essere osservati nell'esercizio delle competenze) entrano in gioco solo in via interpretativa (similmente alla categoria dei principi interposti) per verificare la legittimità della misura adottata, la sua corretta interpretazione e applicazione. In altri termini, essi rilevano solo quando tali atti vengono interpretati e/o sottoposti a controllo giurisdizionale. L'art. 52, 5 co., infatti, precisa per i soli 'principi' la mera possibilità di essere attuati da atti legislativi ed esecutivi (dell'Organizzazione e degli Stati) in applicazione del diritto UE⁵⁶. Pur non essendo affermato espressamente nella Carta, a noi pare ragionevole concludere che, per opposto, i «diritti» richiedono obbligatoriamente di essere applicati ed entrano in gioco *ex sé* nell'attuazione del diritto UE, potendo costituire anche un'autonoma base per vere e proprie pretese individuali di fronte a condotte lesive degli stessi.

Al fine di rendere più chiaro il quadro applicativo di questa distinzione, le «Spiegazioni» fanno anche l'elenco dei principi⁵⁷ e in quest'ultimo non compare l'art. 49, che si deve assumere come una delle norme che, invece, attribuisce dei diritti. Considerato quanto detto sul contenuto della *lex mitior*, a nostro avviso, una tale qualificazione dovrebbe portare alla conclusione che siamo di fronte a un diritto soggettivo direttamente azionabile e immediatamente efficace, in quanto completo, preciso e incondizionato, sia pure nei limiti applicativi della Carta.

⁵⁴ Già il Preambolo alla Carta (ultimo capoverso), in verità, stabilisce l'esistenza delle categorie dei principi e dei diritti, che poi l'art. 52, 2 co., della Carta precisa meglio nella loro operatività.

⁵⁵ Cfr. *Spiegazioni*, cit., p. 35.

⁵⁶ Si veda CGUE, 15 gennaio 2014, causa 176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT e Altri*, spec., par. 36: «...occorre ricordare come risulti da una costante giurisprudenza che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione sono destinati ad essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione (v. sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, punto 19). Quindi, poiché la normativa nazionale oggetto del procedimento principale costituisce l'attuazione della direttiva 2002/14, l'articolo 27 della Carta è destinato a trovare applicazione nel procedimento principale. Risulta dunque chiaramente dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta che tale articolo, per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale».

⁵⁷ Cfr. *Spiegazioni*, cit., p. 35.

La prassi della CGUE solo recentemente ha confermato direttamente questa caratteristica in relazione alla *lex mitior*. Ciononostante, tutti i pronunciamenti precedenti che abbiamo potuto analizzare sottolineano come la regola della retroattività della sanzione penale *in mitius* sia capace di avere un ruolo primario nel bilanciamento che dovesse essere necessario tra l'applicazione di una norma dei Trattati e la regola stessa, riconoscendone una tutela alla stregua di un vero e proprio diritto soggettivo, tanto anche da autorizzare limitazioni degli effetti dei Trattati a suo favore nel pieno rispetto dell'ordinamento dell'UE⁵⁸.

8. Sull'impatto dell'art. 49 della Carta nell'ordinamento nazionale e, in particolare, nell'ordinamento italiano

Dopo aver analizzato gli elementi distintivi della *lex mitior* nell'ordinamento UE, risulta opportuno ora esaminare l'impatto che esercita sugli ordinamenti nazionali.

Come ha avuto modo di precisare la CGUE in una prassi oramai costante, l'obbligo di garantire l'efficacia delle norme dei Trattati impone ai giudici nazionali, organi in questo senso ausiliari della CGUE, il necessario rispetto dell'ordinamento dell'UE (ex art. 19 del TUE). Tale obbligo trova altresì fondamento nell'articolo 4 del TUE, il quale prescrive agli Stati membri comportamenti conformi al principio della leale cooperazione. È anche noto che nell'ottica della CGUE, i giudici nazionali dovrebbero assicurare il rispetto dei Trattati (e quindi anche della Carta) disapplicando le norme nazionali che fossero incompatibili (senza avere necessità di ricorrere alle autorità giurisdizionali superiori e/o costituzionalmente investite di questo ruolo) o, in casi di dubbio, procedendo con il ricorso in via pregiudiziale alla stessa CGUE (direttamente o attraverso le Corti Costituzionali dei singoli Paesi). Tutto ciò in forza del generale principio dell'obbligo dell'interpretazione 'conforme' che assicura ai giudici nazionali importanti poteri di censura rispetto alle istituzioni nazionali in ogni iniziativa che sia inquadrabile nell'ambito di applicazione dei Trattati. Ovviamente quest'obbligo, ai sensi dello stesso art. 4 TUE, non può fare trascendere il ruolo del giudice nazionale sino a sovvertire gli ordinamenti nazionali.

Tutti questi temi sono ampiamente trattati nella giurisprudenza della CGUE in tema⁵⁹. La questione che merita un approfondimento particolare in questa sede riguarda il rapporto con le tradizioni costituzionali che non conoscono l'istituto della *lex mitior* o che lo conoscono ma lo fanno funzionare su presupposti

⁵⁸ Sull'argomento, si veda CGUE, T.T., Baji Trans s.r.o, cit., par. 11-113. Nell'intento di argomentare la situazione in cui non vi sia la possibilità di procedere in modo conforme sulla base della legislazione nazionale, la Corte statuisce che il testo dell'art. 49, par. 1 è formulato in termini chiari, precisi e non subordinati ad alcuna condizione, tanto da avere evidentemente un effetto diretto (si veda par. 111).

⁵⁹ In tema di *lex mitior*, si veda CGUE, 17 gennaio 2019, causa 310/16, *Dzivev e Altri*, par. 33; CGUE, 21 dicembre 2021, causa 357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e Altri*, par. 204; CGUE, PPU, cit., par. 100.

e modalità differenti. Abbiamo già sottolineato che le c.d. clausole orizzontali della Carta prevedono la possibile rilevanza anche di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Tuttavia, dove la regola *de qua* non fosse presente o fosse prevista, ma con termini meno tutelanti il reo, almeno nell'ambito delle attribuzioni dell'UE, la regola della *lex mitior* dovrebbe trovare applicazione anche prevalendo su norme di rango costituzionale⁶⁰. Con la sentenza *Taricco*⁶¹, la CGUE ha chiaramente stabilito questo assunto in generale sul principio della legalità della legge penale, concludendo che, se non siano conciliabili le norme UE e quelle costituzionali, prevale sempre il diritto dell'UE.

Il caso dell'ordinamento italiano è particolarmente esemplificativo e quello dell'applicabilità della *lex mitior* potrebbe determinare un altro *casus belli* tra la nostra Corte Costituzionale e la CGUE. Salvo un diverso futuro inquadramento, la clausola dell'applicabilità della *lex mitior* è disciplinata all'art. 2 c.p., riconoscendone anche un fondamento costituzionale nell'art. 3 della Cost., ma configurandolo come un diritto soggetto a deroghe e, più in generale, assoggettabile a 'test' di bilanciamento con altri valori e principi (come quello della economicità dei processi e della certezza delle relazioni già esaurite) che nella prassi prevarrebbero sulla regola *de qua*⁶². L'ordinamento italiano, invece, rico-

⁶⁰ La prassi della CGUE sul tema è costante e parte dal notissimo precedente deciso da CGUE, 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft MBH – Einfuhr - und vortragsstelle fuer getreide und futtermittel*, par. 3.

⁶¹ Cfr. CGUE, 8 settembre 2015, causa 105/14, *Taricco e Altri*, conclusioni della sentenza, punto 1: «Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice [...] idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE.». *L'escamotage* ermeneutico di cui la Corte si avvale è quello di confermare la precedente sentenza nel contenuto, ovvero che l'art. 325 paragrafi 1 e 2 TFUE imponga comunque al giudice nazionale di disapplicare le norme interna in materia di prescrizione, aggiungendo tuttavia una condizione; ovvero «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato».

⁶² La Corte Costituzionale ha ricondotto la *lex mitior* sotto il fondamento del principio dell'uguaglianza e ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 della Costituzione. Si ritiene infatti che non sarebbe equo e ragionevole perseguire per una fattispecie di reato che non è più tale (o perché non esiste più come rilevanza penale o perché la pena è stata attenuata). La Corte non ritiene invece che tale principio si possa associare alla norma costituzionale sulla legalità del diritto penale (art. 25). Queste circostanze fanno sì che la posizione della norma sulla

nosce piena e assoluta tutela costituzionale per la irretroattività della pena *in malam partem*, all'art. 25 della Cost. Allo stesso tempo, a completare sinteticamente il quadro, in forza dell'art. 117 della Cost., che assicura il rispetto del diritto dell'UE, e quindi anche dell'art. 49 della Carta (che pone sullo stesso piano entrambe le regole riconducibili al principio di legalità del diritto penale), la *lex mitior* acquisirebbe un valore costituzionalmente autonomo e diverso dal combinato disposto dell'art. 2 c.p. e dell'art. 3 della Cost.

Se è pur vero che con la sentenza Scoppola della Corte EDU si è aperto un dibattito sul diverso rilievo che la *lex in mitius* assumerebbe in forza dell'art. 7 della CEDU, la Corte Costituzionale ci sembra ancora attribuire (sempre ai sensi dell'art. 117 della Cost.) alla norma *de qua* il mero valore di un principio interposto; cioè alla stregua di un criterio ermeneutico nell'interpretazione dell'ordinamento italiano e soggetto ai canoni dell'ordinamento nazionale⁶³. Questa soluzione contrasta con la natura attribuita dalla Carta all'art. 49, dove non è ascrivibile tra i c.d. principi, ma è qualificabile quale 'diritto' direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale.

Lo stesso avvicinamento determinatosi in occasione della c.d. saga Taricco⁶⁴ e la parziale apertura della Corte Costituzionale alla c.d. 'regola Ta-

retroattività della pena abbia una forza ed efficacia assolutamente diverse rispetto alla Carta e alla CEDU. Primo tra tutti i rilievi possibile, il fatto che la *lex mitior* nell'ordinamento italiano sarebbe derogabile dal legislatore. Se infatti la regola della irretroattività della pena *in malam partem* trova un riconoscimento costituzionale nell'art. 25 della Costituzione, se anche i due principi hanno la medesima *ratio legis*, ovvero garantire spazi di libertà ai singoli, diversa è la protezione accordata e, quindi la «resistenza» rispetto a interessi contrapposti. Il primo ha un carattere di «assolutezza» non suscettibili di bilanciamenti (a parte il diritto UE, come spiega il caso Taricco), il secondo, come dicevamo prima, è soggetto a deroghe: certezza dei rapporti già esauriti (giudicato) ed economia processuale.

⁶³ L'atteggiamento tenuto proprio sul tema oggetto del presente lavoro dalla Corte Costituzionale italiana non sembra lasciare spazio ad equivoci. Già quando ancora la Carta non aveva assunto il rango di norma dei Trattati e prima anche della pronuncia del caso Scoppola, chiamata a definire la legittimità dell'art. 10, 3 co., della l. n. 251/2005 (in tema di termini di prescrizione abbreviati), essa affermava l'applicabilità della *lex mitior* solo per i procedimenti anteriori all'apertura del dibattimento; estendendola poi qualche anno dopo sino ai procedimenti in Appello, ma escludendo che si potesse intaccare il 'giudicato' (Cfr. Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 393/2006, in Gazz. Uff. 29 dicembre 2006, n. 47, spec. par. 7; Corte Cost., 28 marzo 2008, n. 78/2008, in Gazz. Uff. 02 aprile 2008, n. 15. Per una più ampia ricostruzione si veda Scaccianocce 2013, 3-12; 29-37). Ancora in seguito ai mutamenti accorsi con la sentenza Scoppola e l'inquadramento della Carta tra le fonti primarie dei Trattati, la Corte non ha mutato orientamento: pur riconoscendo, ai sensi dell'art. 117 della Cost., l'emergere di un neo principio di legalità di ordine internazionale, la Corte ha continuato a sostenere la sua assoggettabilità a un bilanciamento con altri principi contrapposti nell'ordinamento nazionale e a una qualificazione che rispetti i canoni e caratteri dell'ordinamento nazionale (Cfr. Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 236/2011, in Gazz. Uff. 27 luglio 2011, n. 32; Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113/2011, in Gazz. Uff. 13 aprile 2011, n. 16; Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193/2016, in Gazz. Uff. 27 luglio 2016, n. 30; Corte Cost., 7 novembre 2024, 176/2024, in Gazz. Uff. 13 novembre 2024).

⁶⁴ Cfr. CGUE, 5 dicembre 2017, causa 42/17, *M.A.S e M.B.* La CGUE, sia pure nel contesto analogo al precedente del caso Taricco e a seguito della richiesta pregiudiziale della Corte

ricco⁶⁵, non colma la distanza tra le parti. La Corte Costituzionale, infatti, conclude, sottolineando:

L'inapplicabilità della «regola Taricco», secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A.S., ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione, sicché [...] la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della «regola Taricco» nel nostro ordinamento⁶⁶.

È l'ordine logico che conduce alla composizione della vicenda che non rassicura su una possibile conciliazione delle due visioni. La CGUE, seguendo una prassi che abbiamo visto in precedenza in merito alla *lex mitior*, autorizza anche a seguire *standard* nazionali purché assicurino livelli minimi e non mettano in dubbio il primato dei Trattati, incluso il ruolo della CGUE. La Corte Costituzionale non ammette questo ragionamento e insiste sulla rilevanza primaria della Carta Costituzionale, ponendola in ogni caso (almeno) sullo stesso piano di quello della Carta e comunque continuando a sostenere necessaria un'armonia che parta dall'affermazione delle gerarchie costituzionali previste nell'ordinamento italiano.

Il divario concettuale esistente, quindi, potrebbe riproporre il conflitto nel caso della *lex mitior*. Il problema non ci sembra tanto riguardare il contenuto e la portata della norma *de qua*; e neppure esso sembra generarsi dalla sua natura 'derogabile' (per altro comune tra ordinamento UE e italiano). È la diversa prospettiva di partenza in relazione alla gestione di possibili conflitti della regola della pena *in mitius* con altri interessi in gioco che potrebbe ancora alimentare il contrasto tra le due Corti.

Un primo fronte di scontro potrebbe riguardare il limite del «giudicato». Se già la Corte EDU aveva rilevato la criticità di mantenere il limite quando si scontrasse con la retroattività della pena più lieve⁶⁷, nel contesto della CGUE il limite del giudicato non sarebbe opponibile se non in coerenza con il primato del diritto dell'UE. La CGUE ha avuto modo recentemente di valutare l'impatto

Costituzionale italiana (ordinanza n. 24/2017), ripropone l'orientamento del bilanciamento dell'applicabilità dei Trattati (art. 325 TFUE) con la regola della irretroattività *in malam partem* del diritto penale. La Corte ha anzitutto ribadito che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare le disposizioni interne che siano contrarie all'applicazione di sanzioni che tutelino il bilancio dell'UE. La Corte ha però precisato che siffatta disapplicazione deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, del principio di legalità. Di conseguenza, qualora per effetto dell'applicazione dell'art. 325 TFUE si arrivasse a determinare una situazione di incertezza sulla determinazione del regime di prescrizione applicabile, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare la disciplina del codice penale. Tale valutazione, spetta al giudice nazionale.

⁶⁵ Cfr. Corte Cost., 31 maggio 2018, n. 115/2018, in Gazz. Uff. 06 giugno 2018, n. 23.

⁶⁶ Cfr. Corte Cost., n. 115/2018, cit., par. 14. Sull'argomento in esame, si vedano le ampie considerazioni di Mastroianni 2018, 165 ss.

⁶⁷ Cfr. Corte EDU, 12 gennaio 2016, n. 33427/10, *Gouarré Patte c. Andorra*, par. 28 ss. spec. parr. 34-35.

della *lex mitior* con il «giudicato» e, interrogata in via pregiudiziale sugli effetti dell'applicazione della norma *de qua*, ha affermato la piena legittimità dei giudizi nazionali nel fare rispettare l'effetto *in mitius* anche quando questo si fosse scontrato con un giudicato⁶⁸. E se, pure in questo caso, la CGUE ammette la necessità di un bilanciamento con i valori e i principi dell'ordinamento dell'UE (solamente), arrivando alla conclusione che non si potrebbero coprire i giudizi intervenuti in un dato momento anteriore, non fa venire meno la sostanza del rilievo sull'intangibilità del giudicato che perde inevitabilmente il carattere di assolutezza proprio dell'ordinamento costituzionale italiano.

Un secondo possibile scontro potrebbe determinarsi con riguardo all'ambito di applicazione della regola sulla retroattività *in mitius* della pena. La CGUE prescrive una lettura 'sostanziale' dei termini di applicabilità della disciplina in oggetto, seguendo criteri propri dell'ordinamento UE. Lo schema logico prevede il riconoscimento della successione nel tempo di un atto formale (non necessariamente una legge ordinaria) che vada a modificare (anche in modo indiretto) un quadro normativo preesistente (preso nel suo complesso), in cui siano riconoscibili un 'precetto' e una 'sanzione' (sostanzialmente) penale, perché orientata alla tutela di interessi pubblici, alla riparazione del danno del bene tutelato e alla deterrenza verso la reiterazione. In questa prospettiva, come abbiamo sottolineato in precedenza, aree che potrebbero introdurre ampi spazi applicativi in base all'orientamento della CGUE sono quelle delle sanzioni amministrative e tributarie. Anche rispetto a queste ipotesi, a nostro avviso, sia la naturale tendenza dei tribunali a procedere per qualificazioni *lege fori* (che potrebbero porre problemi di 'classificazione' dentro l'art. 2 c.p.)⁶⁹, sia valutazioni diverse sul peso specifico degli interessi da bilanciare per eventuali logiche applicative derogatorie, potrebbero generare un contrasto tra le due Corti⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. CGUE, PPU, cit., par. 110.

⁶⁹ Solo a fini esemplificativi, limitatamente ai più recenti, si veda in particolare Cass. Civ. Sez. Unite, n. 28316/2024, che deve decidere dell'applicabilità *in mitius* rispetto a sanzioni disciplinari di carattere deontologico. Si veda inoltre anche Corte Costituzionale, sentenza 20 luglio 2016, n. 193, dove la Corte, rifacendosi anche all'art. 7 della CEDU, in combinato con l'art. 117 della Costituzione, dichiara la non fondatezza della richiesta di incostituzionalità dell'art. 1 della l. n. 689/1981 per violazione della *lex mitior* in quanto non sarebbe assimilabile a una sanzione penale e quindi inquadrabile nel regime della legalità del diritto penale. E ciò anche se, tuttavia, la Corte poi precisi che non si potrebbe comunque escludere questa natura *a priori* se la sanzione amministrativa avesse altre caratteristiche (richiamando il precedente Corte EDU, *Engel*, sentenza 8 giugno 1976, n. 5354/72, par. 80-85).

⁷⁰ Su questa premessa, ad esempio, sarà molto interessante l'esito del procedimento pregiudiziale alla CGUE è stata chiamata a rispondere (tra altri) al quesito se «se l'articolo 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio della *lex posterior mitius* ivi contenuto debbano essere interpretati nel senso che essi si applicano anche all'irrogazione di sanzioni per illeciti amministrativi qualora, in un primo tempo, la colpevolezza e la pena siano decise non da un'autorità giudiziaria, bensì da un'autorità amministrativa, e tale principio si applichi successivamente anche al sindacato della decisione di tale autorità amministrativa da parte di un giudice amministrativo» (Cfr. CGUE, causa 544/23, domanda del 28 agosto 2023, su cui si veda *supra* nota 33).

Ipotizzare un'ulteriore evoluzione interpretativa della giurisprudenza italiana sulla natura 'sostanziale' del paradigma della pena *in mitius* è probabilmente la conclusione più facile da pronosticare. Non vediamo invece fine al travaglio del primato dell'ordinamento dell'UE e degli effetti su quello italiano. Il problema resta saldamente ancorato ad un equivoco di fondo, quello del 'primato', che, come noto, si è generato attraverso una creazione giurisprudenziale della CGUE e che i membri dell'UE non hanno saputo o voluto gestire espressamente nelle riforme dei Trattati e/o dei propri ordinamenti nazionali.

Riferimenti bibliografici

- Bernardi, Andrea. 2001. "Art. 7." In *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Sergio Bartole, Benedetto Conforti, Guido Raimondi, 296 ss. Padova: Cedam.
- Cappuccio, Laura. 2018, "L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger." *Quaderni costituzionali*: 708-10.
- Lazzerini, Nicole. 2018. *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*. Milano: FrancoAngeli.
- Manes, Vittorio. 2011. "La lunga marcia della convenzione europea ed i nuovi vincoli per l'ordinamento e per il giudice penale interno." In *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Vittorio Manes e Valerio Zagrebelsky, 29 ss. Milano: Giuffré.
- Mastroianni, Roberto. 2018. "Da Taricco a Bolognesi, passando per le Ceramiche sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti." In *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di Valeria Piccone e Oreste Pollicino, 165 ss. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Pollicino, Oreste. 2018. "L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato." In *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di Valeria Piccone e Oreste Pollicino, 165 ss. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Scaccianoce, Caterina. 2013. "La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?" *Archivio Penale*: 2 ss.

Il principio di retroattività della *lex mitior*. Evoluzione e prospettive

Roberto Bartoli

1. Lo scenario di fondo: la trasformazione quantitativa e qualitativa dei principi

Da sempre il diritto penale, meglio, il diritto punitivo è accompagnato dall'idea di limite, dall'idea di tutela e garanzia del suo destinatario. Quale che sia il detentore (pubblico o privato) del potere punitivo (che altro non è che potere di esercizio di violenza), si avverte l'esigenza di porre argini al suo impiego e alla sua pratica: non solo per contenere un rischio di abuso insito in ogni esercizio di potere (a maggior ragione, poi, se si tratta di potere di violenza); ma anche perché con l'abuso si viene a negare quella stessa idea di giustizia e di tutela degli interessi dei consociati che sta alla base del conferimento del potere. Insomma, non si può fare giustizia senza misura e proporzione ed eccedere nel fare giustizia è fare ingiustizia, con la conseguenza che l'idea di giustizia non può essere scissa da un'idea di misura/proporzione.

Modernamente il potere punitivo è nelle mani dello Stato e questi limiti hanno conosciuto una notevole elaborazione concettuale, finendo per stagliarsi come una sorta di barriera monolitica che si contrappone a tale potere. D'altra parte, a ben vedere, nel tempo questi principi si sono trasformati e, a mio avviso, il modo migliore per comprenderli è proprio quello di vederli non da una prospettiva statica, nella loro fissità per certi aspetti storica, ma piuttosto da un punto di vista dinamico, inseriti in un contesto in continua evoluzione: prospettiva che consente di comprendere meglio cosa sta accadendo e forse anche di intravedere cosa accadrà.

Roberto Bartoli, University of Firenze, Italy, roberto.bartoli@unifi.it, 0000-0002-1569-9729

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Roberto Bartoli, *Il principio di retroattività della lex mitior. Evoluzione e prospettive*, © Author(s), CC BY-SA 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0.07, in Laura Castaldi, Francesco Zini (edited by), *Il principio di retroattività della lex mitior*, pp. 89-115, 2026, published by Firenze University Press and USiena PRESS, ISBN 979-12-215-1043-0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0

In estrema sintesi, mi pare si possa parlare di una duplice trasformazione dei principi di garanzia: quantitativa e qualitativa.

Sul piano quantitativo, progressivamente si è consolidata una razionalizzazione che distingue ambiti e prospettive diversificate. Secondo l'elaborazione più aggiornata si possono distinguere addirittura tre grandi tipologie di principi: quelli sostanziali, che riguardano il contenuto del reato e della pena e più in generale il contenuto della disciplina; quelli formali, che invece attengono alle fonti ovvero ai poteri di produzione/gestione del diritto punitivo e quindi ai rapporti tra di essi; e, infine, quelli – per così dire – esistenziali, che riguardano l'ambito applicativo dal punto di vista temporale e spaziale.

Sul piano qualitativo, da principi concepiti in una prospettiva che riguarda rigorosamente i rapporti tra i poteri dello Stato (legislativo, esecutivo, giudiziario), si è passati sempre di più a una prospettiva che invece pone al centro la persona, venendosi così a modificare la stessa *ratio* dei principi. Si tratta a mio avviso della trasformazione più significativa, dovuta al concorso di due fattori che hanno operato sinergicamente attraverso il moderno costituzionalismo. Da un lato, il nuovo assetto dei poteri *post* 1948 ha attribuito una valenza di garanzia fondamentale proprio alla giurisdizione, vale a dire al potere che applica il diritto e che quindi è vicino al suo destinatario: si pensi al ruolo della giurisdizione costituzionale, composta non solo dalla Corte Costituzionale, ma anche dagli stessi giudici ordinari che possono sollevare questione di legittimità costituzionale. Ma si pensi anche alla formazione di giurisdizioni sovranazionali come la Corte EDU, la Corte di Giustizia e, volendo, la stessa Corte penale internazionale. Dall'altro lato, il nostro costituzionalismo ha fatto una scelta nel senso del personalismo, per cui la persona è divenuta non solo il perno del nostro ordinamento, ma anche la «realtà» preminente rispetto alle ragioni dell'esercizio dei poteri da parte dello Stato, per cui là dove si vengono a violare diritti fondamentali e a strumentalizzare la persona per le finalità che lo Stato persegue, il potere dello Stato non può che conoscere limiti, arresti o arretramenti.

Ebbene, queste trasformazioni riguardano tutti i principi, anche quello di retroattività della legge penale favorevole sul quale concentreremo la nostra attenzione.

2. I principi di irretroattività sfavorevole e di retroattività favorevole: senz'altro distinti, ma così differenti?

Per quanto riguarda l'evoluzione sul piano quantitativo, vorrei sviluppare due riflessioni.

Anzitutto, risulta di particolare interesse proprio la categoria dei principi c.d. esistenziali, che nella sostanza raccoglie i principi che riguardano l'efficacia/validità della legge penale nel tempo e nello spazio. Se in origine tali principi erano inseriti all'interno della legalità, oggi si tende ad autonomizzarli rispetto al tema delle fonti e ciò per due ragioni.

Da un lato, perché rispondono ad esigenze diverse, in quanto, mentre il principio di legalità attiene alla selezione e ai rapporti tra le fonti legittimate a produrre

diritto punitivo, i principi esistenziali, indicando l'ambito di esistenza/vigenza/applicazione della fonte, riguardano nella sostanza qualsiasi fonte sia stata scelta da un ordinamento per produrre diritto penale. Quindi, se si è scelta come fonte la legge, i principi esistenziali riguarderanno la legge, mentre se si è scelta la giurisprudenza, tali principi riguarderanno anche quest'ultima. Là dove poi – sia detto soltanto per inciso – le fonti tendono a «ibridarsi», perché per es. si riconoscono margini di manovra significativi alle dinamiche interpretative che si agitano all'interno della legge, sarà difficile ritenere che i principi di garanzia non si estendano oltre che alla legge anche alla giurisprudenza, tema oggi molto dibattuto con riferimento ai c.d. mutamenti giurisprudenziali (cfr. Bianchi 2018; Cadoppi 2012; Maiello 2025; Palazzo e Bartoli 2024; Valentini 2012).

Ecco che i principi attinenti alle fonti e quelli relativi al tempo e allo spazio risultano – per così dire – indipendenti e quindi indifferenti al tipo di fonte, operando quale che sia la tipologia di fonte scelta come legittimata a produrre il diritto penale.

Dall'altro lato, e conseguentemente, mentre la legalità risente di forti condizionamenti politico-istituzionali e quindi degli assetti di potere interni a un determinato ordinamento, i principi esistenziali si collocano invece in una prospettiva di garanzia che presenta caratteri di tendenziale impermeabilità alle modifiche degli assetti del potere, per cui, riguardo per es. al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, ciò che si richiede, alla fin fine, è che la fonte che punisce il fatto preesista al comportamento che lo realizza, così come, riguardo per es. al principio di retroattività della legge penale favorevole, risulta altamente irragionevole continuare a punire una persona per lo stesso fatto per il quale un'altra non è più punita o comunque per un fatto che lo stesso Stato ha qualificato come lecito perché ritenuto ormai privo di disvalore.

In secondo luogo, si deve osservare come si distinguano con nettezza i due principi di irretroattività della legge penale sfavorevole e di retroattività di quella favorevole. Ebbene, se è del tutto ragionevole, per non dire ovvio e naturale, distinguere l'elaborazione dei principi a seconda della diversa tipologia di norma, vale a dire a seconda che la norma abbia effetti sfavorevoli oppure favorevoli, più complesso il discorso invece sulla marcata scissione tra questi due principi.

In particolare, sotto il primo profilo della «inevitabile» distinzione basata sull'oggetto, va da sé che norme di sfavore e norme di favore siano due realtà diverse in virtù degli effetti che producono: le prime, comportano conseguenze negative destinate a incidere sulla libertà o sui diritti del destinatario, e quindi restringono e limitano sfere giuridiche personali; le seconde, invece, riespannando tali sfere, comportano effetti positivi. Con la conseguenza che, rispetto a norme così diverse, risulta del tutto «naturale» elaborare principi diversi.

D'altra parte, sotto il secondo profilo della marcata scissione, ci dobbiamo chiedere se e quanto i due principi di irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole siano da differenziare in modo così netto.

In particolare, senz'altro il nostro costituzionalismo domestico li scinde con nettezza. Muovendo dalla circostanza che il principio di irretroattività è espressamente sancito dall'art. 25.2 Cost., mentre quello di retroattività non è esplici-

tamente menzionato, anche di recente, la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che la costante giurisprudenza di questa Corte ritiene che

il principio in parola [di retroattività della legge penale favorevole] resta estraneo alla sfera di tutela dell'art. 25, secondo comma Cost., il quale si limita a sancire il distinto principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli, finalizzato primariamente a tutelare la libertà di autodeterminazione individuale, garantendo al singolo di non essere sorpreso dall'inflizione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto. Garanzia che non è posta in discussione dall'applicazione di una norma penale, pur più gravosa di quelle entrate in vigore successivamente, ma comunque vigente quando il fatto fu realizzato (sentenza n. 176/2024)¹.

In sostanza, mentre la retroattività sfavorevole mina l'autentica libertà di autodeterminazione della persona, che si vede piombare addosso una pena per un fatto che al momento della sua realizzazione non costituiva reato, con la conseguente necessità di prevedere come garanzia la irretroattività sfavorevole, la irretroattività favorevole non mina l'autodeterminazione, proprio perché al momento della realizzazione del fatto vigeva la norma sfavorevole che successivamente è stata sostituita con una più favorevole, con la conseguenza che il principio di retroattività favorevole non ha la stessa *ratio* della irretroattività sfavorevole, dovendo quindi essere distinto.

Non solo, ma come vedremo meglio nel dettaglio a breve, tale differenziazione finisce per farsi decisamente netta, perché, da un lato, il principio di retroattività favorevole viene ricondotto al principio di eguaglianza basato sul parametro del disvalore oggettivo e, dall'altro lato, proprio in virtù di questa *ratio* fondata sull'eguaglianza, si ritiene che il principio di retroattività non sia assoluto, ma derogabile.

Ecco che, stando al nostro costituzionalismo, i principi di irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole sono diversi non solo perché rispondono a due *rationes* diverse (di piena garanzia l'irretroattività e di eguaglianza la retroattività), ma anche perché le due diverse *rationes* determinano una diversa portata, per cui il principio di irretroattività ha una portata assoluta, risultando quindi insuscettibile di deroghe, mentre quello di retroattività ha una portata relativa, risultando quindi derogabile.

Tuttavia, a livello europeo le cose sembrano stare in termini diversi. Nel 2009 è intervenuta un'importante sentenza della Corte EDU, nella quale, modificando il proprio orientamento, si è affermato che il principio di retroattività favorevole, benché non espressamente sancito dall'art. 7 CEDU, deve tuttavia ritenersi come un contenuto implicito a seguito dell'evoluzione in questo sen-

¹ Corte cost., sent. n. 123/2025. Nello stesso senso, oltre alla citata sent. n. 176/2024, v. anche sentenze n. 230/2020, n. 63/2019 e n. 394/2006. In argomento, Bianchi (2018), Maiello (2008), Manes (2019), Marinucci (2006), Micheletti (2022), Palazzo (2012), Perrone (2019), Pulitanò (2008), Viganò (2011).

so del diritto internazionale e del diritto costituzionale degli Stati parte². Con la conseguenza che il principio di retroattività costituisce una sorta di diritto che assume connotati di assolutezza nella sostanza simili a quelli della irretroattività sfavorevole.

Ebbene, davanti a un quadro così articolato, se non addirittura per certi aspetti contraddittorio, si avverte l'esigenza di comprendere se effettivamente i due principi di irretroattività sfavorevole e di retroattività favorevole siano così differenziati, indagine che impone di approfondire il tema della loro *ratio*.

3. La *ratio* del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole

Eccoci quindi alla evoluzione sul piano qualitativo. Senz'altro, come accennato, il principio di irretroattività sfavorevole ha una *ratio* di robustissima e imprescindibile garanzia. Potremmo collocare la irretroattività sfavorevole all'inizio di ogni trattazione dei principi, addirittura prima non solo dei principi formali, ma anche di quelli sostanziali, e ciò perché senza l'irretroattività della legge penale sfavorevole un ordinamento opererebbe con una modalità che non esitiamo a definire autoritaria, se non addirittura terroristica.

A venire in gioco è non soltanto la libertà di autodeterminazione dei consociati, ma, in termini più ampi e radicali, il rapporto – per così dire – strutturale tra la libertà di autodeterminazione di tutti i consociati e lo Stato, vale a dire il patto costituente che determina la cessione di libertà da parte dei consociati allo Stato in cambio di sicurezza assicurata da quest'ultimo. Ed infatti, lo Stato che punisse in forma retroattiva impiegherebbe il diritto penale non solo impedendo ai consociati di autodeterminarsi in forma autenticamente libera, visto che non permetterebbe loro di prevedere e calcolare le conseguenze del proprio agire, ma, prima ancora, in termini brutalmente persecutori, perché nella sostanza si andrebbe a punire una persona per un fatto che nel momento in cui ha agito era lecito. Ecco che lo Stato che dovrebbe garantire la libertà dei consociati da aggressioni ingiustificate, finirebbe per compiere un'aggressione ingiustificata, andando a colpire una persona che per l'appunto al momento della realizzazione del fatto non ha compiuto alcun reato. Di più: mediante la retroattività sfavorevole lo Stato colpisce una persona che ha commesso un fatto lecito, con la conseguenza che si finisce per incriminare/punire l'esercizio di libertà. Insomma, il diritto penale non solo eccede, ma si sovverte, divenendo uno strumento per perseguire determinate persone, per colpirle e annientarle attraverso l'esercizio di una violenza che nella sostanza coincide con un'aggressione ingiustificata. Riemergendo così quella che potremmo dire la «vecchia» e originaria *ratio* politica della irretroattività, diretta ad evitare che attraverso l'esercizio del potere punitivo si annientino persone che,

² Corte EDU, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*. Lo stesso principio è stato ribadito anche in Corte EDU, sent. 27 aprile 2010, *Morabito contro Italia*; Corte EDU, sent. 24 gennaio 2012, *Mihai Toma contro Romania*; Corte EDU, sent. 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte contro Andorra*; Corte EDU, sent. 12 luglio 2016, *Ruban contro Ucraina*.

per le più svariate ragioni, di volta in volta mutevoli a seconda del detentore del potere di turno, si considerano «non gradite» (Siniscalco 1969).

Andando ancora più a fondo, ogni volta che entra in vigore una legge penale sfavorevole senza effetto retroattivo si rinnova e si riattualizza il patto fondativo del rapporto tra consociati e Stato, perché irretroattività sfavorevole significa nella sostanza affermazione della necessità di un passaggio formale nell'esercizio del potere punitivo, costituito dall'entrata in vigore della legge penale, destinata a produrre effetti soltanto per il futuro.

Dopo di che le questioni «individuali» di rapporto del singolo consociato con la legge attengono soprattutto al piano della personalità della responsabilità penale e si risolvono tramite l'art. 27.1 Cost., mentre quelle strutturali chiamano in gioco il principio di irretroattività: con la conseguenza che il principio di personalità della responsabilità penale opera sul presupposto della operatività del principio di irretroattività. Insomma, la irretroattività è addirittura alla base della colpevolezza ed ha una portata più ampia.

Apprendosi così il tema della irretroattività dei mutamenti giurisprudenziali che qui non affrontiamo perché ci porterebbe troppo lontano, limitandoci ad osservare come il principio che opera senz'altro nei confronti del legislatore, non può non operare anche nei confronti del giudice che assieme al legislatore costituisce parte integrante del meccanismo del potere punitivo: e ciò non solo quando deve applicare una nuova legge, ma anche quando interpreta una «vecchia» legge in termini estensivi rispetto al precedente orientamento consolidato (Maiello 2025; Palazzo e Bartoli 2024).

Ecco che il principio di irretroattività è un principio immutabile, assoluto, inderogabile, connesso alla preesistenza ordinamentale della norma incriminatrice rispetto al momento della commissione del fatto, destinato ad operare sempre, in ogni contesto, anche nei contesti di emergenza, come si ricava dall'art. 15 della Convenzione EDU.

Non solo, ma proprio andando in questa direzione maggiormente «radicale», di recente la *ratio* della irretroattività è stata ulteriormente rafforzata, perché è stata estesa alle norme che riguardano l'esecuzione della pena, rispetto alle quali, a ben vedere, non si potrebbe parlare di vero e proprio calcolo preventivo delle conseguenze derivanti dal proprio agire: la persona ha già agito, è andata contro l'ordinamento consapevole delle conseguenze alle quali sarebbe andata incontro, è stata punita e sottoposta a pena, dopo di che l'ordinamento modifica il trattamento sanzionatorio, non tanto in ordine al *quantum* della pena previsto in comminatoria (aspetto che rientrerebbe sempre nel calcolo anticipato delle conseguenze), ma sul fronte della disciplina degli istituti che trovano applicazione nella fase di esecuzione della pena, quando, si potrebbe dire, il destinatario, quanto meno in apparenza, non ha nulla da calcolare.

In questa prospettiva di rafforzamento della irretroattività, la Corte Costituzionale ha messo in evidenza come le leggi esecutive sfavorevoli che operano retroattivamente divengano delle sorte di «sentenze», destinate cioè a colpire persone che uno Stato ha già previamente individuato, proprio in virtù della precedente commissione del fatto, a maggior ragione poi se il destinatario è già nelle mani dell'ordinamento perché nei suoi confronti si sta eseguendo una

sentenza³: la persona non solo è già stata individuata, ma addirittura si trova già nelle mani dello Stato. Ecco che la legge perde della sua generalità ed astrattezza per riferirsi a persone predeterminate, con la conseguenza che il diritto penale finisce per essere impiegato al fine di neutralizzare determinati soggetti, convertendosi così il diritto penale in uno strumento di prevaricazione e persecuzione.

Insomma, si potrebbe arrivare ad affermare che la *ratio* della irretroattività della legge penale sfavorevole è addirittura duplice. Da un lato, soprattutto con riferimento alle ipotesi in cui si introduca una nuova fattispecie incriminatrice o un innalzamento di pena, l'irretroattività svolge una funzione di garanzia dell'autodeterminazione dei consociati. Dall'altro lato, con riferimento a tutte le ipotesi di modifica di disciplina sfavorevole, comprese quelle *in malam partem* in fase esecutiva, l'irretroattività svolge una funzione di tutela contro gli abusi prevaricatori e autoritari dello Stato, perché, se il soggetto non è stato ancora punito, si finisce per punire una persona per un fatto che al momento in cui ha agito era addirittura lecito per l'intero ordinamento, mentre se il soggetto è già stato punito, la modifica può essere ritagliata addirittura *ad hoc*, con l'unico obiettivo di scaricare il potere punitivo su una predeterminata persona, prevaricandola e annientandola.

4. La *ratio* del principio di retroattività della legge penale favorevole. La *ratio* basata sul *favor libertatis*

Assai più complessa l'individuazione della *ratio* della retroattività della legge penale favorevole. Anzitutto, si potrebbe ragionare in termini di *favor libertatis*, per cui, là dove la norma è di favore, essa, proprio in quanto avente effetti di favore, non può che operare in termini favorevoli e quindi retroattivi.

Si tratta di una soluzione che avrebbe conseguenze molto significative. Da un lato, infatti, condurrebbe ad attribuire rilevanza assoluta alla retroattività favo-

³ Corte cost., sent. n. 32/2020: «una seconda *ratio*, altrettanto cruciale, non può essere trascurata. Come già acutamente colse una celebre decisione della Corte Suprema statunitense a qualche anno appena di distanza dalla proclamazione del divieto di “*ex post facto laws*” nella Costituzione federale, il divieto in parola erige un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti. Quel divieto – scriveva nel 1798 la Corte Suprema – deriva con ogni probabilità dalla consapevolezza dei padri costituenti che il Parlamento della Gran Bretagna aveva spesso rivendicato, e in concreto utilizzato, il potere di stabilire, a carico di chi avesse già compiuto determinate condotte ritenute di particolare gravità per la *salus rei publicae*, pene che non erano previste al momento del fatto, o che erano più gravi di quelle sino ad allora stabilite. Ma quelle leggi, osservava la Corte, in realtà “erano sentenze in forma di legge”: null'altro, cioè, che “l'esercizio di potere giudiziario” da parte di un Parlamento animato, in realtà, da intenti vendicativi contro i propri avversari (Corte Suprema degli Stati Uniti, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386, 389 (1798)). Il divieto di applicazione retroattiva di pene non previste al momento del fatto, o anche solo più gravi di quelle allora previste, opera in definitiva come uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico che stanno al cuore stesso del concetto di “stato di diritto”. Un concetto, quest'ultimo, che evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una “legge” pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare».

revoles, senza possibilità di deroghe. Dall'altro lato, seguendo con rigore questa impostazione, la retroattività favorevole dovrebbe operare soltanto per il diritto penale che incide sulla libertà e non anche per quegli illeciti punitivi che invece non incidono sulla libertà, come per es. l'illecito punitivo amministrativo.

A me pare che ragionare in termini di *favor libertatis* risulti problematico, se non addirittura fuorviante.

Anzitutto, si deve osservare come l'opzione di favore per la libertà non si possa considerare un vero e proprio fondamento, suonando piuttosto come una petizione di principio meramente formale, mancando l'individuazione della ragione sostanziale che porta a ritenere che le norme di favore debbono retroagire proprio in quanto di favore. Insomma, resta elusa la domanda del perché le norme di favore dovrebbero retroagire.

In secondo luogo, si deve evidenziare come questo modo di concepire la retroattività si inserisca all'interno di quel filone di pensiero molto più vasto che per l'appunto accorda alle norme di favore in quanto di favore uno statuto costituzionale del tutto speciale. Si pensi all'opinione di chi ritiene che davanti a due interpretazioni confliggenti, e quindi davanti a un dubbio interpretativo tra una con effetti favorevoli, perché restringe la portata applicativa della fattispecie, e l'altra con effetti sfavorevoli, perché la estende, si debba necessariamente optare per l'interpretazione che nel restringere l'ambito applicativo della fattispecie comporta effetti di favore (cfr., per tutti, Santangelo 2022). Ed ancora, si pensi all'opinione di chi sottrae le cause di giustificazione dall'ambito applicativo dei principi formali (*in primis* legalità e tassatività), proprio perché norme di favore, quando invece anche le norme di favore possono comportare abusi.

Infine, si pensi all'opinione di chi ritiene che le leggi penali di favore non debbano mai essere sottoposte a un giudizio di legittimità costituzionale, perché l'eventuale accoglimento della questione avrebbe per l'appunto effetti sfavorevoli, suonando quindi come la riaffermazione di istanze punitive da parte della Corte Costituzionale, nonostante la discrezionalità esercitata dal legislatore nel senso del *favor* (Zilletti e Oliva 2007).

Tuttavia, costruire uno statuto costituzionale speciale per le norme di favore in quanto di favore e quindi riconoscere una valenza necessariamente e automaticamente retroattiva delle norme di favore in quanto di favore, mi pare fuorviante: tale modo di ragionare porta infatti a identificare le istanze di garanzia con l'esito restrittivo derivante dall'applicazione di una determinata norma, per cui l'effetto favorevole di una norma costituisce di per sé garanzia, quando invece effetti favorevoli e garanzie costituiscono piani del tutto differenti, producendosi gli effetti nell'ambito delle garanzie, tant'è vero che, là dove ci si avvalga dell'idea del *favor libertatis*, a rigore si dovrebbe giungere addirittura a negare la valenza della stessa incriminazione, proprio perché contraria al *favor libertatis*.

Ecco che l'idea del *favor libertatis* non è connessa tanto alla dimensione normativa, ma a quella fattuale, e quindi non tanto al diritto penale sostanziale, ma a quello processuale sul fronte probatorio, venendo in gioco il principio dell'*in dubio pro reo*, ragion per cui, se riguardo alla prova di un determinato fatto esiste un dubbio, è senz'altro garanzia dare prevalenza alla libertà, piuttosto che

alla punizione: ma anche in questo caso la valenza favorevole non si radica sugli effetti favorevoli ma sul dubbio probatorio relativo a un fatto, mentre riguardo alla dimensione giuridica ogni dubbio interpretativo non può che essere risolto mediante l'interpretazione a prescindere dall'effetto che scaturisce.

4.1. La *ratio* «domestica» basata sull'eguaglianza

Anche riguardo alle norme di favore la garanzia nel moderno costituzionalismo non passa tanto dalla produzione di effetti di favore da parte della norma, quanto piuttosto da ragioni connesse al rapporto tra i consociati e il potere punitivo dello Stato e quindi dalla circostanza che lo Stato non può abusare del proprio potere non potendo trovare che limiti.

In questa prospettiva, il fondamento del principio di retroattività della legge penale favorevole è stato individuato nell'eguaglianza. Sul punto fondamentale la sentenza della Corte Costituzionale n. 394/2006, dove si afferma che

la Corte ha costantemente escluso che il principio di retroattività in *mitius* trovi copertura nell'art. 25, secondo comma, Cost. Ciò non significa, tuttavia, che esso sia privo di un fondamento costituzionale: tale fondamento va individuato, invece, nel principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice⁴.

Con una precisazione fondamentale:

i fatti commessi prima e dopo l'entrata in vigore della norma penale favorevole sono identici nella loro materialità, ma non sul piano della «rimproverabilità». Altro, infatti, è il porre in essere una condotta che in quel momento è penalmente lecita o punita in modo mite; altro è porre in essere la stessa condotta in contrasto con la norma che in quel momento la vieta o la punisce in modo più severo. Il principio della retroattività in *mitius* è legato, dunque, ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena. Se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta – nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico – tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore⁵.

⁴ Corte cost., sent. n. 364/2006.

⁵ Corte cost., sent. n. 364/2006.

Insomma, soltanto se si muove dal disvalore del fatto nella sua oggettività si può affermare che il fatto commesso durante la legge previgente sfavorevole e quello commesso durante la legge vigente favorevole sono eguali, comportando che la legge favorevole entrata in vigore successivamente possa disciplinare anche il fatto commesso in precedenza e quindi retroagire.

Con una conseguenza di enorme significato: in questa prospettiva, la retroattività diviene un principio «relativo», flessibile, derogabile. Ancora una volta è la Corte Costituzionale a precisare questo aspetto:

il collegamento del principio della retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che a differenza del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli⁶.

Approfondendo poi la questione della legittimità delle deroghe, nella sentenza n. 393/2006, praticamente «gemella» rispetto a quella precedente, si è affermato che

il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* [...] impone di ritenere che il valore da esso tutelato può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo (quali – a titolo esemplificativo – quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori di primario rilievo). Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.*, sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza⁷.

4.2 La *ratio* europea fondata sul riconoscimento di un diritto ad essere giudicati dalla legge vigente al momento della sua applicazione

Come accennato, la prospettiva europea risulta essere in parte diversa, concependo la retroattività come una sorta di diritto della persona (Manes 2012; 2019; Mazzacuva 2022). Ed infatti, per un lungo periodo la Corte di Strasburgo ha costantemente escluso che l'art. 7 CEDU sancisse anche «il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista dalla legge posteriore al reato»⁸. Successivamente, però, con la sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, la Grande camera, mutando il proprio orientamento, ha ammesso che

⁶ Corte cost., sent. n. 364/2006.

⁷ Corte cost., sent. n. 393/2006. Nello stesso senso, più di recente Corte cost., sent. n. 123/2025.

⁸ Corte EDU, sent. 6 marzo 1978, *X contro Germania*; Corte EDU, sent. 5 dicembre 2000, *Le Petit contro Regno Unito*; Corte EDU, sent. 6 marzo 2003, *Zaprianov contro Bulgaria*.

l'art. 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa, traducendosi nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli⁹.

A questa conclusione la Corte europea è pervenuta tenendo conto dell'evoluzione dei principi negli Stati, dando atto della necessità di adottare un approccio dinamico ed evolutivo, ma soprattutto, al fine di rendere «le garanzie concrete ed effettive e non teoriche o illusorie».

Ecco che, in questa prospettiva, nel momento in cui viene ricompreso tra le garanzie intertemporali dell'art. 7 CEDU, il principio di retroattività diviene un principio altrettanto assoluto quanto il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

4.3. I più recenti orientamenti della Corte Costituzionale diretti a trovare un punto di equilibrio tra le due diverse *rationes* domestica ed europea

A fronte di questi due orientamenti, negli ultimi anni la Corte Costituzionale si è adoperata per raggiungere un punto di equilibrio.

In una prima fase, sembrava lo si fosse trovato distinguendo nella sostanza tra tipologie di norme e cioè tra disposizioni che prevedono il reato e la pena, rispetto alle quali si potrebbe considerare operante la *ratio* europea, con portata assoluta, e qualunque altra disposizione che invece incida sul trattamento penale, come ad esempio la prescrizione oppure il regime di procedibilità, rispetto alle quali invece opererebbe la *ratio* domestica, con portata relativa.

Ed infatti, nella sentenza n. 236/2011, relativa a modifiche di favore concernenti la prescrizione, la Corte, preso atto della giurisprudenza europea, ha affrontato – per così dire – di petto proprio la questione

se il riconoscimento, da parte della giurisprudenza europea, del principio di retroattività della norma più favorevole e la sua iscrizione tra le garanzie sancite dalla citata norma convenzionale [art. 7 CEDU)], oltre a fargli acquistare autonomia ne abbia mutato natura e caratteristiche, se cioè esso sia assoluto e inderogabile come il principio di non retroattività delle norme penali di sfavore, ovvero se la sua diversità rispetto alla garanzia fondamentale che questo rappresenta renda possibile, in presenza di particolari ragioni giustificative, l'applicabilità della disposizione meno favorevole che era in vigore quando il reato è stato commesso, o comunque l'introduzione di limiti alla regola della retroattività *in mitius*¹⁰.

⁹ Lo stesso principio è stato ribadito anche in Corte EDU, sent. 27 aprile 2010, *Morabito contro Italia*; Corte EDU, sent. 24 gennaio 2012, *Mihai Toma contro Romania*; Corte EDU, sent. 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte contro Andorra*; Corte EDU, sent. 12 luglio 2016, *Ruban contro Ucraina*.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 236/2011.

Ebbene, da un lato, la Consulta, nella sostanza interpretando la sentenza Scoppola, è giunta ad affermare che la Corte di Strasburgo non ha concepito il principio di retroattività della legge penale favorevole in termini assoluti, introducendo bensì una differenziazione di contesti:

a ben vedere, il principio di retroattività della *lex mitior* presuppone un'omogeneità tra contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo, posto che, come è stato chiarito da questa Corte, il principio di eguaglianza, così come ne costituisce un fondamento, può rappresentare anche il limite dell'applicabilità retroattiva della legge penale più favorevole¹¹.

Dall'altro lato, nel chiedersi «quali norme penali formino oggetto del principio di retroattività *in mitius* riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte europea» e cioè «se esso riguardi solamente le disposizioni che individuano il reato e la pena o anche qualunque altra disposizione che incida sul trattamento penale, come in particolare le disposizioni sulla prescrizione», proprio su tale punto la Corte ha finito per distinguere tra norme che riguardano il reato e la pena e che nella sostanza portano a concepire il principio di retroattività favorevole come assoluto, e norme che invece riguardano altri aspetti, come ad esempio la prescrizione, che invece portano a concepire la retroattività favorevole come relativa:

la sentenza Scoppola riguardava proprio una questione relativa alla pena, e non è senza significato che, nel richiamare la precedente e consolidata giurisprudenza sull'art. 7 della CEDU e sulla sua portata, la Corte europea abbia avvertito l'esigenza di chiarire la nozione di pena cui fa riferimento la citata norma convenzionale, specificando che si tratta della misura che viene «imposta a seguito di una condanna per un reato», e non di qualsiasi elemento incidente sul trattamento penale. Perciò è da ritenere che il principio di retroattività

¹¹ Corte cost., sent. n. 236/2011, dove si precisa: «è proprio la diversità di contesto, ad esempio, che giustifica la deroga posta dal quinto comma dell'art. 2 cod. pen. stabilendo che "Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti"; ciò infatti significa che deve continuare ad applicarsi la disposizione che vigeva al momento della commissione del fatto, anche se successivamente entra in vigore un trattamento penale più favorevole o addirittura il fatto cessa di costituire reato. Alla eccezionalità della situazione esistente al momento della commissione del fatto (tale è anche quella che giustifica una legge temporanea) deve corrispondere il trattamento che il legislatore ritiene adeguato ad essa e non l'altro, successivo, più favorevole, dettato per una situazione di normalità. È dunque chiaro che, a differenza di quello di irretroattività della legge penale sfavorevole, il principio di retroattività della legge favorevole non può essere senza eccezioni. Oltre alla diversità del contesto di fatto anche quella del contesto normativo può giustificare o addirittura imporre discipline transitorie volte a limitare gli effetti retroattivi delle modificazioni normative più vantaggiose. È quanto, ad esempio, è avvenuto allorché per alcune ipotesi criminose si è sostituita la punibilità d'ufficio con quella a querela e si è data, con una norma transitoria, la possibilità di presentare la richiesta di punizione entro un termine, diverso da quello ordinario (art. 124 cod. pen.), decorrente dal giorno dell'entrata in vigore della nuova legge o, se già pendeva il procedimento, dal giorno in cui il giudice aveva informato la persona offesa della facoltà di esercitare il diritto di querela».

della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità.

Ecco che – conclude la Corte,

una volta individuati i limiti oggettivi del principio di retroattività *in mitius*, riconosciuto dalla Corte europea sulla base dell'art. 7 della CEDU, è agevole la conclusione che esso non può riguardare le norme sopravvenute che modificano, in senso favorevole al reo, la disciplina della prescrizione, con la riduzione del tempo occorrente perché si produca l'effetto estintivo del reato¹².

Più di recente, sembra che la Corte sia tornata a ragionare in termini – per così dire – unitari o comunque sembra aver adottato una concezione in cui fa riferimento sia all'art. 3 sia alla retroattività come diritto, lasciando però intendere che le deroghe siano ammissibili in entrambe le prospettive senza distinguere tra tipologie di norme.

Ed infatti, nella sentenza n. 123/2025, la Corte afferma che

la *ratio* del principio della retroattività della legge penale più favorevole riposa, piuttosto, su due concorrenti fondamenti, entrambi enucleati dalla giurisprudenza di questa Corte. Da un lato, il principio di eguaglianza «impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006). Ciò in quanto, in via generale, [n]on sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, «chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)» (sentenza n. 236 del 2011). Dall'altro, il principio sottende – nel prisma stesso dell'art. 3 Cost. – il «diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione» (sentenza n. 63 del 2019). Tale diritto richiama, a sua volta, la garanzia della necessaria proporzione del *quantum* e dello stesso *an* della reazione sanzionatoria rispetto al reato, secondo la valutazione del legislatore (e della comunità politica che si esprime attraverso la legge) nel momento in cui la pena viene concretamente irrogata (nello stesso senso, Corte EDU, grande camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia n. 2, paragrafo 108)¹³.

¹² Corte cost., sent. n. 236/2011.

¹³ Corte. cost., sent. n. 123/2025.

Dopo di che la Corte ribadisce che il principio di retroattività è sempre suscettibile di una deroga, là dove essa risulta razionale:

l'altrettanto costante giurisprudenza di questa Corte riconosce, peraltro, che il diritto dell'imputato a essere giudicato secondo la legge più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto non è assoluto, ed è dunque aperto a possibili deroghe da parte del legislatore, purché giustificabili al metro di quello che la sentenza n. 393 del 2006 di questa Corte ha definito «vaglio positivo di ragionevolezza». In altre parole, in tanto una deroga al diritto in questione può trovare giustificazione sul piano costituzionale, in quanto essa risulti proporzionata all'esigenza di salvaguardare altri interessi costituzionalmente rilevanti, che rischierebbero di essere pregiudicati laddove si desse luogo all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole¹⁴.

5. Quale la *ratio* della retroattività favorevole? Alcuni punti fermi

A me pare che il tema della *ratio* del principio di retroattività necessiti ancora di approfondimenti¹⁵. Ed infatti, anticipando subito le conclusioni alle quali perverremo, a me pare che il principio di retroattività favorevole non solo non abbia una *ratio* riconducibile all'autodeterminazione, ma nemmeno a quella dell'egualianza, perché dietro alle deroghe giustificate sulla base della prevalenza di determinati interessi, si nascondono in realtà mere ragioni general-preventive che tuttavia la stessa irretroattività favorevole non è in grado di perseguire.

Insomma, le ipotesi derogatorie di irretroattività favorevole si caratterizzano per una irragionevolezza nella sostanza assoluta in quanto esercizio, in definitiva, arbitrario del potere punitivo, perché non finalizzate al perseguimento degli obiettivi che si prefiggono o comunque perché strumentalizzano i consociati nel perseguimento di tali obiettivi. Con la duplice conseguenza che il principio di retroattività favorevole tende a scongiurare strumentalizzazioni e quindi prevaricazioni da parte dello Stato, mostrando così un carattere assoluto.

Con la conseguenza che, se della irretroattività sfavorevole si valorizza soprattutto la *ratio* – per così dire – politica anti-prevaricatoria, una *ratio* analoga, alla fin fine, si può riscontrare anche nella retroattività favorevole, finendo i due principi per essere assimilabili anche nella loro assolutezza. Vediamo perché.

A ben vedere, per comprendere la *ratio* della retroattività favorevole occorre comprendere bene il significato della irretroattività favorevole che si vuole arginare. Come del resto, se si vuole comprendere la *ratio* della irretroattività sfavorevole si deve comprendere come opera e cosa comporta la retroattività sfavorevole che s'intende scongiurare.

Alcuni punti fermi, tre per l'esattezza. Anzitutto è certo che l'irretroattività favorevole non ha nulla a che vedere con l'autodeterminazione e non può com-

¹⁴ Corte. cost., sent. n. 123/2025.

¹⁵ Sul punto, però, si vedano le ampie e approfondite riflessioni di Gambardella (2013) e di Pecorella (2008).

prometterla, perché la persona si è liberamente autodeterminata nel senso della commissione del fatto vietato dall'ordinamento: al momento della realizzazione del fatto vigeva una legge che lo vietava. Quindi, come abbiamo già visto, va da sé che tale principio non sia riconducibile alla *ratio* della irretroattività, là dove si ritiene che tale principio tuteli l'autodeterminazione, non potendo l'autore, al momento del fatto, prevedere le future conseguenze sfavorevoli.

D'altra parte, da un lato, la circostanza che retroattività favorevole e irretroattività sfavorevole abbiano *rationes* differenti, non implica necessariamente che sia differente anche la loro portata e che quindi mentre la prima è relativa, la seconda è assoluta. Ed infatti, non si può fare a meno di osservare come, nel momento in cui si nega la riconducibilità della retroattività favorevole alla *ratio* della irretroattività sfavorevole, ciò non significa che la retroattività favorevole non possa essere altrettanto assoluta, dipendendo la relatività o l'assolutezza dalla *ratio* sottesa alla retroattività favorevole.

Insomma, la circostanza che la *ratio* della retroattività favorevole non sia riconducibile a quella della irretroattività sfavorevole, lascia impregiudicata la problematica della assolutezza o relatività della retroattività favorevole, essendo questa problematica connessa alla *ratio* a fondamento della retroattività favorevole. *Ratio* che per l'appunto deve essere indagata.

Non solo, ma, dall'altro lato, come accennato, si può osservare come là dove della irretroattività sfavorevole si valorizzi, non tanto la tutela dell'autodeterminazione, ma la *ratio* anti-prevaricatoria derivante dal fatto che altrimenti si punirebbe un fatto che al momento della sua realizzazione risultava lecito, anche la retroattività favorevole si avvicina a tale *ratio*, visto che impedisce di punire fatti che sono qualificati dall'ordinamento come illeciti. Insomma, valorizzando la valutazione di liceità compiuta dall'ordinamento, emerge come irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole si riferiscano a due situazioni perfettamente speculari: nell'ipotesi della irretroattività il fatto era lecito quando l'autore ha agito, nell'ipotesi della retroattività il fatto è lecito quando si tratta di applicare la legge.

In secondo luogo, altrettanto certo è che se si adotta la *ratio* dell'eguaglianza e come parametro la rimproverabilità (la circostanza che ci si sia posti contro l'ordinamento rende meritevole di pena, a differenza di chi ha agito dopo l'entrata in vigore della legge favorevole, il quale non si è posto contro l'ordinamento) l'ordinamento dovrebbe giungere alla conclusione di una irretroattività favorevole assoluta. Ed infatti, se si valorizza la rimproverabilità, non solo la posizione della persona che ha agito quando il fatto era incriminato è diversa da quella della persona che ha agito quando il fatto era lecito: mentre la prima si è posta contro l'ordinamento, la seconda invece no. Ma soprattutto, la persona che ha agito quando il fatto era incriminato si pone *sempre* contro l'ordinamento: proprio perché il parametro si incardina sulla dimensione soggettiva della rimproverabilità, non sembrano esservi ragioni e margini sostanziali per poter ammettere deroghe alla retroattività, a meno che il soggetto abbia agito al momento del fatto senza conoscere la legge, ma allora a quel punto opererà l'*ignoranza legis*. Insomma, eventuali deroghe alla irretroattività favorevole basata sulla rimproverabilità suonerebbero del tutto arbitrarie.

Per inciso, anche per delineare un quadro complessivo delle problematiche, è interessante ricordare come una valorizzazione della disobbedienza soggettiva sia stata alla base della sentenza della Corte Costituzionale che ha negato la rilevanza dei mutamenti giurisprudenziali favorevoli¹⁶.

Tuttavia, una retroattività favorevole fondata sulla rimproverabilità non può essere accolta, perché porta a concepire il diritto penale in termini totalmente formalizzati e normativizzati, risultando finalizzato a punire per la mera disobbedienza, in assenza di offensività. Ciò che rileva non è il contenuto di disvalore del fatto, ma la violazione delle regole, il mancato rispetto delle regole in quanto tali, l'inosservanza della norma in sé e per sé considerata, per cui là dove una norma è imposta dall'ordinamento, essa deve essere sempre osservata e si continua a punire anche se è stata abrogata, perché, se da un lato viene meno l'inoffensività, tuttavia permane l'inosservanza da intendersi come rispetto della regola posta dall'ordinamento. Insomma, una visione autoritaria, perché totalmente sbilanciata dalla parte dell'autorità fine a se stessa, senza che ve ne sia una ragione. Ma come ha messo bene in evidenza la nostra Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 236/2011,

il principio della retroattività *in mitius* è legato, dunque, ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena.

Infine, ancora una volta è certo che, se ci si basa sull'eguaglianza, scartata la rimproverabilità, il parametro da adottare è quello del disvalore oggettivo, con

¹⁶ Corte cost., sent. n. 230/2012, là dove afferma che la retroattività potrebbe operare tutt'al più quando il fatto è stato commesso dopo la sentenza delle Sezioni Unite e non quando è stato commesso prima, perché – ha affermato la Corte – «l'autore non aveva alcuna ragione di confidare sulla liceità penale della propria condotta, posta in essere quando era imperante un orientamento giurisprudenziale di segno contrario». Ebbene, tale impostazione non può che suscitare perplessità. Anzitutto, contrasta con l'assunto fondamentale della stessa giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'eguaglianza che sta alla base della retroattività dipende, non già dalla rimproverabilità soggettiva di essersi posti contro l'ordinamento, ma da una concezione oggettivistica del diritto penale e quindi dal criterio del disvalore oggettivo, anche perché, se ci si fondasse sulla rimproverabilità soggettiva, la retroattività non potrebbe mai operare. In secondo luogo, si deve osservare come, là dove si decida di valorizzare la legge astratta a prescindere dall'interpretazione, la situazione di chi ha commesso il fatto prima della sentenza delle Sezioni Unite e quella di chi poi 'beneficia' della sentenza qualificata favorevole siano perfettamente identiche sia sul piano del disvalore oggettivo, che su quello della rimproverabilità soggettiva: due soggetti non solo hanno realizzato lo stesso identico fatto dal punto di vista del disvalore oggettivo, ma addirittura lo hanno realizzato quando 'viveva' una disposizione che la incriminava, con la conseguenza che le due situazioni risultano identiche anche sotto il profilo soggettivo dell'essersi posti contro l'ordinamento.

conseguente valorizzazione di una concezione oggettiva del diritto penale. E con l'ulteriore duplice conseguenza che la regola è nel senso della parificazione tra le due posizioni di chi ha agito prima e di chi ha agito dopo in quanto i due fatti sono nella sostanza identici e che tale regola può subire deroghe che devono risultare ragionevoli, razionalmente giustificate.

5.1. Un'indagine sulla ratio delle deroghe alla retroattività favorevole

Ebbene, tutto ciò premesso, è proprio su queste deroghe che si deve soffermare la nostra attenzione e aprire un ragionamento (Martufi 2013; Pulitanò 2008).

Preliminarmente, si deve osservare come, se la retroattività favorevole si basa sul disvalore oggettivo, la deroga non si possa giustificare valorizzando la rimproverabilità, poiché si verrebbe a creare un disallineamento tra la regola basata su un parametro oggettivo e l'eccezione basata invece su un parametro soggettivo. Insomma, si tratterebbe di un modo di ragionare addirittura giuridicamente errato, venendosi a determinare trattamenti di sfavore meramente arbitrari.

Ecco che la retroattività basata sulla eguaglianza da disvalore oggettivo può essere derogata soltanto in termini altrettanto oggettivi e quindi basarsi sulla presenza di un contro-interesse che si ritiene abbia una valenza maggiore: come affermato di recente dalla Corte Costituzionale,

in tanto una deroga al diritto in questione [il diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato] può trovare giustificazione sul piano costituzionale, in quanto essa risulti proporzionata all'esigenza di salvaguardare altri interessi costituzionalmente rilevanti, che rischierebbero di essere pregiudicati laddove si desse luogo all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole¹⁷.

Ebbene, che un legislatore possa individuare interessi ai quali attribuire un peso particolarmente rilevante è del tutto legittimo, tuttavia c'è da chiedersi se tali interessi considerati prevalenti possano essere coerentemente perseguiti attraverso la irretroattività favorevole. Il problema non sta tanto nella ragionevolezza o meno del maggior peso attribuito a un determinato interesse, ma più in generale nella coerenza strutturale di poter perseguire tale interesse mediante le deroghe ovvero attraverso la irretroattività favorevole.

La problematica emerge in modo piuttosto evidente proprio con riferimento alle norme di favore che riguardano il reato e la pena: la legge successiva abroga un reato, ma si ritiene che si debbano continuare a punire i fatti pregressi perché posti a tutela di interessi particolarmente rilevanti; oppure la legge successiva prevede una pena meno afflittiva o per *quantum* o per tipo (es. pena pecuniaria invece della pena detentiva), ma si ritiene che, sempre per la prevalenza di

¹⁷ Corte cost., sent. n. 123/2025.

interessi peculiari, i fatti pregressi si debbano continuare a punire con la pena «superiore».

In concreto, tale problematica si è posta soprattutto nell'ambito del diritto punitivo tributario, allorquando si sono previsti limiti alla retroattività di norme di favore, ritenendo che l'interesse dello Stato alla riscossione dei tributi potesse avere una valenza del tutto peculiare¹⁸.

Ebbene, la domanda chiave diventa: posto che si possono definire interessi ordinamentali prevalenti, che rapporto intercorre tra la loro maggior tutela e l'irretroattività favorevole? Perché e come l'irretroattività favorevole dovrebbe garantirli? Chiesto in altri termini ancora: perché e in che modo la retroattività favorevole dovrebbe compromettere determinati interessi? In che senso? In che termini?

Proprio dalla giurisprudenza relativa al diritto penale tributario emerge come la relazione tra irretroattività favorevole e maggiore tutela di un interesse si possa cogliere da due diverse prospettive: una che guarda al passato e che si riferisce all'autore del fatto abrogato o punito meno severamente, e una che invece guarda al futuro e che si riferisce alla collettività. Tuttavia, in entrambe le ipotesi, questa relazione sembra essere più apparente che reale.

In particolare, con riferimento alla prima prospettiva che guarda al passato, la Corte Costituzionale non ha esitato ad affermare che l'interesse fiscale, avente oltretutto un esplicito riconoscimento nell'art. 53.1 Cost.,

sarebbe gravemente pregiudicato ove i contribuenti non potessero essere più colpiti dalle sanzioni originariamente stabilite per violazioni delle norme relative ai tributi, una volta che le sanzioni stesse fossero state abrogate o modificate in senso più favorevole¹⁹.

Insomma, la maggiore tutela deriva proprio dalla circostanza che i contribuenti sono colpiti dalle sanzioni originariamente stabilite.

Il punto contraddittorio che però si deve mettere in evidenza è tuttavia il seguente: perché tali interessi, che sono stati considerati soccombenti per il presente e il futuro in virtù dell'abrogazione della norma, si dovrebbero considerare prevalenti per il passato? La circostanza che la legge abroghi oppure preveda un trattamento sanzionatorio meno afflittivo per il presente/futuro contraddice *per tabulas* l'idea che, per i fatti relativi al passato, l'interesse risulti ancora prevalente. Insomma, se l'interesse è soccombente per il presente e il futuro, perché invece non dovrebbe esserlo, e forse a maggior ragione, per il passato? Se l'interesse alla riscossione dei tributi risulta compromesso dalla circostanza che i contribuenti 'trasgressori' del passato non possono più essere colpiti dalle

¹⁸ Cfr. in particolare Corte cost., sentenze n. 6/1978 e n. 164/1974. In argomento vedi anche Corte cost., sent. n. 215/2008, che tuttavia ha negato tale prevalenza, e Corte cost., sent. n. 80/1995, che invece si è limitata ad affermare che la retroattività non è un principio costituzionalizzato come l'irretroattività.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 164/1974.

sanzioni originariamente stabilite, lo stesso interesse risulta a maggior ragione pregiudicato anche dai contribuenti che agiscono sotto la nuova legge, i quali, tuttavia non lo pregiudicano proprio perché l'ordinamento ha rinunciato alla tutela dell'interesse. Insomma, basare la maggiore tutela sulla punizione dei comportamenti pregressi dovrebbe portare a ritenere del tutto irragionevole la stessa norma di favore, visto che proprio l'abrogazione pregiudica esattamente l'interesse che si vorrebbe ritenere prevalente e tutelato attraverso la punizione dei fatti realizzati in passato.

Ecco che, dietro alla irretroattività favorevole riferita al singolo guardando al passato, finisce per esserci non solo una prevenzione generale – per così dire – individualizzata (riemerge il concetto di una legge che si fa sentenza), ma alla fin fine la rimproverabilità, la quale invece di essere formalizzata (violazione della regola in quanto tale), viene sostanzializzata attraverso il riferimento all'interesse di tutela che si afferma prevalente, ma che l'ordinamento per primo dimostra di non considerare tale in virtù dell'avvenuta abrogazione, sostanzializzazione quindi più apparente che reale.

Sotto il secondo profilo che guarda al futuro, la Corte Costituzionale ha affermato che

il trattamento meno favorevole che, sotto il profilo in esame, viene riservato agli autori di reati finanziari, relativi a tributi dello Stato, rispetto agli autori di reati comuni, non appare irragionevole in quanto correlato all'esigenza di mantenere costante nel tempo – anche dopo che siano intervenute modifiche legislative – l'efficacia di prevenzione generale delle disposizioni penali poste a tutela dell'interesse dello Stato alla riscossione dei tributi. L'ultrattività delle leggi penali tributarie, come completamento della ultrattività delle leggi tributarie stesse, tende a meglio garantire il puntuale assolvimento degli obblighi tributari, ai quali i cittadini sono tenuti in adempimento di uno dei doveri inderogabili di solidarietà nazionale che ad essi competono e dai quali dipende, in misura crescente, l'operatività e l'esistenza stessa dello Stato moderno. La peculiare rilevanza dell'interesse tutelato è, d'altronde, sottolineata dalla collocazione costituzionale delle leggi tributarie – e di quelle, connesse, di bilancio – per le quali non è ammesso il ricorso al referendum popolare abrogativo (art. 75, comma secondo, Cost.)²⁰.

In sostanza, da questa prospettiva che guarda al futuro, attraverso la irretroattività favorevole l'ordinamento finisce per mandare un messaggio finalizzato a «mantenere costante nel tempo – anche dopo che siano intervenute modifiche legislative – l'efficacia di prevenzione generale delle disposizioni penali»: coloro che agiscono durante la vigenza di una norma incriminatrice o comunque sfavorevole, si invitano a rispettarla e a non confidare in eventuali modifiche future favorevoli, perché non è detto che siffatti trattamenti di favore si concretizzeranno, potendo essere derogati.

²⁰ Corte cost., sent. n. 6/1978.

In questa prospettiva, quindi, punendo chi ha commesso il fatto prima della nuova legge di favore, si rafforza la prevenzione generale nei confronti dei consociati riguardo alle fattispecie incriminatrici. Attraverso la irretroattività favorevole, l'ordinamento si sta riferendo alla generalità dei consociati invitandoli a rispettare le norme incriminatrici nel momento in cui sono vigenti.

D'altra parte, ragionare in questi termini significa strumentalizzare e sacrificare la persona che ha agito nel passato, al fine di rafforzare la funzione preventiva nei confronti dell'intero ordinamento. Insomma, si manda un messaggio preventivo alla generalità, strumentalizzando la posizione del singolo che viene punito anche se il fatto non ha più disvalore e l'ordinamento ormai lo considera lecito: si sacrifica il singolo per esigenze general-preventive della collettività. Ecco che in questa prospettiva l'irretroattività favorevole finisce per strumentalizzare il reo.

6. Il principio di retroattività come diritto della persona e come principio assoluto rispetto alle norme che individuano il reato o la pena

Vedendo le cose da un'altra prospettiva ancora, si deve osservare come attraverso le deroghe alla retroattività favorevole si viene a creare una normativa basata su una sorta di doppia vigenza decisamente contraddittoria, per cui per i fatti realizzati nel presente/futuro vige una norma che rende il fatto lecito o punito meno severamente, mentre per i fatti realizzati nel passato nella sostanza continua ad essere vigente una norma che qualifica il fatto come illecito o lo punisce di più.

Ecco che dietro alle deroghe, alla irretroattività favorevole, a questa doppia vigenza, sta il timore del legislatore per la caduta general-preventiva del sistema ovvero, 'psicologizzando', dietro alle deroghe sta la sua difficoltà ad accettare la circostanza che abrogazione o attenuazione significa rinuncia alla prevenzione generale. Nel momento in cui s'introducono norme di favore, il legislatore teme che queste norme possano pregiudicare la prevenzione generale, essere dirompenti, scardinare, produrre effetti nella sostanza imprevedibili e quindi introduce deroghe affermando l'esistenza di interessi superiori.

Tuttavia, questa idea di caduta della dimensione preventiva è una sorta di falso problema, perché nel momento in cui si abroga o si attenua la punizione, è intrinseca nell'abrogazione e nell'attenuazione la perdita di prevenzione generale, così come è intrinseca nella abrogazione e nella attenuazione la perdita di valore dell'interesse che si vorrebbe considerare prevalente rispetto a fatti del passato. Insomma, si vogliono tenere assieme due cose opposte e per raggiungere questo risultato si forza il sistema in modo irrazionale.

Andando ancora più a fondo, la concezione di una retroattività come diritto non suscettibile di deroghe può essere fatta discendere da una concezione personalistica costituzionalmente orientata, per cui continuare a punire fatti del passato che l'ordinamento ha qualificato come leciti per il futuro costituisce una contraddizione ordinamentale che determina una prevaricazione. Si potrebbe parlare di un diritto a essere giudicati secondo la legge vigente non al momento

della realizzazione del fatto ma al momento della sua applicazione. Ed infatti, ciò che rileva è l'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto che certifica l'assetto degli interessi in gioco e quindi l'irrelevanza di qualsiasi altro contro-interesse, in quanto, se qualche altro contro-interesse avesse avuto rilevanza e prevalenza, esso sarebbe stato preso in considerazione all'interno della legge vigente al momento della sua applicazione: insomma, alla fine si punisce per un fatto che ormai risulta lecito.

Ecco che la irretroattività favorevole è una sorta di contraddizione ordinamentale contraddistinta da irragionevolezza assoluta, con la conseguenza che la retroattività favorevole assume caratteri necessariamente assoluti, perché le deroghe suonano in termini prevaricatori ed autoritari.

Ecco che in questa prospettiva la irretroattività favorevole (la deroga alla retroattività favorevole) opera in modo molto simile alla retroattività sfavorevole relativa alle norme esecutive, in quanto, pur non incidendo entrambe le ipotesi sulla libertà di autodeterminazione, tuttavia esse comportano pur sempre un esercizio arbitrario del potere, per cui la legge che impedisce la retroattività favorevole finisce, in buona sostanza, per farsi una sorta di sentenza, in quanto punisce persone per fatti che ormai sono leciti, con conseguente effetto prevaricatore.

Insomma, se con la retroattività sfavorevole si punisce una persona per un fatto che era lecito, e da qui l'irretroattività assoluta, con la irretroattività favorevole si punisce una persona per un fatto che è divenuto lecito, e da qui non può non scaturire una retroattività altrettanto assoluta: in entrambe le ipotesi si tutela la persona dalla punizione per fatti leciti, nella irretroattività per fatti realizzati quando erano leciti, nella retroattività per fatti leciti al momento della punizione.

Concludendo, si può osservare come il principio di retroattività favorevole risulti funzionale sia a un regime autoritario che a un regime liberale: dalla prospettiva autoritaria, la retroattività favorevole consente al regime di favorire i propri accoliti; dalla prospettiva liberale la retroattività favorevole offre una tutela contro abusi, impedendo di punire per fatti leciti. Il punto di differenziazione tra regimi autoritari e regimi liberali si gioca in ordine alla possibilità di prevedere deroghe alla retroattività favorevole e quindi di prevedere ipotesi di irretroattività favorevole: e mentre le deroghe sono funzionali a un regime autoritario, perché permettono di continuare a punire determinati soggetti nonostante sia venuta meno la ragione di una loro punizione, nonostante che tutti coloro che realizzano un fatto identico non siano più puniti, le stesse deroghe, in una prospettiva liberale, costituiscono prevaricazioni disfunzionali perché la punizione è mantenuta solo al fine di accanirsi nei confronti di chi ha agito nel passato, risultando il contro interesse in realtà irrilevante o strumentalizzando l'autore al solo fine di rafforzare la prevenzione generale.

7. Alcune questioni problematiche derivanti dall'assolutezza del principio di retroattività. Quali limiti al populismo dell'impunità?

Prima questione. Si pensi all'abrogazione dell'intero diritto penale tributario o comunque di una parte significativa di esso prevedendo così trattamenti di favo-

re destinati ad avere effetti retroattivi. Si tratta di un'ipotesi non del tutto remota nell'era del populismo, che se di regola sul fronte penalistico si esprime in termini di incremento della punizione, tuttavia nulla esclude che si possa esprimere anche in termini di favore. Anche perché, a ben vedere, il populismo si esprime secondo un doppio registro: arrogante nei confronti dei 'nemici' e lassista, se non clemente e dell'impunità, verso altre categorie di persone considerate invece amici.

Uno scenario non solo possibile, ma anche devastante, se si considera come attraverso queste politiche si possano determinare vere e proprie sperequazioni, la distruzione del *welfare*, fino alla destabilizzazione dei conti di uno Stato.

Una conferma, a ben vedere, della circostanza che norme di sfavore e di favore sono senz'altro realtà da distinguere per le conseguenze che producono, ma che non sono poi così differenti se si adotta una prospettiva costituzionale che valorizza l'abuso del potere.

Tema: rispetto a una riforma che abroga intere fette del diritto penale tributario, si potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale in merito alla mancanza di una disciplina che preveda una deroga alla retroattività favorevole in ragione della presenza dell'interesse prevalente alla riscossione dei tributi? Interesse alla riscossione dei tributi che si farebbe oltretutto particolarmente rilevante, visto che l'abrogazione determina senz'altro non solo una caduta general-preventiva, ma in definitiva anche il rischio assai concreto di compromettere i conti dello Stato.

Ragionando tradizionalmente, sulla base del principio di eguaglianza basato sul disvalore oggettivo, si dovrebbe concludere in senso positivo, ritenendo che vi sono margini per porre e accogliere una questione del genere. Tuttavia, se si adotta la prospettiva che ho cercato di delineare e che riconosce l'assolutezza della retroattività favorevole, un'opzione di questo tipo non potrebbe essere accolta, perché si andrebbero a strumentalizzare i consociati che hanno agito nel passato per mere esigenze general-preventive.

Ebbene, proprio la disamina di questa ipotesi conferma come sul problema della retroattività favorevole si vengano a scaricare problematiche che non attingono tanto alla successione delle leggi penali nel tempo, bensì alla tenuta general-preventiva del sistema, se non addirittura alla ragionevolezza delle scelte del legislatore, che nel caso in esame non suonano tanto come scelte di criminalizzazione, quanto piuttosto come scelte di abrogazione.

Ecco che, se rispetto all'ipotesi che abbiamo prospettato ha senso porre problemi di legittimità costituzionale, tali questioni però non devono riguardare tanto la mancata previsione di deroghe, quanto piuttosto la legittimità *tout court* di norme di favore che per l'appunto rischiano di compromettere il sistema, e il punto di equilibrio deve essere ricercato nell'ambito del sindacato delle scelte di criminalizzazione/abrogazione, piuttosto che attraverso l'eguaglianza e le deroghe destinate a sacrificare una parte dei consociati.

E a questo punto si aprirebbe il tema enorme non solo del ruolo della Corte Costituzionale nel suo rapporto con le scelte discrezionali del legislatore, ma anche del costituzionalismo «in generale», come limite alle scelte del legislatore che possono compromettere diritti e principi o creare discriminazioni.

7.1. La successione tra norme dell'emergenza (eccezionali/temporanee) e quelle della normalità (regolari)

Seconda questione, relativa alla successione delle norme eccezionali e temporanee (Del Corso 1999; Gambardella 2013; Micheletti 2019; Padovani 1982; Pagliaro 1973). Com'è noto, l'art. 2.5 c.p. prevede deroghe alla retroattività favorevole e quindi ipotesi di irretroattività favorevole sia allorché la legge eccezionale o temporanea introduce norme di favore che quindi non possono essere applicate ai fatti precedenti realizzati nella fase della, sia quando la legge eccezionale o temporanea introduce norme incriminatrici, per cui la norma di favore che entra in vigore nella normalità non può essere applicata ai fatti realizzati durante il periodo eccezionale/temporaneo.

Molto interessante vedere come vengono giustificate queste ipotesi, anche perché, a ben vedere, si tratta di giustificazioni alla fin fine diversificate.

Ed infatti, da un lato, allorché a una legge sfavorevole della normalità succede una legge favorevole eccezionale nella fase dell'emergenza, l'irretroattività di quest'ultima si giustifica sulla base dell'eguaglianza, attenzione però, eguaglianza basata non solo e non tanto sul «mero» disvalore oggettivo, quanto piuttosto, più radicalmente, sulla irragionevolezza derivante dall'applicazione di una norma prevista per una determinata situazione emergenziale/eccezionale a una situazione di normalità. Insomma, si potrebbe dire, più che per ragioni di eguaglianza/diversità di valutazione dei fatti, l'irretroattività favorevole si giustifica in termini – per così dire – più estremi, per ragioni di eguaglianza/diversità della situazione di realtà che si va a disciplinare.

Sul punto è interessante osservare come di recente una ipotesi di questo tenore (nuova legge eccezionale di favore) si sia avuta con l'introduzione del c.d. scudo per i medici che avevano operato durante il Covid (l. n. 76/2021 e l. n. 18/2024).

Dall'altro lato, allorché a una legge di sfavore del periodo di emergenza succede una legge di favore della normalità, quest'ultima non si fa retroagire perché altrimenti coloro che agiscono nella fase di emergenza confidano nell'entrata in vigore della legge normale che per l'appunto dovrebbe retroagire, determinando così una caduta general-preventiva: l'ultrattività delle norme è a garanzia dell'efficacia general-preventiva delle norme eccezionali e temporanee, che sarebbe vanificata qualora il consociato potesse confidare sulla disapplicazione delle norme sfavorevoli una volta cessato lo stato di emergenza (sul punto v. per tutti Della Bella 2023, 149 ss.). Ecco che più che sull'eguaglianza, la deroga si basa sulla necessità di garantire la forza preventiva riferita ai comportamenti realizzati durante la vigenza della norma sfavorevole. Rispetto a coloro che agiscono, stavolta proprio durante la vigenza della norma incriminatrice sfavorevole, si rende necessario un rafforzamento dell'effetto preventivo raggiunto attraverso l'irretroattività della legge penale di favore che entra in vigore al momento della normalità.

Interessante osservare come di recente si sia verificata un'ipotesi analoga, allorché il nostro ordinamento ha introdotto illeciti punitivi per l'inosservan-

za degli obblighi vaccinali e poi, dopo la fase emergenziale, con la l. n. 199/2022 si è prevista la sospensione delle attività e dei procedimenti di irrogazione delle relative sanzioni fino al 30 giugno 2023 (termini poi ulteriormente prorogati: l. n. 87/2023, fino al 30 giugno 2024; l. n. 18/2024 fino al 31 dicembre 2024), finché la l. n. 15/2025 ha previsto l'interruzione definitiva dei procedimenti sanzionatori non ancora conclusi, nonché l'annullamento delle sanzioni pecuniarie già irrogate. Da segnalare però la peculiarità che gli illeciti punitivi sono stati mantenuti anche dopo la cessazione dell'emergenza.

Ebbene, a me pare che la disciplina prevista dall'art. 2.5 c.p. trovi sì giustificazione nell'eguaglianza, ma non tanto come una sua deroga, quanto piuttosto come espressione di un principio derivante dalla dialettica tra situazioni di emergenza e situazioni di normalità che definisce un'irragionevolezza assoluta disciplinare situazioni di emergenza e di normalità in modo analogo.

Detto in altri termini, situazioni di emergenza, che comportano leggi eccezionali e temporanee, e situazioni di regolarità, che comportano leggi «normali», devono essere tenute nettamente distinte non solo e non tanto in virtù della diversa valutazione legislativa del disvalore del fatto, ma prima ancora della diversa realtà oggettiva che determina la disciplina del tutto peculiare.

Il vero aspetto anomalo, come emerge anche dalla vicenda Covid, sta nella circostanza che molto spesso legislazioni repressive giustificate dall'emergenza permangono nel sistema. E qui si aprirebbe un altro tema gigantesco, relativo alla disciplina dell'emergenza.

7.2. La retroattività favorevole si estende anche alle norme di disciplina?

Ultima questione. Se quanto detto fin qui vale a mio avviso senz'altro per le norme che riguardano reati e pene, ci dobbiamo chiedere se ciò valga anche per le altre norme che attengono ad aspetti relativi alla disciplina?

Come abbiamo visto, in una determinata fase della sua giurisprudenza la Corte Costituzionale ha per l'appunto lasciato trasparire la possibilità di compiere una distinzione tra norme di favore relative ai reati e alle pene, rispetto alle quali opererebbe una retroattività assoluta, e norme di favore relative invece alla disciplina, rispetto alle quali la retroattività potrebbe conoscere delle deroghe.

Tale posizione costituisce indubbiamente un punto di equilibrio molto avanzato, non solo tra le diverse esigenze espresse dalla garanzia della retroattività favorevole e la tenuta preventiva del sistema, ma anche tra i diversi modi di concepire il principio di retroattività. Di primo acchito, quindi, si potrebbe essere indotti a ragionare proprio nei termini diversificati indicati dalla Corte Costituzionale, evidenziando per l'appunto la diversa valenza che hanno le norme rigorosamente incriminatrici che incidono direttamente sul reato e sulla pena – per così dire – in fase di comminatoria edittale e le norme che invece attengono alla c.d. disciplina, vale a dire a istituti che intervengono invece al di fuori della fase della comminatoria edittale.

D'altra parte, a ben vedere, ancora una volta la distinzione sembra essere più apparente che reale, perché anche gli istituti che attengono alla c.d. disciplina pongono identici problemi di rapporto tra consociati e potere punitivo.

Emblematica sul punto proprio la vicenda relativa alla disciplina della prescrizione e più precisamente alla riduzione dei tempi di prescrizione. Il legislatore prevede limiti temporali alla operatività dei nuovi termini più favorevoli, ancorandoli alla mancata apertura del dibattimento di primo grado e ai processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione²¹.

Ebbene, è indubbio che lo Stato abbia speso energie e che possa avere tutto l'interesse a poter continuare a punire in virtù dell'attività già compiuta, ma ancora una volta far prevalere tale interesse risulta una pretesa irragionevole, visto che la persona che subisce il trattamento sfavorevole lo subisce sol perché lo Stato afferma l'esistenza di un interesse a punire che tuttavia è venuto meno per tutti gli altri reati. Anzi, proprio la circostanza che, in termini del tutto casuali, per alcuni reati non si sia arrivati a una fase avanzata del procedimento, mentre per altri sì, rivela come le ragioni del punire dipendano da circostanze del tutto casuali e quindi irrazionali.

Stesso identico ragionamento si può fare per il regime della procedibilità, come del resto confermato dalla recente sentenza n. 123/2025. Rendere reati perseguibili a querela, ma mantenere la perseguibilità di ufficio per reati commessi prima dell'entrata in vigore della perseguibilità a querela altro non è che un rispondere ad esigenze general-preventive sacrificando la posizione di alcuni consociati.

Riferimenti bibliografici

- Bianchi, Davide. 2014. "Il problema della 'successione impropria': un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo." *Rivista italiana di diritto e procedura penale*: 322 ss.
- Bianchi, Davide. 2018. "Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale." *Rivista diritto penale e procedura*: 259-72.
- Cadoppi, Alberto. 2012. "Il principio di irretroattività." In *Introduzione al sistema penale, vol. 1*, a cura di Gaetano Insolera, Nicola Mazzacuva, Massimo Pavarini e Marco Zanotti. Torino: Giappichelli.
- Consulich, Federico. 2019. "La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività *in mitius* della sanzione amministrativa." *Rivista diritto penale e procedura*: 467-77.
- Della Bella, Angelo. 2023. *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*. Torino: Giappichelli.
- Del Corso, Stefano, 1999. "Successione di leggi penali." *Digesto delle discipline penalistiche* XIV: 82 ss.
- Gambardella, Marco. 2013. *Lex mitior e giustizia penale*. Torino: Giappichelli.
- Gatta, Gian Luigi. 2008. *Abolito criminis e successione di norme "integratrici"*. Milano: Giuffrè.
- Maiello, Vincenzo. 2008. "Il rango della retroattività della *lex mitior* nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana." *Rivista italiana di diritto e procedura penale*: 1614-33.

²¹ Merita ricordare come la Corte abbia dichiarato l'illegittimità del primo limite (Corte cost., sent. n. 393/2006) e la legittimità del secondo (Corte cost., sentenze n. 72/2008 e n. 236/2011). In argomento, si rinvia ancora una volta a Pulitanò (2008).

- Maiello, Vincenzo. 2025. "L'overruling sfavorevole tra tipo e colpevolezza." *Rivista Giurisprudenza italiana*: 403-9.
- Manes, Vittorio. 2012. "Art. 7." In *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Sergio Bartole, Pasquale De Sena, Vladimiro Zagrebelsky. Padova: Cedam.
- Manes, Vittorio. 2019. "Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)." *Questione giustizia*.
- Marinucci, Giorgio. 2006. "Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte Costituzionale." In *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Giuliano Vassalli. Napoli: ESI.
- Martufi, Adriano. 2013. "Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali." *Rivista diritto penale e procedura*: 488-505.
- Mazzacupa, Francesco. 2020. "L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole." *Diritto penale e processo* 3.
- Mazzacupa, Francesco. 2022. "Art. 7." In *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò. Torino: Giappichelli.
- Micheletti, Dario. 2006. *Legge penale e successione di norme integratrici*. Torino: Giappichelli.
- Micheletti, Dario. 2019. "Le forme del tempo nelle vicende modificative della legge penale." *Criminalia*.
- Micheletti, Dario. 2022. "Il principio di irretroattività della legge penale: funzione, meccanica e rapporti con la colpevolezza." *Criminalia*.
- Padovani, Tullio. 1982. "Tipicità e successione di leggi penali." *Rivista italiana di diritto e procedura penale*: 1354 ss.
- Pagliaro, Antonio. 1973. "Legge penale nel tempo." *Enciclopedia del diritto* XXIII.
- Palazzo, Francesco. 2012. "Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)." *Rivista diritto penale e procedura*: 1173-6.
- Palazzo, Francesco e Roberto Bartoli. 2024. "Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività." *Sistema penale*.
- Pecorella, Claudia. 2008. *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*. Milano: LED.
- Perrone, Daria. 2019. *Nullum crimen sine iure*. Torino: Giappichelli.
- Pulitanò, Domenico. 2008. "Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza." *Giurisprudenza costituzionale*: 946 ss.
- Santangelo, Alessandra. 2022. *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli.
- Scoletta, Marco. 2019. "Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale." *Diritto penale contemporaneo*. <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/6598-retroattivita-favorevole-e-sanzioni-amministrative-punitive-la-svolta-finalmente-della-corte-costit> (2026-05-09).
- Siniscalco, Marco. 1969. *Irretroattività delle leggi in materia penale*. Milano: Giuffrè.
- Tigano, Vincenzo. 2023. "Limiti al principio di retroattività favorevole nel dialogo tra le Corti: il caso dell'abrogazione dell'illecito amministrativo punitivo con contestuale incriminazione del medesimo fatto." *Archivio penale*.
- Valentini, Vico. 2012. *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano: Giuffrè.
- Vassalli, Giuliano. 1983. "Abolitio criminis e principi costituzionali." *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

- Viganò, Francesco. 2011. "Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole." *Diritto penale contemporaneo*. <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/838-sullo-statuto-costituzionale-della-retroattivitadella-legge-piu-favorevole> (2026-05-09).
- Viganò, Francesco. 2014. "Retroattività della legge penale più favorevole." In *Libro dell'anno del Diritto*, a cura di Roberto Garofoli e Tiziano Treu. Roma.
- Zilletti, Lorenzo e Franco Oliva. 2007. *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*. Pisa: ETS.

I limiti alla modulazione degli effetti nel tempo delle norme sanzionatorie tra diritti e doveri dei contribuenti

Valeria Mastroiacovo

1. Il punto di partenza: la limitazione nel tempo degli effetti della riforma delle sanzioni

Ringrazio la professoressa Laura Castaldi e l'Università di Siena che, con questo invito, mi hanno consentito di tornare a studiare il tema, a me caro, degli effetti della successione delle norme nel tempo.

Il d.lgs. n. 87 del 2024 recante la revisione del sistema sanzionatorio tributario in attuazione dell'art. 20 della legge delega n. 111 del 2023 per la riforma fiscale ha aggiunto un altro segmento al disegno tracciato (dallo stesso governo) per la risistemazione della materia tributaria, anche in funzione della successiva redazione di testi unici e della futura codificazione.

Un segmento a quanto pare 'necessario e indispensabile' per apprezzare la riforma nel suo insieme. O almeno sembra questa, in estrema sintesi, la chiave di lettura suggerita dalla relazione illustrativa di accompagnamento al decreto a giustificazione della scelta legislativa di limitare nel tempo l'efficacia delle previsioni innovative in ambito sanzionatorio.

L'art. 5 (nella versione originaria) dispone infatti che – fatto salvo per implicito l'art. 1, che concerne alcune disposizioni comuni alle sanzioni amministrative e penali –

le disposizioni di cui agli articoli 2 [modifiche al d.lgs. n. 471 del 1997], 3 [modifiche al d.lgs. n. 472 del 1997] e 4 [revisione delle sanzioni amministrative in materia di tributi sugli affari, sulla produzione e altri tributi indiretti] si applicano alle violazioni commesse a partire dal 1° settembre 2024.

Valeria Mastroiacovo, University of Foggia, Italy, valeria.mastroiacovo@unifg.it, 0000-0002-4090-9337

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Valeria Mastroiacovo, *I limiti alla modulazione degli effetti nel tempo delle norme sanzionatorie tra diritti e doveri dei contribuenti*, © Author(s), CC BY-SA 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0.08, in Laura Castaldi, Francesco Zini (edited by), *Il principio di retroattività della lex mitior*, pp. 117-139, 2026, published by Firenze University Press and USiena PRESS, ISBN 979-12-215-1043-0, DOI 10.36253/979-12-215-1043-0

L'effetto della previsione è essenzialmente quello di disattivare il principio della *lex mitior* sancito tra le disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie¹.

Ma si tratta veramente di una scelta necessitata? A ben vedere, disporre l'irretroattività delle novità introdotte a mitigazione del sistema sanzionatorio amministrativo è frutto della discrezionalità legislativa, in nulla ascrivibile ai principi e ai criteri direttivi della delega che sul punto non hanno previsto alcunché, e costituisce, dunque, esercizio di potere della cui conformità a Costituzione è quantomeno opportuno provare a ragionare².

Secondo quanto si legge nella citata relazione illustrativa, la *ratio* della previsione risiederebbe nel fatto che la complessiva revisione del sistema sanzionatorio si inserisce nell'ambito di una più ampia e organica riforma degli istituti sostanziali e procedurali del diritto tributario in attuazione della citata legge delega. In altri termini sarebbe

proprio alla luce della rinnovata impostazione del rapporto tra amministrazione finanziaria e contribuenti, cui si correla l'introduzione di nuovi principi per la materia e la predisposizione di nuovi istituti giuridici per la gestione del rapporto tributario, che si è reso necessario portare a termine un processo di revisione organica dell'assetto del regime sanzionatorio nell'ordinamento tributario.

Ciò sarebbe avvenuto mediante una rimodulazione delle sanzioni applicabili alle varie tipologie di violazioni e operando una revisione delle procedure applicative e dei principi fondamentali relativi alle sanzioni stesse. Pertanto, nella relazione si conclude che

in questo contesto, proprio il principio di ragionevolezza avrebbe richiesto che il parametro temporale di applicazione delle norme di riforma del sistema sanzionatorio tributario fosse determinato in via unitaria e fosse correlato con

¹ Per un'esauriente disamina delle implicazioni del principio si rinvia a Ronco (2017, 148 ss.). Per agevolare il lettore si riporta il contenuto dell'art. 3 del d.lgs. n. 472 del 1997 che dispone: «1. Nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione. 2. Salvo diversa previsione di legge, nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce violazione punibile. Se la sanzione è già stata irrogata con provvedimento definitivo il debito residuo si estingue, ma non è ammessa ripetizione di quanto pagato. 3. Se la legge in vigore al momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo». In attuazione dei principi della legge delega n. 111 del 2023 è stato aggiunto un ultimo comma 3-bis che recita: «La disciplina delle violazioni e sanzioni tributarie è improntata ai principi di proporzionalità e di offensività» e la rubrica dell'articolo è stata modificata in «Principi di legalità e proporzionalità». A tal riguardo è bene ricordare che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 46 del 2023 aveva fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina sollecitando una rivalutazione del principio di proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni.

² Per considerazioni a sostegno dell'illegittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 87 del 2024 si rinvia a Corasaniti (2024, 1270 ss.).

quello di applicazione della generalità degli istituti sostanziali e procedurali oggetto della riforma fiscale e cui la stessa riforma delle sanzioni si accompagna.

A sostegno di tale giustificazione la relazione riporta alcuni stralci della sentenza n. 288 del 2019 della Corte Costituzionale – ortopedicamente estratti da vari punti del considerato in diritto relativo a un contesto decisamente differente – dai quali si ritiene di poter desumere

un insegnamento [...] in materia di diritto tributario sostanziale [che] costituisce espressione di principi interpretativi di carattere generale e, come tale, trova applicazione anche in materia di sanzioni amministrative tributarie.

È però il caso di precisare che i passaggi argomentativi della sentenza del 2019 miravano a verificare tutt'altro e più precisamente la presenza nell'ordinamento di misure legislative compensative di natura sostanziale per la determinazione di un tributo di nuova istituzione, coeve alla norma censurata che dovevano perciò essere complessivamente considerate ai fini del vaglio di ragionevolezza intrinseca della norma stessa. Se non si è male inteso, invece, il principio generale che ne vuole trarre la relazione illustrativa sul differente piano delle norme procedurali sarebbe quello per cui il giudizio di ragionevolezza di norme esito di una revisione di sistema deve avere riguardo all'insieme degli interventi legislativi che hanno complessivamente accompagnato quello di cui si discute. Da qui la relazione illustrativa giunge a concludere che, nella specie, la limitazione degli effetti temporali delle modifiche sanzionatorie sarebbe funzionale ad evitare che le norme sanzionatorie più favorevoli operino in un contesto contraddistinto da valori e interessi del passato diversi da quelli del futuro sistema tributario.

A questo argomento che definirei di asserita «necessità sistematica» di deroga al principio di retroattività della *lex mitior*, la relazione illustrativa ne aggiunge altri (che non sembrano parimenti decisivi e che saranno ripresi nelle considerazioni conclusive): da un lato, che si tratta di un principio privo di una copertura costituzionale, salvo che per le sanzioni penali o sostanzialmente penali, dall'altro lato, che «l'interesse costituzionalmente protetto all'equilibrio del bilancio pubblico altrimenti pregiudicato dalla retroattività della novella, sarebbe suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionalmente protetti».

E che non si tratti di argomenti decisivi ne è ulteriore prova il fatto che, a poco tempo dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 87 del 2024, lo stesso legislatore è intervenuto a mitigare gli effetti della limitazione temporale con una serie di interventi che fanno vacillare sia la cosiddetta necessità sistematica, che le implicazioni di bilancio.

L'art. 18 del d.lgs. 12 giugno 2025, n. 81 (Disposizioni integrative e correttive in materia di adempimenti tributari, concordato preventivo biennale, giustizia tributaria e sanzioni tributarie) ha aggiunto un'ipotesi di esclusione dalla prescrizione sulla decorrenza. Pertanto, all'esito della riformulazione l'art. 5 ora dispone che «le disposizioni di cui agli articoli 2, 3 'a esclusione del comma 1, lettera o)' e 4 si applicano alle violazioni commesse a partire dal 1°

settembre 2024». La lettera o) del primo comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 87 del 2024 prevede l'inserimento nel decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472 dell'art. 17-bis (Definizione agevolata delle sanzioni in caso di autotutela parziale), ai sensi del quale

nei casi di annullamento parziale dell'atto il contribuente può avvalersi degli istituti di definizione agevolata delle sanzioni di cui all'articolo 16 del presente decreto e 15 del decreto legislativo 19 giugno 1997, n. 218, alle medesime condizioni esistenti alla data di notifica dell'atto, purché rinunci al ricorso e l'atto non risulti definitivo. In caso di rinuncia al ricorso le spese del giudizio restano a carico delle parti che le hanno sostenute.

L'effetto dell'esclusione comporta dunque la possibilità di avvalersi anche per il passato (nel caso di atti non ancora definitivi e di contenziosi pendenti) del neo-introdotto istituto dell'autotutela parziale con ripercussione sulle sanzioni, ancorché quantificate in base alla normativa precedentemente in vigore³.

A ciò si aggiunga che lo stesso legislatore (*recte* governo), che ha scelto di non dare ingresso alla retroattività della *lex mitior* per ragioni di natura sistematica, continua – nel mentre – a varare misure straordinarie (tra ravvedimento operoso speciale generalizzato e ravvedimento operoso speciale per soggetti ISA aderenti al concordato preventivo biennale, a cui si devono aggiungere anni di stralci automatizzati su quote inesigibili e rottamazioni dei ruoli) tutte finalizzate a definire 'vicende' del passato facendo leva, imprescindibilmente, sulla riduzione dell'ammontare delle sanzioni non senza ripercussioni sul bilancio dello Stato (Mastroiacovo 2025).

Tutto ciò è di spunto per una riflessione di carattere più ampio sui limiti alla modulazione degli effetti nel tempo delle norme sanzionatorie tributarie tra diritti e doveri dei contribuenti, per poi rassegnare qualche considerazione conclusiva sulla specifica disposizione dalla quale abbiamo tratto le mosse, ciò in quanto la maggior parte delle disposizioni del d.lgs. n. 87 del 2024 prevede dal 1° settembre 2024 una sanzione più lieve di quella applicabile alle medesime violazioni commesse prima dell'entrata in vigore della novella.

³ Si tratta di un intervento che mira ad attribuire una base normativa a quanto l'Agenzia delle entrate aveva ritenuto (in modo non pienamente convincente) di poter concludere già in via interpretativa nella circolare 21/E/2024. Ed infatti, l'art. 17-bis aveva reintrodotto, a determinate condizioni, la possibilità per il contribuente – prima prevista dall'abrogato art. 2-quater, comma 1-sexies, del d.l. n. 564 del 1994 – di avvalersi degli istituti di definizione agevolata delle sanzioni a seguito della notifica di un provvedimento di autotutela parziale. L'Agenzia, nella citata circolare, facendo leva su un passaggio della relazione illustrativa al decreto attuativo n. 87 del 2024 che si esprimeva in termini di «ripristino del beneficio» aveva ritenuto di concludere che «coerentemente con la ricordata finalità di ripristinare un beneficio (i.e. la definizione agevolata delle sanzioni) già previsto, a favore del contribuente, dall'abrogata disciplina in materia di autotutela, si ritiene che la definizione agevolata delle sanzioni disciplinata dall'articolo 17-bis sia applicabile, alle condizioni ivi previste, anche ai provvedimenti di autotutela parziale emessi dopo l'abrogazione dell'articolo 2-quater del decreto-legge n. 564 del 1994 (18 gennaio 2024)».

2. La civilizzazione della materia tributaria tra principi e deroghe

Ormai vent'anni fa, in occasione di uno studio sui limiti alla retroattività nel diritto tributario, si era dato atto di una sorta di processo di «civilizzazione» del diritto tributario.

Fin dalla metà degli anni Sessanta la Corte Costituzionale aveva predicato quali fossero i canoni «di civiltà giuridica» senza mai tralasciare di osservare che talvolta questi potevano essere derogati nella materia tributaria, in ragione di un interesse fiscale esito di una costruzione autoritativa del rapporto fisco contribuente. In particolare, con l'entrata in vigore dello Statuto dei diritti del contribuente, ma anche con la progressiva attenzione a istituti – spesso di derivazione comunitaria – come il contraddittorio e la proporzionalità, si era rinnovata l'attenzione all'individuazione dei principi della materia e ai limiti alla loro derogabilità. Si era affermato che

se da un lato l'interprete viene «abituato» – mediante sollecitazioni anche giurisprudenziali – a fare ricorso a questi principi generali, dall'altro, lentamente e non senza contraddizioni il legislatore viene «invitato» ad una coerenza sistematica maggiore, che trova conferma nei recenti tentativi di codificazione e contribuisce – a nostro avviso – a rafforzare il ruolo del principio di ragionevolezza nella risoluzione di questioni di legittimità (Mastroiacovo 2005, 2).

Questa prospettiva appare oggi ancora valida e anzi ancora più stringente proprio in ragione del recente progetto governativo di ristrutturazione del sistema tributario fino al traguardo della codificazione della materia che sembra voler dare maggiore consistenza al nucleo dei principi rispetto ai quali potere – nel tempo – verificare la coerenza e la ragionevolezza degli interventi del legislatore futuro⁴. Un progetto complesso che – a quanto dichiarato dal viceministro – intende rifondare il rapporto fisco contribuente: una riforma 'di progresso', che in quanto tale imporrebbe il canone della retroattività, salvo la tutela dei diritti quesiti. Una riforma nella prospettiva di collaborazione e non più autoritaria⁵, regolata alla luce della certezza del diritto, della semplificazione e della propor-

⁴ Per considerazioni di sistema si rinvia a Fedele (2024, 77 ss.); Mastroiacovo (2024, 535); Giovanardi (2024); Basilavecchia (2024).

⁵ È del resto questo il significato che la stessa Corte Costituzionale ha attribuito, di recente, agli interventi normativi di riforma della fase dell'attuazione dei tributi. In particolare nella sentenza n. 137 del 2025, che a conclusione degli argomenti per un'interpretazione costituzionalmente conforme della disciplina sulle preclusioni procedurali e processuali di cui all'art. 32, comma 4, del d.P.R. n. 600 del 1973 ha precisato che «così ridimensionata e intesa, la norma censurata è idonea a inserirsi nel più ampio contesto dell'evoluzione dei rapporti tra "autorità" e "consenso" e del tentativo di un graduale abbandono, da parte del legislatore tributario italiano, della risalente visione autoritaria del rapporto tra amministrazione finanziaria e contribuente a favore di una progressiva partecipazione di quest'ultimo al procedimento. A partire dalla fine degli anni Novanta, infatti, questa evoluzione ha sancito un progressivo passaggio a un approccio fondato sulla collaborazione. Tale approccio si basa sul presupposto che le relazioni improntate sulla fiducia e sulla collaborazione reciproca siano, in molti casi, più efficaci del ricorso a strumenti autoritari e repressivi».

zionalità dell'azione amministrativa e che, in verità, scommette la sua buona riuscita in gran parte proprio sullo 'sconto' delle sanzioni tributarie. Uno sconto da intendere in gergo quasi bancario, in ragione dell'anticipazione temporale dell'esercizio delle funzioni amministrative e contenziose mediante un adempimento «spontaneo» del contribuente⁶.

Ma procediamo con ordine. A ben vedere, nel faticoso percorso di «civilizzazione» del diritto tributario, in ambito sanzionatorio, il legislatore aveva scelto di recepire i principi di legalità, di divieto di ultrattività della sanzione nel caso di *abolitio criminis* e di retroattività della *lex mitior* all'art. 3 del d.lgs. n. 472 del 1997 (Del Federico 1993, 19 ss.; 2016, 1421 ss.; Cordeiro Guerra 1996, 150 ss.), ancorché nulla al riguardo disponessero i principi e criteri direttivi della legge relativa delega n. 662 del 1996. Una scelta significativa, che peraltro si collocava oltre il perimetro tracciato dal legislatore stesso per le sanzioni amministrative in genere, posto che l'art. 1 della legge n. 689 del 1981, aveva sancito anche per queste il principio di irretroattività senza tuttavia prevedere quello della retroattività della *lex mitior*⁷. Si è trattato di un'importante rivoluzione dei principi ordinanti questo microsistema normativo (Batistoni Ferrara 1999, 11355; 2011, 734; Giovannini 1997, 1196), che relativamente alle sanzioni amministrative tributarie ha portato ad abbracciare definitivamente i canoni fondamentali dell'impianto penalistico in radicale controtendenza rispetto alla normativa previgente formata fin dal 1929 al crisma dell'ultrattività delle leggi finanziarie sanzionatorie sia penali che non.

Ecco allora il cuore delle questioni: occorre individuare i principi e il loro radicamento nel sistema per stabilire i limiti alla loro derogabilità. Come a suo tempo precisato, queste considerazioni comportano un'indagine che investe, da un lato, il piano della vincolatività delle norme sulla produzione normativa e, dall'altro, il piano della sindacabilità delle scelte del legislatore alla luce di una nuova lettura dei parametri di legittimità costituzionale, nonché dei vincoli normativi derivanti dal settore comunitario e internazionale; ciò

muovendo dalla convinzione che si tratti di ambiti teleologicamente convergenti, in quanto la comprovata ricezione a livello politico e culturale di principi generali che disciplinano l'esercizio del potere legislativo determina la rilevanza di questi stessi precetti ai fini di un giudizio di ragionevolezza e di congruenza delle scelte normative operate (Mastroiacovo 2005, 3).

⁶ Si tratta di considerazioni critiche già precedentemente svolte e per le quali si rinvia a Mastroiacovo (2023, 479 ss.).

⁷ Si precisa fin d'ora che la Corte Costituzionale con sentenza n. 193 del 2016 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale prospettata proprio in riferimento alla mancata previsione dell'applicazione della legge più favorevole agli illeciti amministrativi, ritenendo non decisivo il *tertium comparationis* individuato tra l'altro nell'art. 3 del d.lgs. n. 472 del 1997 stante la specificità della materia tributaria e riportando in sostanza la questione a «scelte di politica legislativa». Tale sentenza è riportata (in altri stralci) nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 87 del 2024 per avvalorare la tesi della discrezionalità del legislatore nel derogare al canone della retroattività *in mitius*, senza tuttavia contestualizzare la fattispecie su cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi; critico sul punto Corasaniti (2024, 1278).

3. Le diverse *rationes* che presiedono ai principi generali sulla irretroattività e retroattività delle leggi sanzionatorie

Seguendo un ordine gerarchico, la prima (e unica) norma sulla produzione normativa che nel nostro attuale sistema giuridico si impone al legislatore come soglia invalicabile alle limitazioni nel tempo delle disposizioni sanzionatorie è sancita all'art. 25 della Costituzione e dispone che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Si tratta del principio della irretroattività della legge penale oggi universalmente riconosciuto dalla maggior parte delle legislazioni, tradizionalmente ricondotto – quanto a *ratio* – alla traduzione del noto canone *nulla poena sine lege*.

Non è il principale fuoco di interesse di questo scritto e non vi è dunque spazio per ricostruirne la storia ma pare di rilievo evidenziare che nella particolare ricostruzione effettuata dal Gabba (1884, 268) tale principio deve considerarsi tutt'altro che consolidato nel diritto romano classico pur di ampia ispirazione al cosiddetto diritto comune. Dagli studi condotti dall'Autore, nel secondo dei quattro volumi dedicati alla teoria della retroattività delle leggi emerge che le più esplicite dichiarazioni del principio di irretroattività della legge penale sono rinvenibili nella legislazione rivoluzionaria francese (nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e nelle due costituzioni del 25 giugno 1793 e del 5 fruttidoro anno III) e nella costituzione degli Stati Uniti e da lì a seguire in tutti i codici penali d'Europa e, in particolare, l'art. 3 del codice penale italiano del 20 novembre 1859. Ma ciò che più pare di interesse è l'attestazione di come in precedenza e specialmente nel diritto romano di epoca repubblicana «la retroattività delle leggi penali intorno ai delitti evidenti fosse tanto frequente».

A tale conclusione egli perviene attraverso lo studio di alcune fonti, anche tenendo conto delle modalità in cui allora era amministrata la giustizia penale. Poiché questa, a differenza della giustizia civile, era amministrata dal popolo e non già dal magistrato, così che il reo

si doveva aspettare di soffrire quella pena che al momento del giudizio sarebbe stata giudicata proporzionata o, in altri termini, si doveva aspettare che per ogni singolo caso venisse emanata una nuova legge e speciale.

In ragione di questa modalità di esercizio del potere giurisdizionale – sostanzialmente legislativo – poteva accadere piuttosto di frequente che

ogni legge avesse l'aspetto di una giusta ed esatta interpretazione e soddisfazione della giustizia assoluta. [...] Ben s'intende che nello apprezzare il valore di un singolo reato si cedeva molte volte alla passione, e molto spesso all'odio del partito politico contrario [...] Questa idea, e non già il disconoscimento inconsapevole di uno dei principi più necessari all'ordine civile, fu la causa dell'essere state emanate nell'epoca repubblicana tante leggi penali retroattive (Gabba 1884, II, 283).

Certo ne erano oggetto fattispecie delittuose considerate gravissime e non previste da leggi anteriori (come la strage di Clodio, le corruzioni operate da

Milone) che necessitavano di pene (innovative) proporzionate alla loro straordinaria gravità. Si trattava di una giustizia dominata esclusivamente da considerazioni di ordine 'morale', non temperata dalle garanzie della certezza del diritto e della prevedibilità della pena, conquiste, dunque, moderne del diritto penale.

Garanzie che, come già detto, il nostro ordinamento, ha introdotto oggi a livello costituzionale solo per la materia penale rispetto a canoni già precedentemente sanciti nel diritto precostituzionale anche per la legge in generale, ad esempio all'art. 11 delle preleggi al codice civile (e prima nelle disposizioni preliminari al codice civile del 1865). È dunque evidente che ci troviamo di fronte a una precisa scelta dell'Assemblea costituente e di questo vi è chiara traccia nella seduta del 15 aprile del 1947 quando venne respinto l'emendamento⁸ per l'introduzione di una formulazione generale dal seguente tenore: «la legge dispone per l'avvenire, essa non ha efficacia retroattiva nei confronti dei diritti quesiti». La Commissione espresse nettamente il suo parere contrario con argomenti⁹ che confermano che la modulazione degli effetti nel tempo dell'efficacia di una 'nuova' legge può costituire uno strumento efficace per un esercizio 'giusto' del potere legislativo intendendo per tale ciò che contingentemente risulta più rispondente ai valori e agli interessi generali.

Si tratta di una prospettiva ben nota al diritto tributario che conta diversi progetti di legge costituzionale per la cristallizzazione del canone della irretroattività in nome della certezza e della prevedibilità dell'imposizione; progetti tutti, ad oggi, fallimentari per ragioni non univocamente riconducibili a un autoritarismo statale per il cosiddetto interesse fiscale, quanto piuttosto per consentire al legislatore una ragionevole attuazione al dovere di concorrere alle pubbliche spese, quale adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale anche attraverso la modulazione temporale degli effetti giuridici.

⁸ Emendamento presentato da Dominedò (Democrazia cristiana) sostenendo «che in sede costituzionale non si possa rinunciare a dettare una norma la quale rappresenta una conquista della civiltà giuridica, ed essendo già menzionata in sede particolare di singolare importanza, dovrebbe essere logicamente riportata in sede generale alla dignità che le conviene».

⁹ Per voce del presidente della Commissione Tupini si afferma: «E allora le dico subito che in materia penale la irretroattività della legge è indiscutibile. [...] In materia civile però bisogna procedere con estrema cautela. Se l'onorevole Dominedò ha seguito, come non dubito, i lavori recentissimi della Costituente francese, mi potrà dare atto che quei nostri colleghi hanno discusso per varie ore il problema da lui proposto a quest'Assemblea, per concludere in senso negativo. E secondo me hanno fatto bene. Qui stiamo in campo costituzionale, non di legislazione ordinaria. Non c'è dubbio che il principio generale della irretroattività debba guidare tutta la legislazione e tutta l'attività del legislatore; ma quando si verte nel campo del diritto privato non si può trascurare il carattere specifico di mobilità che lo caratterizza e distingue, specie in materia di diritti sociali, di fronte ai quali non dobbiamo né possiamo fin da questo momento cristallizzare o incatenare in formule rigide la necessaria libertà del legislatore futuro, il quale però dovrà usarne con prudenza e col dovuto rispetto, compatibile col bene generale, dei diritti quesiti. Se facessimo diversamente, sottoporremmo tutto l'apparato costituzionale a una vicenda continua di rifacimenti che metterebbero in forse la stessa stabilità della nostra carta fondamentale. Bisogna quindi non impedire in modo assoluto alla legge di interpretare tempestivamente certe esigenze di carattere sociale senza dovere ricorrere a revisioni costituzionali troppo frequenti».

In altri termini, mutuando la teoria di Gabba (1884, I, 24) in un'epoca costituzionale, potremmo dire che i costituenti hanno ritenuto che sancire rigidamente l'irretroattività della legge non avrebbe consentito al legislatore esercitare con pienezza le sue prerogative di contemperamento della 'legge del progresso sociale' e quella 'del patto sociale' (che comporta la salvezza dei diritti quesiti).

Per tale ragione, salvo che in ambito penale, la regola dell'irretroattività si impone unicamente all'interprete e il legislatore può derogarla (anche implicitamente solo sul piano logico) con previsioni la cui legittimità sarà rimessa al vaglio della Corte Costituzionale (salvo l'eventuale implicazione delle alte Corti europee o internazionali) che dovrà tenere conto del contesto dei principi generali in cui esse si inseriscono in rapporto di deroga.

Ecco dunque che, sgombrato il campo dalla sussistenza di un limite assoluto a garanzia della irretroattività della legge, il cuore della questione resta il rapporto tra norme e la ragionevolezza della scelta legislativa nella deroga al principio. E da qui discende che – come è noto – vi sono deroghe a principi che costituiscono esse stesse principi generali.

E in particolare, sostanzialmente coeva al principio di irretroattività della legge penale è la sua più importante deroga che si è imposta nel sistema giuridico come regola della retroattività della *lex mitior*, quale portato a sua volta del principio del *favor rei*. Questo principio trova ancora oggi la sua regolamentazione in diritto penale ai commi successivi al primo dell'art. 2 del codice penale del 1930 con una disciplina in verità articolata in ragione della diversità delle evenienze possibili come esiti delle modificazioni disciplinari (in particolare differenziando l'ipotesi dell'*abolitio criminis*). Ciò che qui preme unicamente precisare è che, pur nella previgenza e nella notorietà di questi precetti al tempo della Costituente, l'Assemblea ha ritenuto di non doverne recepire il contenuto a livello costituzionale, anche in questo caso per lasciare margine al legislatore di valutare discrezionalmente la modulazione delle leggi nel tempo soprattutto avuto riguardo al caso delle leggi temporanee o eccezionali.

Dal resoconto della medesima seduta del 15 aprile del 1947 si può leggere che dopo ampio dibattito Giovanni Leone (futuro Presidente della Repubblica) ebbe ad osservare che

per quanto poi attiene al problema della legge più favorevole, io penso, che non sia questa la sede per risolverlo, sia perché questo è un problema di dettaglio, nel quale il legislatore futuro potrebbe anche essere di diverso avviso, senza con questo mancare alla nostra tradizione; sia perché, secondo me, se fosse risolto dovremmo occuparci di una serie di problemi (come quello della successione delle leggi penali eccezionali e temporanee) estranei all'economia di una Carta costituzionale.

Il presidente Tupini espone la proposta della Commissione di

eliminare tutte le questioni che possono insorgere e che hanno avuto largo riflesso nel dibattito nell'Assemblea a proposito dell'applicazione della legge più favorevole, specie in relazione alle leggi eccezionali

e la formulazione viene approvata limitatamente al divieto di retroattività così come è oggi nell'art. 25 Cost.

Seppure quindi il principio della retroattività della *lex mitior* è da tempo radicato nella nostra cultura giuridica lo è altrettanto l'ulteriore deroga, che costituisce a sua volta un principio, sancita circa le leggi temporanee o eccezionali così che «se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti».

Anche di questi principi non è chiaro individuarne le origini. Gabba imputa a Seeger (1852, 52) il rinvenimento della prima citazione in Riccardo Malumbrano (giureconsulto che visse tra il XIII ed il XIV secolo) riguardo a una questione

insorta a Padova di come si dovesse punire una contravvenzione al divieto del commercio del sale con Venezia, commessa mentre la pena comminata era di 100 lire, che erano state poi ridotte a sole 25 prima del giudizio (Gabba 1884, II, 292).

In verità la prevalente opinione dei giureconsulti fino al XV secolo era che «ogni reato si dovesse punire secondo la legge vigente al tempo in cui fosse stato commesso, non avendo riguardo a legge posteriore la quale avesse accresciuto e diminuito la pena». La giustificazione di tale tesi risiedeva nella certezza del diritto e nella prevedibilità della pena, quale esercizio di diritto positivo, la cui forma e origine doveva essere determinata dal luogo e dal tempo. Tuttavia, il principio della retroattività della *lex mitior* intorno al quale non si trovarono concordi i giureconsulti italiani dei secoli precedenti, dal XVI secolo in poi ebbe un grande rilievo, fino a prevalere.

Se infatti alla base del principio di irretroattività della legge vi è l'esigenza della certezza e della prevedibilità, anche in tale contesto si fa strada la cosiddetta questione morale per cui occorre che l'ordinamento non punisca o continui a punire per ragioni che nell'ordinamento stesso non sono più considerate valide, poiché «la diversa valutazione, giustificata o ingiustificata, corrisponde a mutamenti di opinioni, giudizi di opportunità, rapporti di forze e di interessi, modo di sentire uomini e cose»¹⁰.

Tuttavia, questa medesima esigenza conduce a stabilire un'ulteriore deroga alle precedenti previsioni nel caso in cui si tratti di leggi eccezionali o temporanee perché sono leggi la cui validità è strutturalmente legata ad un evento o un effetto che nasce di per sé circoscritto nel tempo. Pertanto, la disapplicazione del *favor rei* in questo caso certo risponde all'esigenza di carattere politico di mantenere l'effetto preventivo e deterrente nei confronti dei destinatari, ma anche alla ragione di ordine logico sistematico di non poter estendere un trattamento particolare a fattispecie rispetto alle quali non sussistono le ragioni che hanno condotto il legislatore all'emanazione di una determinata misura. La *ratio* della previsione della disapplicazione dei principi risiederebbe dunque nei limiti dell'interpretazione della legge eccezionale o temporanea come regolativa di

¹⁰ Si rinvia per tutti alla compiuta ricostruzione di Gallo (1999, 118).

fattispecie 'esclusive' così da circoscrivere sul piano della coerenza logico sistematica a esse gli effetti della legge.

A completamento di questo quadro d'insieme per l'individuazione dei principi sulla successione delle norme nel tempo e la loro derogabilità, pare il caso di segnalare che secondo la costante giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 63 del 2019, n. 236 del 2011, n. 215 del 2008 e n. 393 del 2006), la regola della retroattività della *lex mitior* non è riconducibile alla sfera di tutela dell'art. 25, secondo comma, Cost., neanche limitatamente alla materia penale, che sancisce piuttosto il principio di irretroattività apparentemente antinomico. Osserva infatti la Corte che la garanzia della libera autodeterminazione individuale non è posta in discussione dall'applicazione di una norma penale, pur più gravosa di quelle entrate in vigore successivamente, che era comunque in vigore al momento del fatto e ciò

per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo» (sentenza n. 394 del 2006). Cionondimeno, la Corte afferma che «la regola dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia penale – sancita, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, del codice penale – non è sprovvista di fondamento costituzionale: fondamento che la costante giurisprudenza di questa Corte ravvisa anzitutto nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006). Ciò in quanto, in via generale, «non sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)» (sentenza n. 236 del 2011) (sentenza n. 63 del 2019).

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

Ma non è tutto. Ad un'analisi più approfondita, anche tenuto conto di un orizzonte delle fonti internazionali, la Corte ha affermato che il valore tutelato da tale principio «può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo [...]. Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole» (sentenza n. 393 del 2006).

Da qui la Corte è di recente arrivata a precisare che

la giurisprudenza costituzionale è, in tal modo, giunta ad assegnare al principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale un duplice, e concorrente, fondamento. L'uno – di matrice domestica – riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nel cui alveo peraltro la sentenza n. 393 del 2006, in epoca immediatamente precedente alle sentenze «gemelle» n. 348 e n. 349 del 2007, aveva già fatto confluire gli obblighi internazionali derivanti dall'art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e dall'art. 49, paragrafo 1, CDFUE, considerati in quell'occasione come criteri interpretativi (sentenza n. 15 del 1996) delle stesse garanzie costituzionali. L'altro – di origine internazionale, ma avente ora ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'art. 117, primo comma, Cost. – riconducibile all'art. 7 CEDU, nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo (oltre alla sentenza Scoppola, Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia; sentenza 24 gennaio 2012, Mihai Toma contro Romania; sentenza 12 gennaio 2016, Gouarré Patte contro Andorra; sentenza 12 luglio 2016, Ruban contro Ucraina), nonché alle altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio, tra cui gli stessi artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost. A tale pluralità di basi normative nel testo costituzionale fa, peraltro, da contraltare la comune ratio della garanzia in questione, identificabile in sostanza nel diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione. Comune è altresì il limite della tutela assicurata, assieme, dalla Costituzione e dalle carte internazionali a tale garanzia: tutela che la giurisprudenza di questa Corte ritiene non assoluta, ma aperta a possibili deroghe, purché giustificabili al metro di quel «vaglio positivo di ragionevolezza» richiesto dalla sentenza n. 393 del 2006, in relazione alla necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all'interesse individuale in gioco (sentenza n. 63 del 2019).

Tale articolata motivazione, da ultimo confermata dalla sentenza n. 73 del 2026, resta ad oggi espressamente circoscritta alle sanzioni di natura penale e sostanzialmente penale (secondo i cosiddetti criteri *Engel*) e tuttavia appare difficile sostenere che le argomentazioni che si fondano sul principio di eguaglianza debbano necessariamente rimanere circoscritte in quell'ambito disciplinare. Resta tuttavia evidente che il tema dei limiti alla modulazione degli effetti della legge nel tempo è questione essenzialmente da valutare sotto il profilo del ragionevole esercizio del potere legislativo, cui si aggiunge la necessità di individuare, in bilanciamento, un interesse costituzionalmente protetto.

3.1. Dall'ultrattività delle leggi sanzionatorie tributarie al *favor rei*

A completamento dell'elencazione dei principi sanciti nel nostro ordinamento per la regolazione nel tempo degli effetti delle sanzioni penali si deve aggiun-

gere un ulteriore precetto stabilito al di fuori del codice penale del 1930, ma ad esso coevo e di specifico rilievo per la materia tributaria.

Si tratta dell'art. 20 della legge n. 4 del 7 gennaio 1929 che sancisce la regola dell'ultrattività delle disposizioni penali delle leggi finanziarie e quelle che prevedono ogni altra violazione di dette leggi, per cui tali disposizioni dovevano trovare applicazione ai fatti commessi quando tali disposizioni erano in vigore ancorché le disposizioni medesime fossero state abrogate o modificate al tempo della loro applicazione.

Una logica simile a quella, già esaminata, che presiede agli effetti temporali delle disposizioni eccezionali o temporanee, ma che trova giustificazione piuttosto che nell'argomento sistematico sopra accennato della singolarità della fattispecie, nella specificità della funzione cui tali sanzioni presiedono.

Per contestualizzare, va detto che siamo alla fine degli anni Venti; l'urgenza della riforma fiscale e la lotta all'evasione, che avevano costituito lo stato d'eccezione all'origine della richiesta dei pieni poteri (Mastroiacovo 2020, 141-76), continuavano ad essere rappresentati dalla dottrina come questioni impellenti e improrogabili, tanto che si auspicava un'efficace, sia pur lenta, «rieducazione tributaria»¹¹. L'allora ministro dell'economia Mosconi iniziava il suo mandato col varare importanti riforme, prima tra tutte appunto una legge generale¹² per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, che introduceva sanzioni penali e amministrative contro le evasioni e le frodi fiscali la cui entrata in vigore venne agganciata alle contemporanee riforme del codice Rocco.

La chiave di volta di questa legge generale era data non solo dal principio di ultrattività sancito all'art. 20, ma dal rafforzamento che esso riceveva in virtù del disposto dell'art. 1 della medesima legge. Tale previsione esordiva affermando la valenza generale delle disposizioni della legge e proseguiva con una clausola di rafforzamento del seguente tenore:

le disposizioni della presente legge, e in quanto questa non provveda, quelle del Libro primo del Codice penale, non possono essere abrogate o modificate da leggi posteriori concernenti i singoli tributi, se non per dichiarazione espressa del legislatore con specifico riferimento alle singole disposizioni abrogate o modificate.

¹¹ Così Curato (1929, 159-68): «l'individuo non deve concepire lo Stato come un nemico, il contribuente non deve considerare come completamente sciupate le somme che paga al fisco e d'altro canto lo Stato non deve considerare il cittadino come un nemico, il contribuente come un frodatore». A ben vedere, tale pacificazione doveva segnare l'esito naturale della trasposizione nell'ordinamento tributario dei principi dell'ordinamento corporativo, analogamente a quanto teorizzato per l'eliminazione della lotta di classe (tra gli scritti sui rapporti tra la riforma tributaria e il corporativismo precedenti al primo Convegno di studi corporativi tenutosi in Roma nel 1930, si segnalano Uckmar (1928, 664-70; 1929, 36-9); Griziotti (1929, 712-7).

¹² Jarach, nel suo scritto sulla codificazione inglese, la definirà «le preleggi penali finanziarie» portandole ad esempio di una valida codificazione di sistema (Jarach 1938, 154).

Ciò significava che il canone dell'ultrattività unitamente alla clausola di autorafforzamento attribuivano al legislatore il potere di punire con particolare severità determinate fattispecie derogando al principio della *lex mitior* al di là della natura eccezionale o temporanea delle leggi e al contempo di avere il pieno dominio degli effetti di ogni abrogazione o modificazione legislativa anche dal punto di vista finanziario ai fini dell'equilibrio di bilancio. Ed infatti ogni deroga al principio di ultrattività doveva essere disposta per legge così che l'effetto della retroattività della *lex mitior* divenisse applicazione di una specifica previsione normativa anche al fine di ottenere dal contribuente determinate condotte riparatrici sia per profili formali che sostanziali relativi all'attuazione dei tributi¹³. Ogni deroga, modifica e abrogazione era monitorabile quanto ai suoi effetti finanziari poiché il principio generale operante era quello dell'ultrattività, a sua volta blindato dal punto di vista formale dalla clausola di autorafforzamento.

In altri termini, il principio generale della cristallizzazione degli effetti nel tempo delle sanzioni ha nel tempo consentito al legislatore – all'occorrenza – di derogare a questo stesso principio attraverso misure eccezionali aprendo così la lunga stagione dei condoni relativi alle sanzioni avendo però piena contezza dei relativi effetti finanziari.

Certo, a seguito dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, questa disciplina poneva più di un dubbio di costituzionalità (si rinvia per tutti agli scritti in Stella Richter et al. 1979).

Tuttavia, la Corte Costituzionale (sentenza n. 164 del 1974) chiamata a decidere se il citato art. 20 contrastasse o meno con il principio costituzionale d'eguaglianza, per il dubbio che la deroga apportata ai principi comuni in tema di successione di leggi penali creasse irrazionali disparità di trattamento tra i contravventori, ha ritenuto la questione priva di fondamento. Una sentenza stringata dalla motivazione perentoria che appare significativo riprodurre per esteso:

La norma impugnata, diretta a garantire che la spinta psicologica all'osservanza della legge fiscale non sia sminuita nemmeno dalla speranza di mutamenti di legislazione, appare ispirata alla tutela dell'interesse primario alla riscossione dei tributi (art. 53 Cost.), che, come riconosciuto più volte da questa Corte, è costituzionalmente differenziato (sentenze n. 45 del 1963, n. 91 del 1964, n. 50 del 1965) ed esige una tutela particolare. Non si ha pertanto violazione dell'art. 3 della Costituzione. Né esiste alcun ostacolo di carattere costituzionale, giacché l'art. 25 della Costituzione vieta la retroattività della legge penale, ma non concerne l'ultrattività che è disciplinata dall'art. 2 del codice penale.

I precedenti richiamati dettagliano l'interesse generale alla riscossione dei tributi, che considerano condizione di vita per la comunità: si tratta di un inte-

¹³ Numerosi nel tempo i casi di deroghe al principio di ultrattività delle leggi penali tributarie; spesso il legislatore ha efficacemente subordinato la possibilità di godere della retroattività della *lex mitior* alla regolarizzazione delle violazioni commesse per i periodi di imposta alle quali queste si riferivano (si veda ad esempio l'art. 7 del d.l. 16 marzo 1991, n. 83, convertito con modificazioni nella legge 15 maggio 1991, n. 154).

resse protetto sullo stesso piano di ogni diritto individuale «tanto che si impone di soddisfarne le esigenze pure nel conflitto con l'interesse alla inviolabilità del domicilio, non meno fondamentale del diritto alla tutela giurisdizionale» (sentenza n. 91 del 1964). Siamo al cospetto di una visione decisamente autoritativa del rapporto fisco contribuente finalizzata a giustificare presidi ordinamentali straordinari e derogatori che assurgono essi stessi a principi, la cui modulazione è rimessa nella discrezionalità del legislatore che esercita il suo potere anche attraverso deroghe dello stesso principio che siano tuttavia ragionevoli al fine di perseguire la *ratio* alla quale tale apparato sanzionatorio risulta essere preordinato ovvero sia l'interesse generale alla riscossione dei tributi. Vi è dunque una stretta correlazione tra l'attuazione del tributo e la sanzionabilità delle violazioni e l'impostazione autoritativa del rapporto tributario per cui il concorso alle pubbliche spese è esso stesso espressione di un potere di soggezione.

Eppure, di recente, la Corte Costituzionale ha recuperato questi stessi precedenti per declinare il dovere tributario in modo differente e – sembrerebbe – riconciliato da quella contrapposizione di interessi che lo aveva contraddistinto almeno fino alla giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta. Cosicché tale dovere viene ora ricondotto

al valore inderogabile della solidarietà di cui all'art. 2 Cost., è «preordinato al finanziamento del sistema dei diritti costituzionali, i quali richiedono ingenti quantità di risorse per divenire effettivi» (sentenza n. 288 del 2019).

In quanto

un'adeguata riscossione è essenziale non solo per la tutela dei diritti sociali, ma anche di gran parte di quelli civili, data l'ingente quantità di risorse necessaria al funzionamento degli apparati sia della tutela giurisdizionale sia della pubblica sicurezza, entrambi indispensabili per la garanzia di tali diritti. Da questo punto di vista, la [...] grave inadeguatezza dei meccanismi legislativi della riscossione coattiva nel nostro Paese concorre a impedire «di fatto» alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.: la funzione della riscossione, infatti, è essenziale «condizione di vita per la comunità», al punto da esprimere un interesse «protetto dalla Costituzione (art. 53) sullo stesso piano di ogni diritto individuale» (sentenza n. 45 del 1963).

Ecco che riprendendo quel percorso di «civilizzazione» della materia tributaria – cui si è fatto cenno all'inizio di questo scritto – ci troviamo in uno scenario piuttosto differente dal passato e le scelte compiute negli anni dal legislatore, anche in ambito sanzionatorio, riflettono questo cambiamento.

Mentre la legge delega n. 825 del 1971 aveva confermato il precedente impianto di microsistemi disciplinari per singoli tributi, in attuazione della legge delega n. 662 del 1996 il legislatore aveva introdotto una disciplina generale di principi (d.lgs. n. 472 del 1997) rispondente alle garanzie del diritto penale, compreso dunque il riferimento al principio della *lex mitior*; di lì a poco con l'art. 24 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, l'art. 20 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, venne abrogato, eliminando l'ultrattività per le leggi penali in materia finanziaria.

Da qui, il progressivo incremento delle sanzioni tributarie è andato di pari passo con la loro accresciuta valenza quale strumento di politica fiscale per agevolare l'operatività di diversi moduli consensuali e schemi procedimentali per l'attuazione del tributo. In generale, si può affermare oggi che la sanzione è divenuta strumento dell'acquisizione del tributo.

In questo contesto, nell'ambito delle sanzioni amministrative tributarie l'ispirazione ai principi penalistici fa sì che la successione delle leggi nel tempo sia regolata sullo schema dei principi prima ricordati: in primo luogo quello della irretroattività della legge, poi quello della retroattività della *lex mitior* e del *favor rei*. Manca invece il richiamo alla deroga nel caso di leggi eccezionali o temporanee e, proprio in esito al decreto attuativo di riforma n. 87 del 2024, viene aggiunto un comma 3 bis che non attiene immediatamente alla modulazione degli effetti nel tempo, ma non ne è del tutto estraneo, ai sensi del quale «la disciplina delle violazioni e sanzioni tributarie è improntata ai principi di proporzionalità e di offensività»¹⁴.

In mancanza ormai di una clausola di rafforzamento delle disposizioni di principio, l'abbandono del canone dell'ultrattività e il passaggio a quello della retroattività della *lex mitior* fanno sì che gli interventi mitigatori del legislatore producano di per sé effetti generali non arginabili. In altri termini se l'ultrattività aveva come effetto diretto quello di vincolare ogni sanzione al suo tempo, il principio della *lex mitior* rompe l'argine del tempo e inonda ogni fattispecie salvo che si sia formato un giudicato.

4. Argomenti contro le giustificazioni addotte dalla relazione illustrativa al decreto attuativo della riforma delle sanzioni

Appare allora indubbio che il legislatore del d.lgs. n. 87 del 2024 interviene in un momento storico in cui i principi generali che presiedono alla materia sanzionatoria tributaria trovano adeguata sintesi per quanto concerne l'ambito penale e sostanzialmente penale nell'art. 25 della Costituzione – in termini assoluti – per il principio di irretroattività della legge e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, della CGUE e della CEDU – in termini relativi, ma fortemente rafforzati nelle garanzie – per il principio della retroattività della *lex mitior*. Quanto all'ambito delle sanzioni amministrative non risultano, invece, coperture di rango costituzionale e tuttavia dalla stessa giurisprudenza costituzionale emerge con chiarezza che la retroattività *in mitius* costituisce un principio in determinati ambiti disciplinari, tra cui, appunto, quello delle sanzioni tributarie. Che la scelta del legislatore di adottare tale principio in determinati ambiti non consente di assumerli di per sé a *tertium comparationis* di altri ambiti in cui sono state effettuate scelte differenti. Ciò sembra rafforzare la valenza di principio all'interno del microsistema di riferimento che impone di conse-

¹⁴ Sulla proporzionalità si rinvia per tutti Giovannini (2024, 392 ss.); Salvati (2023); Cordeiro Guerra (2023, 527 ss.).

guenza, un maggiore rigore nella valutazione degli argomenti che la Corte Costituzionale espone a tutela del canone dell'eguaglianza e rispetto al quale esige in eventuale bilanciamento un interesse generale forte che si imponga anche al di là della mera non manifesta irragionevolezza.

Ecco allora che nell'individuazione dei possibili argomenti contro le giustificazioni addotte dalla relazione illustrativa al decreto attuativo della riforma delle sanzioni sembra opportuno muovere innanzitutto dalla constatazione che il legislatore delegato ha derogato al principio della retroattività della *lex mitior* disciplinato dall'art. 3 del d.lgs. n. 472 del 1997, confermandolo al tempo stesso come principio generale nell'ambito del medesimo contesto. Una conferma evidentemente reiterata all'art. 2 del testo unico delle sanzioni tributarie amministrative e penali del 5 novembre 2024 n. 173 (efficace dal 1° gennaio 2027) quale corollario del principio di legalità e proporzionalità.

La relazione illustrativa ritiene si tratti di una scelta necessaria per la ragionevolezza stessa della riforma di sistema.

Ebbene, ogni deroga è rimessa alla discrezionalità del legislatore e a poco giova riepilogare (Corasaniti 2024, 1276) le precedenti modifiche di ampio respiro del regime sanzionatorio in occasione delle quali detto canone non è stato derogato. Certo appare invece poco ragionevole addurre una ragione sistematica quasi negli stessi termini che la dottrina penalistica utilizza per giustificare la deroga prevista all'art. 2 del codice penale per le leggi temporanee o eccezionali, individuando cioè ragioni per discriminare le fattispecie in termini differenziali di esclusività. In questo senso la relazione illustrativa cita una serie di precedenti¹⁵ relativi ad ipotesi di derogabilità del principio proprio in ragione di mancata omogeneità tra contesti fattuali o normativi.

Non appare significativa l'eccezione per cui potrebbero giovare di sanzioni più lievi soggetti che, tuttavia, non hanno fruito dei nuovi moduli consensuali o dei nuovi schemi procedurali di *compliance* per l'attuazione dei tributi. L'argomento prova troppo se solo si considera che il regime sanzionatorio più lieve è entrato a regime per tutti e non solo per coloro che si apprestano all'adempimento spontaneo in ragione del rinnovato rapporto col contribuente.

«Il sole sorge sui giusti e sugli ingiusti» (Mt. 5,43-48) e se 'il sole' sono le sanzioni più lievi, coloro rispetto ai quali operare la comparazione in termini di ragionevolezza della deroga sono coloro che hanno violato la legge nel passato rispetto a coloro che la violeranno nel futuro. In altri termini il ragionamento della relazione illustrativa tradisce quanto già sopra evidenziato e cioè che le sanzioni non sono più considerate dal legislatore di per sé e in relazione a fattispecie di illecito tra loro chiaramente omogenee (ovverosia in ragione della loro precipua funzione di deterrenza), ma funzionalizzate all'attuazione del tributo.

¹⁵ È opportuno precisare che il riferimento alla Corte Costituzionale 22 luglio 2011 n. 32 (ordinanza) riteniamo sia da intendersi in realtà alla n. 326 (sentenza).

Ciò trova conferma nella tecnica dello stralcio ortopedico dei passaggi della sentenza n. 288 del 2019 operata nella relazione illustrativa a sostegno di un asserito principio interpretativo di valenza generale. Tale stralcio sembra piuttosto funzionale a teorizzare la costruzione di un sistema complesso in cui tributo, schemi di attuazione e sanzioni convergano unitariamente in una prospettiva unitaria, facendo così scolorire il complesso dei microsistemi interni ai singoli ambiti della materia tributaria presidiati dai propri principi: primo tra tutti quello sanzionatorio. In verità lo scopo dell'argomento utilizzato in sentenza sembra esattamente opposto: finalizzata a individuare un elemento interno al microsistema di determinazione del nuovo tributo e esigerne la relativa coerenza.

Si aggiunge dunque il dubbio se effettivamente a livello sistematico sia giustificabile che un intervento di grande riforma non debba imporsi come 'legge del progresso', salvo ovviamente la tutela dei diritti quesiti e che dunque proprio l'art. 3 della Costituzione, declinato nella sua pienezza, imponga un trattamento uniforme di fattispecie. Non solo quindi una questione di ragionevolezza della deroga ma anche di ragionevole discriminazione di fattispecie uniformi. È del resto questo il piano di riflessione che viene in evidenza dall'esame della giurisprudenza costituzionale sul principio della retroattività della *lex mitior*.

Se dunque è innegabile che il principio di retroattività *in mitius* è derogabile dal legislatore poiché la modulazione degli effetti nel tempo delle leggi resta – al di fuori della materia penale – una prerogativa imprescindibile dell'atteggiarsi del suo potere¹⁶, sarebbe certamente distonico rispetto alle ragioni al fondo della riforma fiscale e al progetto di rifondazione del rapporto fisco contribuente improntato non più sul potere di soggezione ma sul dovere di contribuzione, una deroga che risulti sostanzialmente 'autoritaria'.

Resta allora da verificare se l'argomento dell'interesse di bilancio opposto in bilanciamento dalla relazione illustrativa sia effettivamente sufficiente a fon-

¹⁶ Significativo, ad esempio, che secondo la Corte Costituzionale, quando essa si pronuncia con una sentenza di inammissibilità di sistema con monito al legislatore per la riforma della disciplina oggetto di censura, il legislatore stesso – qualora intervenga – non è perciò stesso tenuto a introdurre modifiche con efficacia retroattiva a far tempo dalla sentenza poiché anche la disciplina dell'efficacia temporale rientra nella sua piena discrezionalità (fermo restando che la disciplina dell'efficacia potrà essere oggetto di autonoma questione di legittimità costituzionale sottoposta al vaglio della Corte). In questi termini si è espressa la sentenza n. 46 del 2025 precisando che «La richiamata sentenza n. 120 del 2021 di questa Corte, infatti, appartiene al *genus* delle pronunce qualificate dalla dottrina di "inammissibilità di sistema", in quanto, pur riscontrando una dubbia compatibilità con i parametri costituzionali evocati, non si risolvono con una dichiarazione di illegittimità costituzionale, ma rimettono, in prima battuta, alla discrezionalità del legislatore (così, fra le altre, sentenze n. 130 e n. 71 del 2023 e n. 22 del 2022) il *quomodo* del necessario intervento – che può realizzarsi secondo un ventaglio di soluzioni plausibili – finalizzato a rimuovere il riscontrato *vulnus*. Da questo presupposto deriva che, nel caso di specie, per dare seguito allo specifico invito formulato *pro futuro* dalla stessa sentenza, il legislatore non era tenuto a intervenire in modo retroattivo, come invece ritiene il giudice rimettente, dal momento che anche la disciplina dell'efficacia temporale rientrava nella sua discrezionalità».

dare questa discrezionale limitazione temporale della riforma delle sanzioni amministrative.

Avendo a riferimento lo schema argomentativo della citata sentenza n. 193 del 2016 la relazione afferma che nella specie

la scelta del legislatore corrisponde a un interesse pubblico costituzionalmente protetto e suscettibile di bilanciamento e prevalenza rispetto a quello del singolo a vedersi retroattivamente applicata una sanzione inferiore.

Viene precisato che le sanzioni irrogate o da irrogare a fronte di violazioni commesse prima dell'entrata in vigore della riforma sono contabilizzate nel bilancio dello Stato come risultati della lotta all'evasione e che dunque l'applicazione retroattiva della *lex mitior* genererebbe gravi perdite in relazione a somme già contabilizzate al bilancio dello Stato. Da qui si conclude che l'unica possibilità per ovviare alla sopravvenienza passiva sarebbe quella di «drenare risorse dalla fiscalità generale, così da addebitare alla generalità dei contribuenti il costo di violazioni consumate all'interno di un sistema ordinamentale» diverso.

A rileggere questi passaggi viene spontaneo chiedersi se in effetti ciò che viene lamentato come possibile *vulnus* alla generalità dei contribuenti sia in effetti esattamente ciò che accade ordinariamente per effetto del funzionamento del sistema tributario che è strutturalmente a carico della generalità dei contribuenti e per tale ragione risente di ogni scelta compiuta dal legislatore.

L'effetto asistematico lamentato dalla relazione illustrativa è certamente il medesimo prodotto da scelte legislative a fattispecie esclusive, già sopra ricordate, quali ad esempio ravvedimenti operosi speciali, stralci automatizzati, rottamazioni dei ruoli. Si tratta comunque di misure che riducono le entrate al bilancio dello Stato: talvolta in termini di imposte e sempre in termini di sanzioni già contabilizzate per violazioni già commesse e pretese già notificate.

È di questi giorni la notizia che si è in procinto di varare una norma di legge per cancellare dal bilancio dello Stato – con evidenti sopravvenienze passive – 408,47 miliardi di euro di tributi non riscossi perché probabilmente non più esigibili: a nulla sono valse leggi speciali sulla riscossione e proroghe di stralci e di rottamazioni, anch'essi gravanti sul bilancio dello Stato quantomeno relativamente all'ammontare delle sanzioni. Viene allora il dubbio che una ragione per la quale l'art. 5 del d.lgs. n. 87 del 2024 ha derogato al principio della *lex mitior* è perché al contempo si è provveduto a prorogare la rottamazione dei ruoli, introdurre il ravvedimento operoso speciale per gli Isa, consentire l'accesso retroattivo al nuovo istituto dell'autotutela parziale, eccetera e che dunque una giustificazione della deroga fondata sull'art. 81 Cost. appare tutt'altro che dirimente¹⁷.

¹⁷ Né si fa onore alla Corte Costituzionale citando stralci di sentenze – prima tra tutte la n. 10 del 2015 – che avevano a riguardo tutt'altro contesto giuridico, posto che l'argomento dell'art. 81 è stato introdotto autonomamente dalla Corte stessa (non già dal legislatore) per motivare le ragioni della limitazione degli effetti nel tempo di un effetto altrimenti irragionevole perché avrebbe comportato un rimborso d'imposta a soggetti per i quali non era effettivamente dimostrabile la mancata previa traslazione del tributo su altri soggetti.

Del resto, anche di recente la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 111 del 2024 ha affermato chiaramente che

il «necessario bilanciamento di interessi fra esigenze finanziarie della collettività e tutela delle ragioni del contribuente» (sentenza n. 73 del 1996), cui, soprattutto in passato, si è fatto spesso riferimento, non può sistematicamente risolversi a favore delle prime, perché anche nella materia tributaria e persino quando, in momenti particolari, siano implicate straordinarie e preminenti esigenze della collettività, questa Corte è chiamata comunque ad assicurare, nella valutazione del bilanciamento operato dal legislatore, quanto meno il rispetto di una soglia essenziale di non manifesta irragionevolezza, oltre la quale lo stesso dovere tributario finirebbe per smarrire la propria giustificazione in termini di solidarietà, risolvendosi invece nella prospettiva della mera soggezione al potere statale.

E ciò va sistematizzato con quanto precisato dalla stessa Corte Costituzionale, in termini generali, nella sentenza n. 121 del 2025 ovvero sia che «il principio dell'obbligo della copertura finanziaria delle spese espresso nell'art. 81 Cost., [...] impone un preciso vincolo non al giudice, ma al legislatore e opera per ogni legge, inclusa la legge di bilancio, traducendosi nell'obbligo di predisporre, all'atto dell'approvazione delle norme, anche i mezzi per fronteggiare gli oneri che ne derivano». Pertanto, se è vero che le entrate reperite mediante i tributi concorrono (per il tramite delle decisioni sulla spesa pubblica) al finanziamento dei diritti (e che dunque è doveroso che lo Stato vigili anche su un'attuazione corretta ed efficace anche presidiata dalle sanzioni) ciò non limita di per sé la discrezionalità del legislatore, ma semmai impone allo stesso di intervenire con misure compensative adeguate.

Se fosse davvero possibile verificare l'incidenza diretta sulle singole voci, proprio la natura delle prestazioni e dei diritti menzionati in via esemplificativa dalla Cassazione osterebbe alla possibilità che gli stessi siano valutati in bilanciamento con altri, quanto meno relativamente al

nucleo minimo del diritto [che] è un limite derivante dalla Costituzione e va garantito [...], anche nei confronti della legge statale, a prescindere da considerazioni di ordine finanziario: [è] la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione (sentenza n. 275 del 2016 [...]) (Corte cost. n. 192 del 2024).

In questa prospettiva, infatti, tali diritti non potrebbero essere pregiudicati in modo assoluto e non potrebbero essere intaccati neanche da un'eventuale riforma retroattiva delle sanzioni.

A ciò si aggiunga che se il principio della retroattività della *lex mitior*, così come ricondotto all'art. 49 CDFUE e agli artt. 6 e 7 CEDU, costituisce oggi un principio generale del diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed è, pertanto, parte del diritto primario dell'Unione tutelato al pari delle libertà fondamentali incompressibili, non sembra che a tale cospetto si possa validamente opporre come controlimite la circostanza che

l'applicazione in mitius possa determinare effetti finanziari incidenti sull'equilibrio di bilancio di uno Stato da cui possano derivare l'istituzione di nuovi tributi o l'aggravio di tributi esistenti reperibili presso la fiscalità generale (CGUE, 12 maggio 2019, causa C-235/17, Commissione c. Ungheria, par. 121); in questo caso, infatti, sarebbe lo stesso principio della *lex mitior* a mostrarsi resistente in senso assoluto al bilanciamento.

Appare allora significativo segnalare che, da ultimo, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 73 del 2026 ha stabilito che una norma sanzionatoria (nel presupposto interpretativo del rimettente della natura punitiva della sanzione amministrativa, nella specie l'art. 1, comma 1097, della legge n. 205 del 2017), non prevedendo l'applicazione retroattiva della più favorevole disciplina dettata (in tema di violazione dell'obbligo del certificato di agibilità per i lavoratori dello spettacolo) viola gli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU e all'art. 49, paragrafo 1, CDFUE. La sentenza ha chiarito, in via preliminare, che, in tema di sanzioni amministrative di carattere punitivo-afflittivo, il giudice comune non può applicare direttamente la legge sopravvenuta più favorevole in assenza di una disciplina transitoria, ma è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale, la quale, attraverso un sindacato accentrato, deve verificare se la mancata previsione della retroattività della *lex mitior* sia compatibile con i parametri costituzionali.

Quanto al merito, si conclude che, una volta dimostrata la predetta natura punitiva, secondo i cd. criteri Engel, il principio della *lex mitior* non può essere bilanciato con altri principi dell'ordinamento neanche quelli incidenti sui profili di rilevanza economica.

Tuttavia la stessa sentenza al punto 14.2.3. precisa che «[n]el caso in esame, inoltre, non si è al cospetto di una "revisione dell'intero sistema sanzionatorio» di un ampio settore dell'ordinamento" (Corte di cassazione, sezione tributaria, sentenza 19 gennaio 2025, n. 1274), né di una sanzione che, per il suo vasto ambito applicativo, possa avere un'ingente incidenza sugli interessi finanziari dello Stato, ove venisse meno per il passato».

Tali precisazioni effettivamente sembrano circoscrivere l'ampiezza delle affermazioni di principio sul *favor rei* contenute nella sentenza n. 73 del 2026 nell'evenienza di future possibili rimessioni di questioni di legittimità costituzionale con le caratteristiche appena citate e che ben sembrerebbero attagliarsi proprio all'art. 5 del d.lgs. n. 87 d.lgs. n. 87 del 2024.

Resta il dato innegabile che la modulazione degli effetti nel tempo delle norme è da sempre prerogativa del potere legislativo che ben potrà valutare anche la cosiddetta questione morale attraverso la retroattività della *lex mitior*. Tuttavia, l'evoluzione del sistema giuridico e il consolidarsi della giurisprudenza delle alte corti nazionali e internazionali ha corroborato il perimetro dei principi attraverso i quali vagliare la legittimità delle scelte del legislatore.

Tale perimetro è anche in questi giorni ripercorso in tutta la sua estensione nelle numerose questioni pendenti in cui si cerca la strada per un 'giudice a Berlino'. Una strada che, dopo quanto incidentalmente precisato dalla citata sentenza n. 73 del 2026 e dall'articolata sentenza di Cassazione n. 1274 del 2025 (che

ha respinto la richiesta del pubblico ministero per la rimessione dello scrutinio dell'art. 5 del d.lgs. n. 87 del 2024 alla Corte Costituzionale), potrebbe anche deviare verso Strasburgo davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per la difesa dei diritti fondamentali dei contribuenti.

Nell'attesa, occorre segnalare che la sentenza n. 2888 del 2026 della CGT di primo grado di Roma ha disapplicato l'art. 5 del d.lgs. n. 87 del 2024, in quanto derogatorio del principio del *favor rei* e lesivo dell'art. 49, par. 1, della Carta di Nizza (così come interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea). Per l'effetto, l'ufficio dell'agenzia delle entrate ha proceduto al ricalcolo di quanto dovuto sulla base delle sanzioni, appunto più favorevoli, introdotte dal d.lgs. n. 87 del 2024.

La CGT di Roma ha deciso in tal senso nel presupposto che il principio del *favor rei*, come sancito nella Carta di Nizza e come interpretato dalla giurisprudenza della CGUE, è applicabile anche alle sanzioni amministrative tributarie afflittive e di natura sostanzialmente penale. In sostanza la CGT, ritenendo di non poter procedere a un'interpretazione della norma nazionale in modo conforme alle prescrizioni del diritto dell'Unione, non ha ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale, considerando prioritario il principio del *primato* che impone al giudice nazionale incaricato di applicare la norma, nell'ambito della propria competenza, di disapplicare qualsiasi norma del diritto nazionale contraria alle disposizioni del diritto dell'Unione che hanno effetto diretto.

Certo si tratta di una decisione con efficacia solo nel caso concreto, priva di quella valenza *erga omnes* tipica di una pronuncia di accoglimento della Corte Costituzionale o di un'altra alta Corte.

Riferimenti bibliografici

- Basilavecchia, Massimo. 2024. "Testi Unici della riforma fiscale vs Codice tributario: qualche considerazione va fatta." *Quotidiano Ipsos*.
- Batistoni Ferrara, Franco. 1999. "Il nuovo sistema sanzionatorio. Principi generali (legalità, *favor rei*, imputabilità, colpevolezza, cause di non punibilità)." *Fisco*: 11355.
- Batistoni Ferrara, Franco. 2011. "Commento all'art. 3, d.lgs. n. 472 del 1997." In *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo II – Accertamento e sanzioni*, a cura di Gaspare Falsitta, Augusto Fantozzi, Giovanni Marongiu, e Francesco Moschetti, 734. Padova: Cedam.
- Corasaniti, Giuseppe. 2024. "Riflessioni critiche sulla deroga al principio di retroattività della *lex mitior* nel decreto legislativo recante la revisione del sistema sanzionatorio tributario." *Diritto e pratica tributaria*: 1270 ss.
- Cordeiro Guerra, Roberto. 1996. *Illecito tributario e sanzioni amministrative*. Milano: Giuffrè.
- Cordeiro Guerra, Roberto. 2023. "Sanzioni amministrative tributarie e principio di proporzionalità." *Rivista trimestrale di diritto tributario*: 527 ss. https://www.rivistatrimetrale.dirittotributario.it/Article/Archive/index_html?ida=493&idn=46&idi=-1&idu=-1 (2026-05-09).
- Curato, Giuseppe. 1929. "Il contribuente ed il fisco." *Prolusione al Corso libero di scienza delle finanze nella Regia Università di Napoli*, retro, 159-68.

- Del Federico, Lorenzo. 1993. *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano: Giuffrè.
- Del Federico, Lorenzo. 2016. "Il principio di legalità." In *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, a cura di Alessandro Giovannini, Alberto Di Martino, e Enrico Marzaduri, 1421 ss. Milano: Giuffrè.
- Fedele, Andrea. 2024. "Testi unici e codificazione nella legge delega." In *L'attuazione della riforma tributaria*, a cura di Maurizio Logozzo, 77 ss. Pisa: ETS.
- Gabba, Carlo Francesco. 1884. *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. I-II. Torino: Giappichelli.
- Gallo, Marcello. 1999. *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*. Torino: Giappichelli.
- Giovanardi, Andrea. 2024. "Testi unici e codice tributario, una strada da percorrere con convinta determinazione." *Quotidiano Ipsos*.
- Giovannini, Alessandro. 1997. "Sui principi del nuovo sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria." *Diritto e pratica tributaria*: 1196.
- Giovannini, Alessandro. 2024. "I nuovi principi del sistema punitivo tributario: proporzionalità e identità del fatto materiale." *Rivista di diritto tributario* I, 392 ss.
- Griziotti, Benvenuto. 1929. "La trasformazione delle finanze pubbliche nello Stato Corporativo fascista." *Il diritto del lavoro* I, 712-7.
- Jarach, Dino. 1938. "Il progetto di codificazione dell'imposta sul reddito in Inghilterra." *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze* I, 154.
- Mastroiacovo, Valeria. 2005. *I limiti alla retroattività nel diritto tributario*. Milano: Giuffrè.
- Mastroiacovo, Valeria. 2020. "Il diritto tributario alla prova del regime tra urgenze di guerra e ambizioni di sistema." In *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, a cura di Italo Birocchi, Giovanni Chiodi, e Mauro Grondona, 141-176. RomaTrE-Press.
- Mastroiacovo, Valeria. 2023. "Procedimenti accertativi e nuovo rapporto tra Fisco e contribuente nella legge delega di riforma tributaria." *Rassegna Tributaria*: 479 ss.
- Mastroiacovo, Valeria. 2024. "Testi unici, codice tributario e technological management: prospettive di un sistema strutturalmente intricato." *Rassegna Tributaria*: 535.
- Mastroiacovo, Valeria. 2025. "Il cambio di passo nella riscossione va oltre gli interventi emergenziali." *Ifocus del sole 24 ore*: 6.
- Ronco, Stefano Maria. 2017. "Lex mitior e sanzioni amministrative tributarie." *Rassegna tributaria*: 148 ss.
- Salvati, Adriana. 2023. "Lineamenti definitori del principio di proporzionalità delle sanzioni", *Rivista di diritto tributario*. <https://www.rivistadirittributario.it/2023/03/21/lineamenti-definitori-del-principio-di-proporzionalita-delle-sanzioni/> (2026-05-09).
- Seeger, Hermann. 1852. *Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*. Tübinga: Verlag der H. Laupp.
- Stella Richter Mario, Pietro Nuvolone, Enrico Capaccioli, e Giovanni Marongiu. 1979. *Le sanzioni in materia tributaria*. Milano: Giuffrè.
- Uckmar, Antonio. 1928. "Verso una revisione corporativa della pubblica finanza." *Il diritto del lavoro* I: 664- 70.
- Uckmar, Antonio. 1929. "Riforme tributarie e Stato corporativo." *Diritto e pratica tributaria* I: 36-9.

Riflessioni sui possibili confini della regola di retroattività della *lex mitior* in materia tributaria

Laura Castaldi

1. Premessa

In previsione del fatto che altri Colleghi avrebbero affrontato *funditus* il tema oggetto del presente convegno incentrando l'attenzione sulla prospettiva che gli è propria, ovvero sia quella del diritto punitivo, per distinguere il mio intervento dal loro ho provato a riflettere sulla possibilità di intercettare spazi di predicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* in materia tributaria al di fuori e al di là dell'ambito normativo strettamente e squisitamente sanzionatorio.

Affrontare il tema da quest'angolazione impone due doverose premesse.

1.2. (Segue)

La prima si risolve in un'ovvietà: e cioè nell'evidenziare che il panorama di riferimento delle presenti riflessioni spazia su un campo – in particolare quello delle norme sostanziali – eccentrico rispetto a quello finora esaminato e che verrà esaminato dai relatori che seguiranno; campo con riferimento al quale, in prima battuta, verrebbe da dire che la questione non ha ragion d'essere.

Come messo in evidenza da attenta dottrina¹, invero, in una logica orizzontale – che vede, cioè, le norme impositive come norme regolatorie dei rapporti tra i consociati nella disciplina di loro riparto interno dei carichi pubblici (e,

¹ Rinvio alla pregevole monografia di Mastroiacovo (2005).

dunque, volte a definire la misura di chiamata alla concorsualità di ciascuno rispetto agli altri) – le norme sostanziali tributarie e, in specie, quelle impositive mancano per definizione di connotazioni sanzionatorio-punitive. E soprattutto, con riferimento ad esse, proprio perché «relazionali», è un non senso predicare l'esistenza stessa, in termini assoluti, di una *lex mitior*.

E, anzi, in via di principio qualsiasi alterazione, ora per allora, del riparto si volesse veicolare attraverso l'ipotesi immanenza del principio in questione con riferimento alle norme, appunto, impositive finirebbe per ingenerare squilibri tali da ripercuotersi in chiave, questa sì, *lato sensu* punitiva per talune categorie di contribuenti rispetto agli altri consociati. Non è un caso – e ci sembra non peregrino ricordarlo in questa sede – che una delle ragioni addotte dalla Corte Costituzionale per giustificare una sua (inusuale e del tutto innovativa) regolamentazione degli effetti temporali di una propria pronuncia di illegittimità costituzionale in materia tributaria – la sent. n. 10/2015 in tema di cd. Robin Hood tax – riguardasse proprio le ripercussioni distorsivo-negative, in termini di ricadute sulla fiscalità generale, derivanti dalla necessità di reperire gettito per far fronte ai rimborsi dovuti in forza della sentenza (oltreché – ma su questo torneremo più oltre – la questione dell'incidenza in argomento spiegata dai presumibili fenomeni traslativi d'imposta per effetto di rivalse *medio tempore* verificatesi che presumibilmente avevano interessato l'intera vicenda).

Tant'è.

Qui si vuole solo, un po' arditamente, riflettere sulla possibilità che – proprio partendo dall'assetto logico e di principio che sta alla base del riconoscimento di una immanenza della regola di retroattività della *lex mitior*, salvo giustificazioni di «ragionevole» deroga (secondo il canone di cui all'art. 3 Cost.)², in materia sanzionatoria – si possa affermare un qualche spazio di sua omologa predicabilità (ed eventualmente quale e a quali condizioni) con riferimento alle norme sostanziali tributarie e, comunque, al di là delle disposizioni sanzionatorie tributarie rispetto alle quali, com'è noto, il principio trova solido riconoscimento sia con riferimento alle sanzioni penali (ex art. 2 c.p. ed ex artt. 3 e 117 Cost.)³ anche e oltreché alla stregua del fondamento convenzionale ed europolitano che il principio si è visto riconosciuto dalle Carte⁴ e dalle Corti sovranazionali⁵), sia

² Secondo una lettura evolutiva delle deroghe ammesse come «ragionevoli» che ha visto il parametro valutativo spostarsi progressivamente dalla «non manifesta irragionevolezza» a quello che richiede la deroga sia «tale da superare un vaglio positivo di ragionevolezza in termini di bilanciamento tra diritti fondamentali»: bilanciamento che dovrebbe tenere conto della giurisprudenza della CEDU e della CGUE (sent. 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02 Berlusconi e altri).

³ Non invece, secondo l'orientamento maggioritario tra i penalisti, nell'art. 25 Cost. Per l'accesso dibattito in argomento ci limitiamo a rinviare, anche per più diffusi riferimenti dottrinali, a Viganò (2011).

⁴ Si veda art. 7 CEDU e art. 49 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE).

⁵ Si veda Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, sent. 17 settembre 2009 su cui Scaccianoce, 2013; in argomento ci limitiamo a richiamare Manes (2019); da ultimo CGUE sent. 1° agosto 2025 causa C-544/23 (*Bajl Trans*).

con riferimento alle sanzioni amministrative tributarie a motivo di quanto disposto dall' art. 3 d.lgs. n. 472/1997. Norma, quest'ultima, che, nella sua valenza di principio, segnala una (da tempo consolidata) consapevolezza legislativa dell' indefettibile connotato afflittivo-punitivo proprio delle sanzioni amministrative tributarie: in termini significativamente ben diversi rispetto a quanto registrato, più in generale, in tema di sanzioni amministrative, a motivo del (*in parte qua* omissivo) disposto di cui all'art. 1 l. n. 689/1981⁶.

In ciò, invero, dovremo fare i conti con la rigosità di lettura che del principio di retroattività della *lex mitior* è stata offerta dalla Corte Costituzionale, decisamente orientata a escluderne l' invocabilità con riferimento a norme prive di valenza sanzionatoria: come confermato, da ultimo, appunto dalla sent. n. 198/2022 sull'escussione da parte della stazione appaltante della cauzione provvisoria nei confronti di tutti i partecipanti (legge esistente *ratione temporis*) e non solo nei confronti dell'aggiudicatario che si riveli non possedere i requisiti (norma sopravvenuta). In tale occasione la Consulta è pervenuta a escludere l'applicabilità della *lex mitior* sopravvenuta sull' assunto trattarsi di norma concernente una misura ritenuta non già punitiva bensì avente natura prettamente ripristinatorio-indennitaria omologa a quella della caparra confirmatoria.

1.2.1. (Segue)

La seconda si riduce nel constatare che, mentre per quanto attiene al diritto penale (e a quello punitivo, più in generale) le coordinate di riferimento per una riflessione in argomento sono rappresentate da una pletera di metanorme – sia di rango costituzionale (art. 25 Cost. e 3 Cost.⁷), sia di rango convenzionale aventi ampio consenso internazionale testimoniato da una pluralità di fonti pattizie (art. 7 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'UE; art. 15 Patto internazionale dei diritti civili e politici delle Nazioni Unite adottato a New York il 16 dicembre 1966; art. 9 della Convenzione americana dei diritti umani), sia di rango ordinario (art. 2 del c.p.; art. 11 e art. 14 Preleggi, ma anche il previgente art. 20 l. n. 4/1929 abrogato dall'art. 24 del d.lgs. n. 507/1999, nonché l' art. 3 d.lgs. n. 472/1997 e da ultimo l'art. 10-ter co. 3 dello Statuto dei diritti del contribuente sull'applicabilità del principio di proporzionalità anche in materia sanzionatoria) – quando si sposta l'indagine oltre il confine del diritto sanzionatorio – che è quanto ci apprestiamo a svolgere in questa sede – i parametri di riferimento si rivelano più incerti: sia a livello

⁶ Per le oscillanti posizioni assunte a quest'ultimo riguardo dalla Consulta si veda Corte Cost. sent. n. 193/2016 (sulla quale Chibelli 2016); Corte Cost. sent. 68/2017 (sulla quale Viganò 2017) e, da ultimo, Corte Cost. sent. 63/2019 (sulla quale Scoletta 2019).

⁷ Va ricordato, infatti, (si veda *supra* nota 3) che, se il principio di irretroattività della legge penale è assoluto e costituzionalizzato e ha fondamento nell'art. 25 Cost., il principio della retroattività *in mitius* non ha avuto riconoscimento costituzionale: invero la regola fu, sì, introdotta nel progetto di Costituzione del 31 gennaio 1947, ma dipoi espunta con emendamento soppressivo approvato nella seduta del 15 aprile 1947.

costituzionale (dovendo probabilmente chiamare in gioco gli artt. 53 Cost. e 3 Cost.), sia a livello convenzionale ed eurounionale (dove, in qualche misura, si rintraccia un fondamento – peraltro e piuttosto della sola irretroattività *in pejus* delle norme sostanziali tributarie – nel principio di tutela dell'affidamento e della certezza del diritto⁸), sia ordinarie (segnatamente all'art. 2 co. 4-*bis* e nell'art. 3 dello Statuto dei diritti del contribuente).

E l'analisi di queste coordinate normative conduce a concludere che, al di fuori dei confini del diritto sanzionatorio, per quanto attiene alla materia tributaria non si rinvencono norme di principio enuncianti un'immanente regola generale di retroattività della *lex mitior*: né sembrano ricorrere gli estremi perché un principio siffatto possa ricavarsi *ab implicito*.

Anzi.

Ben due disposizioni sembrano sancire un principio di rango esattamente opposto, ovvero militare in senso contrario⁹. Segnatamente, l'art. 3 dello Statuto laddove si dispone che, salvo per le norme di interpretazione autentica, le norme tributarie non hanno effetto retroattivo e l'art. 2 co. 4-*bis* dello Statuto il quale prevede che le norme tributarie recanti la disciplina del presupposto e dei soggetti passivi si applichino esclusivamente ai casi e ai tempi in esse considerati.

E il ruolo riservato dalla riforma allo Statuto dei diritti del contribuente – come voluto dal legislatore delegante con il disposto dell'art. 4 co. 1 l. n. 111/2023 declinatosi poi nel nuovo dettato dell'art. 1 l. n. 212/2000 – non può che attribuire alle disposizioni in questione una maggiore valenza assiologica¹⁰.

Talché le considerazioni di cui sopra ci inducono a ribadire il senso delle nostre presenti riflessioni: che intendono limitarsi a indagare se siano ravvisabili (o possano svilupparsi) logiche argomentativo-sistematiche, parallele a quelle proprie del sistema punitivo, in grado di rendere predicabile un qualche spazio di operatività di un principio di retroattività della *lex mitior* nel nostro settore esulando dal campo squisitamente sanzionatorio.

2. C'è un *acquis* comune?

Che la questione così posta non sia peregrina ci sembra confermato innanzitutto da un approccio di contesto.

E riguarda il fatto che, seppur sottotraccia, c'è sempre stato (e, forse, ancor più oggi c'è) un certo qual parallelismo anche di paradigmi concettuali tra il diritto tributario e il diritto *lato sensu* punitivo: l'idea che il fenomeno tributa-

⁸ Sul tema Corte EDU, *Vegotex International S.A. c. Belgio*, sent. 3 novembre 2022; CGUE sent. 10 settembre 2009 causa C-201/08 (*Plantanol*). In argomento cfr. da ultimo Chiarizia (2024).

⁹ Anche se ovviamente per entrambe le disposizioni che vengono richiamate subito di seguito nel testo la valenza loro ascrivibile è stata fondamentalmente indagata con riferimento ai limiti di retroattività o espansione applicativa in chiave analogica delle norme impositive e dunque in una prospettiva di applicabilità *in pejus* per il contribuente.

¹⁰ Per più diffuse considerazioni in argomento mi permetto di rinviare a Castaldi (2025).

rio (e la sua disciplina) e la norma impositiva (e la sua disciplina) partecipino in qualche misura della stessa natura e attingano in varia misura allo stesso serbatoio di principi propri del diritto sanzionatorio riemerge ciclicamente, seppur erraticamente, nelle riflessioni dottrinali e serpeggia latente nella stessa normativa, tributaria.

Innanzitutto – ed è qualcosa di più di una mera suggestione – una qualche traccia si rinviene già a livello costituzionale.

Dove la significativa contiguità tra il prescritto dovere inderogabile di contribuire alle spese pubbliche e quello, parimenti inderogabile, di osservare la Costituzione e le leggi – entrambi imposti alla generalità dei consociati, rispettivamente, dall'art. 53 e dall'art. 54 Cost. – trasmuta poi nel giustificare, in entrambi i comparti, l'allontanamento dal principio di onerosità/corrispettività (che impronta la disciplina dei rapporti giuridici interpretati) dei rapporti intercorrenti tra l'ente esponenziale della collettività e i consociati, in chiave strumentale alla funzione ascritta dal sistema al primo (ossia all'ente apicale) di:

a) repressione dei comportamenti anti-giuridici per il tramite dell'esercizio del potere sanzionatorio soggetto alla riserva di legge ex art. 25 Cost.;

b) reperimento di entrate per far fronte alle spese pubbliche onde dare piena attuazione ai diritti civili e sociali riconosciuti dalla Carta Costituzionale alla collettività, attraverso l'esercizio del potere impositivo soggetto alla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.

L'esercizio del potere sanzionatorio e del potere impositivo ad opera dell'ente esponenziale della collettività, in entrambi i casi mediante una normazione che il Costituente prescrive di rango legislativo, convergono nell'attuare/presidiare due doveri che la Carta Costituzionale impone alla generalità dei consociati la cui inderogabilità di osservanza è segnale dell'imprescindibilità di entrambi per l'esistenza stessa di una comunità organizzata¹¹. Anche se:

¹¹ È poi solo il caso di sottolineare in questa sede il progressivo emergere di un processo osmotico quanto alle finalità concrete perseguite dal legislatore in chiave perturbativa-inquinante rispetto alla *causa legis* che connota (e dovrebbe connotare) la normazione nei due ambiti. E così sempre più spesso la percezione latente delle sanzioni pecuniarie come forme (se non suppletive sicuramente concorrenti ai prelievi tributari) di acquisizione del gettito per far fronte alle pubbliche spese in base al principio di unicità di cassa pone all'attenzione del legislatore il tema della possibile fluttuazione in flessione delle entrate acquisibili alle casse dello Stato a titolo sanzionatorio finendo per incidere sulle scelte legislative di deroga al principio di retroattività della *lex mitior*: tant'è, la normativa derogatoria in tal senso recata dall'art. 5 d.lgs. n. 87/2024 sembra sia dipesa anche e soprattutto dai timori di brusca riduzione di gettito che altrimenti sarebbe discesa per effetto della rimodulazione al ribasso del sistema sanzionatorio amministrativo tributario fondamentalmente incardinato su pene pecuniarie. Specularmente è sempre più frequente evidenziare una diversa modulazione del prelievo sugli indici di capacità contributiva in ragione della eticità o meno (quando non addirittura di anti-giuridicità) di loro conseguimento: paradigmatica in questo senso la disciplina di prelievo sui redditi di fonte illecita, ma analoghe considerazioni possono formularsi con riferimento al settore dei cd. tributi ambientali, laddove l'imposizione sembra attingere e spiegarsi altresì in funzione deterrente-dissuasiva ovvero punitivo-sanzionatoria rispetto a comportamenti economici dannosi per la collettività (si veda Parente 2020: nell'*abstract*

1) la prestazione tributaria è lo strumento, il veicolo di attuazione del dovere inderogabile di concorso alle spese pubbliche;

2) la sanzione è presidio di osservanza dell'art. 54 Cost. e dunque strumento di reazione alla sua violazione.

Non solo.

Alcuni principi echeggiano, con sempre maggiore comunanza di declinazione, in entrambi i comparti: è quanto si registra in particolare per quanto attiene al principio di certezza del diritto, sempre più frequentemente invocato nel nostro settore quale garanzia per il contribuente di prevedibilità delle conseguenze (fiscali) delle proprie condotte: con implicazioni, in via di stretta correlazione, di non lieve momento, in punto di prefigurata tassatività delle fattispecie impositive con conseguente divieto (?) di loro applicazione analogica: non a caso, ora, previsto espressamente dall'art. 2 co. 4-*bis* dello Statuto¹².

È significativo osservare, a questo riguardo, che lo stesso principio di irretroattività della norma impositiva, sancito a regime dall'art. 3 dello Statuto dei diritti del contribuente, viene apprezzato sempre più da una parte della dottrina come legato non tanto alla necessaria osservanza del principio di attualità della capacità contributiva bensì, appunto, a quello di prevedibilità per il contribuente delle conseguenze fiscali delle proprie condotte: che è poi il tema – che molto partecipa delle logiche proprie del diritto punitivo (e, in particolare, del disposto di cui all'art. 25 co. 2 Cost.) – della volizione di integrazione della fattispecie impositiva e, dunque, della coscienza e volontà di accedere al prelievo; in altri termini, nessuno dovrebbe poter essere assoggettato ad imposizione con riferimento ad una fattispecie di cui sia (ovvero sia stato) costretto suo malgrado ad integrare gli estremi¹³. E, sicuramente e di nuovo, il maggior spes-

del cui articolo si legge significativamente: «L'utilizzo di tributi ambientali, se può favorire politiche di protezione dell'ambiente, non può costituire l'unico strumento per disincentivare i comportamenti inquinanti. Infatti, per contrastare situazioni diffuse e irreversibili di degrado, spesso, si rende necessario adottare *ulteriori* presidi sanzionatori» (enfasi aggiunta). Del resto la valenza dissuasiva e dunque la finalità deterrente è la stessa ragion d'essere delle cd. imposte pigouviane. Quest'ordine di considerazioni non sembra, infine, aver giocato un ruolo irrilevante nelle recenti scelte legislative di tassazione dei cd. extraprofiti (su cui rinvio, per più diffuse considerazioni a Castaldi 2024).

¹² La disposizione – com'è noto, introdotta, come novella, nel quadro delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 219/2023 allo Statuto dei diritti del contribuente – ricalca testualmente il dettato dell'art. 14 delle Preleggi al Codice civile che invece, di per sé, ha riguardo alle (sole) norme penali ed eccezionali: quasi a segnalare un *favor libertatis* declinato in chiave economica.

¹³ Indici sintomatici di una certa qual immanenza di siffatto principio nel nostro sistema sembrano potersi rinvenire nella disciplina in tema di imposta di registro laddove l'art. 57 d.P.R. n. 131/1986, nel descrivere i soggetti obbligati al pagamento dell'imposta, con riferimento agli atti di espropriazione per pubblica utilità fa gravare il prelievo impositivo in capo esclusivamente all'espropriante (art. 57 co. 8). Ma probabilmente logiche similari sembrano sottendere l'imputazione soggettiva della fattispecie impositiva, quanto alla tassazione degli atti giudiziari recanti la condanna al pagamento di somme o valori in genere, laddove il legislatore individua l'obbligato principale nella parte condannata al pagamento delle spese

sore sistematico che si è voluto ascrivere allo Statuto in ragione delle modifiche apportate dalla riforma all'*incipit* dell'art. 1 della l. n. 212/2000 per effetto di quanto disposto dal d.lgs. n. 219/2023 concorre ad attribuire un peso specifico agli orientamenti interpretativi di cui sopra.

Spostando l'attenzione sulla legislazione ordinaria non può non richiamarsi poi il tenore dell'art. 7 co. 5-*bis* d.lgs. n. 546/1992 come introdotto con l. n. 130/2022: norma che – al di là del dibattito ad oggi in corso sulla valenza da ascriverle: se meramente ricognitiva, ovvero innovativa¹⁴ – ricalca grandemente il disposto di cui agli artt. 530 e 533 c.p.p.¹⁵; suggerendo una declinazione «tributaria» della presunzione di innocenza ivi presidiata, che potremmo descrivere, forse con qualche azzardo, come una sorta di presunzione di non imponibilità¹⁶.

Il tutto in un panorama che vede, su di un piano più squisitamente politico¹⁷, la crisi (se non il tramonto) del concetto solidaristico del dovere tributario e il riemergere – più o meno evidente – dell'inquadramento ideologico della prestazione tributaria come forma, se non di aggressione, quanto meno di intrusione nella sfera patrimoniale dell'individuo e di indebita alterazione delle logiche economiche¹⁸: al cui rafforzamento non ha mancato di contribuire il tradizionale approccio eurounionale alla fiscalità come elemento potenzialmente perturbativo al libero dispiegarsi delle regole del mercato¹⁹.

ovvero, in caso di decreto ingiuntivo, nel debitore nei cui confronti il decreto è divenuto esecutivo: le altre parti in causa degradando a meri coobbligati solidali in via sussidiaria (così art. 57 co. 1.1. per effetto delle modifiche da ultimo apportate dal d.lgs. n. 139/2024).

¹⁴ Si veda da ultimo, anche per sintetici ma esaurienti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, Vanz (2025).

¹⁵ Disposizioni alla cui stregua il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato che gli viene contestato, al di là di ogni ragionevole dubbio.

¹⁶ E in questo senso qualche riflessione ulteriore di contiguità, seppur molto latamente, potrebbe desumersi altresì dalla scelta legislativa di riconoscere efficacia vincolante nel processo tributario, quanto all'accertamento degli stessi fatti materiali, al solo giudicato penale di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso (e non anche a quello di condanna) ex art. 21-*bis* d.lgs. n. 74/2000.

¹⁷ Con una latente conflittualità rispetto alla posizione da sempre assunta – ma vieppiù ribadita nella sua più recente giurisprudenza – dalla Corte Costituzionale quanto alla centralità del dovere tributario nell'architettura della Carta Costituzionale quale veicolo imprescindibile di realizzazione dei diritti civili e sociali costituzionalmente garantiti (si veda C. Cost. sent. n. 288/2019. In dottrina Antonini 2022; Gallo 2024).

¹⁸ Nel cui contesto gli artt. 23 e 53 della Costituzione sono percepiti come presidi di tutela e garanzia della libertà (economica) del singolo contro lo Stato apparato. Per una messa a fuoco di questo processo rinvio a Ruffini (2022); Visco (2023).

¹⁹ Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, il diritto al contraddittorio endoprocedimentale (il diritto ad essere ascoltati, il diritto di accesso al fascicolo ecc.) è delineato come garanzia di dispiegamento preventivo del diritto di difesa da parte del contribuente rispetto alla possibile adozione di atti destinati a incidere «in senso pregiudizievole» sulla sua sfera patrimoniale. Si veda CGUE sent. 8 dicembre 2008 causa C-349/07 (*Sopropè*), CGUE sent. 16 ottobre 2019 causa C-189/18 (*Glencore*).

Sovvengono così paradigmi interpretativi del fenomeno tributario molto contigui a quelli propri del diritto punitivo: con un orientamento a percepire il prelievo tributario come una *extrema ratio* e come deroga al principio di intangibilità della sfera patrimoniale dei singoli quale proiezione (in chiave economica) della loro libertà individuale.

Come dire: l'orizzonte assiologico in cui ci si muove nei due comparti presenta delle convergenze che confortano nel prospettare l'ordine delle nostre riflessioni.

2.1. C'è una trama concettuale giustificativa del principio di retroattività della *lex mitior* che può declinarsi *mutatis mutandis* con riferimento alla normativa sostanziale tributaria?

C'è poi una trama più sottile che dà conto e ragione alla nostra indagine e che attinge allo stesso fondamento giustificativo intrinseco del principio di retroattività della *lex mitior* come principio di civiltà giuridica: alla cui stregua la risposta sanzionatoria ha da parametrarsi e adeguarsi all'evolversi della sensibilità sociale rispetto alla liceità/illiceità delle condotte dei consociati ovvero alla percezione del loro grado di lesività rispetto al bene tutelato.

Lo statuto che lo presidia e il canone cui si richiama è, dunque, quello della ragionevolezza del sistema sanzionatorio nel suo modellarsi in divenire rispetto all'assetto ordinamentale che è chiamato a tutelare e ai principi che lo improntano²⁰: esso costituendo il tramite per la necessaria attualizzazione della valutazione in divenire della proporzionalità della sanzione rispetto al disvalore della condotta e alla sua offensività/lesività rispetto al bene tutelato, anche a presidio della funzione rieducativa della pena²¹.

Sebbene – lo si ribadisce – le norme impositive, nel loro essere disposizioni «relazionali» e, dunque, incaricate di realizzare il riparto dei carichi pubblici fra i consociati, si sottraggano per definizione ad una valutazione in termini di *lex mitior*, ci sembra che quest'assetto di principio possa consentirci alcune riflessioni utili sul piano della successione nel tempo delle norme sostanziali tributarie: nell'ottica del diritto/dovere del contribuente a subire un prelievo impositivo parametrato alla propria capacità contributiva.

²⁰ Tant'è che laddove ci si allontana dai principi e la legge sanzionatoria *mitior* è stata ritenuta sospetta di essere *ad personam* si è posto addirittura un problema di ammissibilità/costituzionalità della retroattività della *lex mitior*.

²¹ Si veda Corte EDU sent. 17 settembre 2009 (Scoppola/Italia) §§ 108 e 109 «Agli occhi della Corte è coerente con il principio di preminenza del diritto aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile le pene che il legislatore ritiene proporzionate. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato [...] equivarrebbe a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere una pena che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessiva» nonché, *ex pluribus* e da ultimo, Corte Cost. sent. n. 198/2022 secondo cui la *ratio* della retroattività della *lex mitior* è identificabile in sostanza «nel diritto dell'autore del reato a essere giudicato e se del caso punito in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione».

2.1.1. Considerazioni propositivo-ricostruttive

In questa prospettiva il tema della predicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* oltre il contesto normativo squisitamente sanzionatorio in materia tributaria può essere, forse, utilmente affrontato sotto due distinti profili.

Il primo, di più immediato approccio, muove dalla constatazione che, nel sistema, si rinvencono norme tributarie di natura formalmente sostanziale ma che sembrano giustificarsi solo in un'ottica para-sanzionatoria. Com'è nel caso della disciplina recata dall'art. 14 co. 4-bis l. n. 537/1993 in tema di ineducibilità dei costi da reato, della previsione di imponibilità *tout court* dei proventi di fonte illecita quali redditi diversi ex art. 36, comma 34-bis, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, ovvero, spostandoci nell'area del diritto vivente, dell'orientamento giurisprudenziale assolutamente consolidato nel disconoscere la concorrenza solo in percentuale degli utili in capo ai soci ex art. 47 T.U.I.R., come pure nel negare lo scomputo dell'IRES richiesta alla società (anche ai fini del calcolo della ritenuta alla fonte a titolo d'imposta di cui all'art. 27 d.P.R. n. 600/1973) in sede di imputazione presuntiva per trasparenza ai soci del maggior reddito accertato in capo alla società di capitali a ristretta base societaria (indirizzo che affonda le sue radici nel previgente art. 14 T.U.I.R. che espressamente negava il riconoscimento del credito d'imposta IRPEG in caso di recupero ad imposizione degli utili non dichiarati)²².

Orbene, riguardo a siffatte disposizioni, se il tema stringente²³ è (ed è stato) spesso e piuttosto quello di delimitare i possibili confini di retroattività della loro efficacia temporale, ci si potrebbe chiedere (e ci si è chiesti) se, in presenza di sopravvenute modifiche normative della rispettiva disciplina tese a regimenterne in vario modo l'ambito applicativo *in mitius*, rispetto a quest'ultima possa predicarsi l'invocabilità del principio di retroattività della *lex mitior*.

Sull'argomento si potrebbe disquisire in vario modo prendendo le mosse dal fatto che il legislatore tributario, in occasione dell'intervento *in mitius* varato nel 2012 relativamente alla disciplina sulla ineducibilità dei costi da reato per delimitarne in vario modo l'ambito applicativo, ne ha espressamente enunciato la retroattività riecheggiando testualmente il tenore dell'art. 2 co. 4 c.p. e dell'art. 3 d.lgs. n. 472/1997 (Fransoni 2015)²⁴: una tale scelta legislativa inducendo a

²² Ma analoghe considerazioni potrebbero farsi anche rispetto a talune, spesso recenti, fattispecie di responsabilità d'imposta che si giustificano in chiave reattivo-punitiva rispetto a comportamenti antigiridici e/o pregiudizievole all'interesse erariale all'acquisizione del gettito.

²³ In disparte i profili (e i confini) di loro legittimità costituzionalità in considerazione dei ripetuti richiami della Corte Costituzionale alla coerenza della disciplina del tributo rispetto al suo presupposto (Corte Cost. sent. n. 111/2024).

²⁴ Si veda art. 8 co. 3 d.l. n. 16/2012 alla cui stregua «Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 [dell'art. 14 co. 4-bis l. n. 537/1993] si applicano, in luogo di quanto disposto dal comma 4-bis dell'articolo 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, previgente, anche per fatti, atti o attività posti in essere prima dell'entrata in vigore degli stessi commi 1 e 2, ove più favorevoli, tenuto conto anche degli effetti in termini di imposte o maggiori imposte dovute, salvo che i provvedimenti emessi in base al citato comma 4-bis previgente non si siano resi definitivi».

riflettere (e per vero a dubitare) sull'assurgere della regola a principio, per sifatto microcosmo normativo.

In questi termini, peraltro, seppur con un *obiter dictum* dal tenore tralatizio, sembra essersi espressa la giurisprudenza di legittimità: la quale – anche da ultimo con sent. n. 7275/2024 – ha sostenuto che l'intervento di modifica *in melius* alla normativa in tema di costi da reato «costituisce *ius superveniens* astrattamente più favorevole al contribuente e, quindi, avente efficacia retroattiva». Con ciò, in qualche misura, avvalorando la tesi che, proprio in ragione dei connotati intrinsecamente e ontologicamente sanzionatori che le contrassegnano, le disposizioni di cui si discorre soggiacciono per ciò solo ai principi che presiedono al diritto punitivo: ivi compreso il principio di retroattività della *lex mitior*.

Il secondo, più complesso, ha riguardo agli interventi normativi in materia tributaria che suonano come ricognitivi di principio.

Il recinto di riferimento in questo caso sono disposizioni che, spesso in ragione della pendenza di giudizi di legittimità costituzionale dagli esiti prospetticamente scontati, intervengono sulla normativa in essere registrando la progressiva messa a punto in chiave di coerenza della disciplina impositiva (soggetti passivi, base imponibile ecc.) rispetto al presupposto d'imposta (con ciò intervenendo al fine del superamento di sospette ovvero già denunciate criticità costituzionali) oppure di sua conformazione rispetto alla normativa europea (la normativa previgente presentando profili di incompatibilità eurounionale): il tutto spesso in contesti di serrato dialogo (quando non di contrapposizione) rispetto alla *medio tempore* formatasi elaborazione giurisprudenziale.

In questo campo invero si potrebbe riflettere sulla possibile enunciazione/ricostruzione di un principio di retroattività omologo, almeno nelle logiche di principio, a quello di retroattività della *lex mitior*²⁵; e ciò nonostante che, di regola, l'intervento normativo di razionalizzazione della disciplina del tributo rispetto a suoi possibili profili di criticità costituzionali/eurounionali venga congegnato legislativamente in termini tali da trovare applicazione solo *pro futuro*:

a) o a motivo della (ritenuta) immanenza della disposizione generale di principio di irretroattività delle norme tributarie recata dall'art. 3 della Statuto: e in questi termini invero è stato inteso, ad esempio, l'intervento legislativo introduttivo del regime di esenzione IMU per gli immobili occupati abusivamente di cui all'art. 1 co. 81 lg. 197/2022 modificativo dell'art. 1 co. 759 lg. 160/2019, ritenuto operativo a decorrere dal 1° gennaio 2023);

b) ovvero, addirittura, per espressa disposizione di legge: com'è stato per l'intervento legislativo che nel disporre la soppressione dell'IRBA ha al contempo previsto la salvezza delle obbligazioni già sorte²⁶; come pure per gli interventi

²⁵ Per interessanti riflessioni in argomento si veda altresì Mastroiacovo (2024).

²⁶ L'imposta regionale sulla benzina per autotrazione di cui all'art. 17 d.lgs. 21 dicembre 1990, n. 398, è stata invero soppressa per sua incompatibilità eurounionale dal legislatore nazionale, con l. 30 dicembre 2020, n. 178. E peraltro l'art. 1, comma 628, della suddetta legge – nel mentre ha disposto che «L'articolo 6, comma 1, lettera c), della legge 14 giugno 1990, n. 158, l'articolo 17 del decreto legislativo 21 dicembre 1990, n. 398, l'articolo 3, comma

normativi che hanno visto il progressivo riconoscimento di deducibilità ai fini IRES dell'IMU relativa agli immobili strumentali all'impresa.

Nel primo caso ci si potrebbe invero chiedere se, al di là delle «etichette», l'intervento normativo abbia da intendersi in realtà avente valenza interpretativa e dunque la disposizione, partecipando della natura delle norme di interpretazione autentica, non incontri limiti di dispiegamento temporale se non quello dei rapporti esauriti²⁷.

Nel secondo caso ci si potrebbe domandare se, considerata la natura dell'intervento legislativo, i limiti posti *ex lege* al suo dispiegamento temporale siano da considerarsi illegittimi – ed invero spiragli argomentativi in tal senso potrebbero desumersi dalla giurisprudenza della Consulta, in particolare, laddove la Corte Costituzionale, con sent. n. 262/2020, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 co. 1 d.lgs. n. 23/2011 in punto di indeducibilità dell'IMU relativa agli immobili strumentali ai fini della determinazione del reddito d'impresa ai fini IRES – o vadano disapplicati dal giudice in forza del primato del diritto eurounionale: e infatti in questi ultimi termini si è espressa con riferimento alla normativa soppressiva dell'IRBA la Suprema Corte di Cassazione con sent. n. 14790/2023.

Va detto che, con riferimento al contesto normativo in esame, gli scenari sono decisamente variegati.

E così, talvolta, all'intervento normativo di razionalizzazione della disciplina di un tributo si accompagna espressamente la previsione di sua retroattività (con il limite – peraltro spesso variamente modulato – dei cd. rapporti esauriti)²⁸: salvo poi registrarsi, nella pratica, defatiganti disquisizioni sulla latitudine di operatività da ascrivere a siffatta retroattività, in particolare, in punto di individuazione del *dies a quo* per il computo degli interessi spettanti sugli importi che, per effetto delle modifiche normative intervenute, risultino indebitamente ver-

13, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, l'articolo 1, comma 154, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e l'articolo 1, commi 670, lettera a), e 671, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, recanti disposizioni in materia di imposta regionale sulla benzina per autotrazione, sono abrogati» – ha altresì stabilito che «Sono fatti salvi gli effetti delle obbligazioni tributarie già insorte» nel periodo di vigenza del tributo.

²⁷ Ma, tornando all'esempio richiamato nel testo, non così si è orientata né la Corte di Cassazione nell'ordinanza di rimessione né, successivamente, la Corte Costituzionale la quale infatti, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della normativa IMU previgente con riferimento alla soggezione a imposizione degli immobili occupati abusivamente, con la sent. n. 60/2024 si è espressa per la sua incostituzionalità: seppur facendo leva su un *iter* argomentativo che sembra piuttosto ricondurre l'«esenzione» introdotta con la legge di bilancio 2023 all'area concettuale delle «esclusioni» e dunque dotata di valenza ricognitiva di principio (si veda, ad esempio, le normative succedutesi nel tempo in ordine al riconoscimento di deducibilità dall'IRES dell'IRAP riferibile alla quota imponibile delle spese per il personale dipendente e assimilato di cui all'art. 6 d.l. n. 185/2008 e, dipoi, all'art. 2 co. 1-*quater* del d.l. n. 201/2011).

²⁸ Sovvengono al riguardo, ad esempio, le normative succedutesi nel tempo in ordine al riconoscimento di deducibilità dall'IRES dell'IRAP riferibile alla quota imponibile delle spese per il personale dipendente e assimilato di cui all'art. 6 d.l. n. 185/2008 e, dipoi, all'art. 2 co. 1-*quater* del d.l. n. 201/2011.

sati e chiesti a rimborso (e che ha visto l'Agenzia delle Entrate per lungo tempo sostenere la tesi del cd. indebitato sopravvenuto²⁹).

Talvolta ancora all'intervento normativo di razionalizzazione si accompagna una norma di diritto transitorio tesa a regimentarne i confini di dispiegamento temporale nei soli confronti dei rapporti non esauriti, rispetto ai quali la disposizione legislativa è destinata effettivamente a spiegare funzione conformativa alla *ratio* del tributo: e in questi termini sembrano potersi leggere le modifiche apportate all'art. 46 d.P.R. n. 131/1986 ai fini dell'imposta di registro dal d.lgs. n. 139/2024 nell'evidente intento di mettere fine alle distorsioni ingenerate *in parte qua* dalla previgente disciplina in punto di quantificazione dell'imposta di registro relativamente agli atti costitutivi di rendite vitalizie laddove l'intervento modificativo è accompagnato dalla norma transitoria di cui all'art. 9 secondo la quale «per le rendite costituite anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto [...] ai fini della determinazione della base imponibile delle rendite vitalizie di cui all'art. 46, comma 2, lettera c), del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131 [...] relativamente alle quali i relativi rapporti non sono esauriti alla data di entrata in vigore del presente decreto, laddove il tasso di interesse legale risulta uguale o inferiore allo 0,1 per cento, si assumono i coefficienti risultanti dal prospetto allegato al decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 21 dicembre 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 302 del 30 dicembre 2015».

3. Conclusioni

Le considerazioni che precedono inducono così a rilevare un quadro estremamente composito e frastagliato: sicuramente problematico nell'intercettare – seppur nei ristretti ambiti legislativi sopra descritti e facendo leva sugli artt. 3 e 53 Cost. – un profilo di immanenza del principio in questione nel nostro settore che possa desumersi ragionando sulla falsariga del fondamento costituzionale e convenzionale/sovrannazionale del principio di retroattività della *lex mitior* in ambito sanzionatorio.

²⁹ Con ciò pretendendo di far assurgere a principio quanto invece espressamente disposto dagli artt. 2, 4 e 7 della l. n. 482/1985 la quale – nel mentre interveniva sull'art. 14 del d.P.R. n. 597/1972 (indennità di fine rapporto) modificando le regole di rilevazione della base imponibile in senso «migliorativo» per i contribuenti – stabiliva l'applicabilità di siffatta nuova disciplina anche ai rapporti impositivi pregressi non esauriti (o perché oggetto del contendere o perché suscettibili di esserlo in quanto comunque non ancora definiti) regolamentando altresì, mediante l'art. 7: con riguardo alle riliquidazioni d'imposta che ne sarebbero discese, la tempistica (art. 7 co. 1); con riguardo alle somme da rimborsare derivanti da siffatte riliquidazioni, uno specifico regime di decorrenza degli interessi (art. 7 co. 2: «Sulle somme rimborsate a seguito della riliquidazione dell'imposta, decorrono gli interessi, nella misura del 6 per cento per ciascun semestre solare, dal 1° gennaio 1986 fino alla data di emissione dell'ordinativo di pagamento concernente il rimborso d'imposta, escludendo dal computo il semestre in cui l'ordinativo è emesso»).

Un approdo che sollecita così a interrogarci sull'eventuale sussistenza di alcuni fondamenti intrinseci al diritto tributario tali da giustificare, sul piano della ragionevolezza, preclusioni alla predicabilità di una siffatta immanenza del principio, al di là e al di fuori della normativa sanzionatorio-tributaria, e piuttosto ad avallare la scelta di una retroattività della *lex mitior* (calibrata) caso per caso.

Fondamenti che, per quanto ci riguarda, riteniamo abbiano (anche se non solo) da individuarsi:

a) per un verso, nell'esigenza di orientare il sistema al fine di garantire e tutelare la stabilità (anche nell'*an* e nel *quantum* di sua definizione) del gettito erariale, a maggior ragione richiesta per effetto di quanto oggi prescritto dal vigente art. 81 Cost. (come sottolineato anche dalla Corte Costituzionale con sent. n. 10/2015). Non è peregrino ricordare a questo riguardo che una delle ragioni che hanno condotto, in occasione dell'introduzione dell'IRES, all'abbandono del sistema dell'imputazione con il passaggio al sistema dell'esenzione quale criterio di tassazione dei redditi societari, è stata la provvisorietà/precarietà di incameramento del gettito IRPEG alle casse erariali che discendeva sotto il previgente regime dal riconoscimento del credito d'imposta IRPEG sugli utili distribuiti ai soci;

b) per l'altro, nell'esigenza di considerare l'incidenza di possibili fenomeni perturbativi quanto alla reale definitività di incidenza economica del prelievo sul soggetto passivo d'imposta: la mente corre così al fronte, delicatissimo, delle rivalse e dunque alla necessità di tener conto dell'eventualità che il contribuente abbia traslato in tutto o in parte il peso economico del tributo su altri in via di rivalsa; fenomeno, quello delle rivalse, da sempre percepito con sospetto dal sistema³⁰ e che sicuramente gioca un ruolo di non poco conto nelle valutazioni legislative sulla retroattività degli interventi normativi *in mitius* anche quando di carattere sistemico: si pensi alle note vicende che hanno interessato l'art. 19 d.l. n. 688/1982 e dipoi l'art. 29 l. n. 428/1990 laddove siffatte disposizioni, nel disciplinare il rimborso delle imposte di fabbricazione dichiarate incompatibili con il diritto eurounionale, ne subordinavano il riconoscimento alla prova, a carico del contribuente, della loro non avvenuta traslazione su terzi, con una disciplina oggetto, poi, di ben due interventi della Corte Costituzionale.

Ne discende la conferma dell'essere, quello tributario, un settore dell'ordinamento – da sempre ma a maggior ragione oggi – interessato da complessi processi evolutivi dove istanze spesso fra loro confliggenti rendono particolarmente laborioso il percorso di recepimento e di conformazione legislativa a principi di matrice sovranazionale.

³⁰ Si pensi al, seppur risalente, orientamento giurisprudenziale – formatosi presso la Suprema Corte di Cassazione a metà degli anni '80 (Cass. SS.UU. n. 5/1985; Cass. SS.UU. n. 3935/1987 e Cass. n. 5652/1987) – sulla nullità dei patti traslativi d'imposta per contrasto con norma imperativa (individuata nell'art. 53 Cost.).

Riferimenti bibliografici

- Antonini, Luca. 2022. "La solidarietà e il dovere tributario: tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo." *Federalismi.it*. <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=48013> (2026-05-09).
- Castaldi, Laura. 2024. "La problematica declinazione solidaristica della tassazione degli extraprofitti: una riflessione sulle scelte normative di riparo dei carichi pubblici tra i consociati." In *Le dimensioni del principio solidaristico nel terzo millennio*, a cura di Laura Castaldi, Federico Lenzerini, e Francesco Zini, 85 ss. Firenze-Pisa: Firenze University Press-USiena Press. <https://media.fupress.com/files/pdf/24/14514/41843> (2026-05-09).
- Castaldi, Laura. 2025. "Statuto e interpretazione adeguatrice tra diritto costituzionale, UE e CEDU." In *Lo Statuto dei diritti del contribuente come strumento di attuazione dei principi costituzionali ed europei in materia tributaria*, a cura di Pasquale Pistone, 219-30. Torino: Giappichelli.
- Chiarizia, Giulio. 2024. "Limiti alla previsione di norme tributarie retroattive. Un confronto tra le posizioni della Corte Costituzionale belga, della Corte EDU, della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale e possibili risvolti pratici." *Rivista trimestrale di diritto tributario supplemento online*.
- Chibelli, Andrea. 2016. "La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative-" *Rivista on line Diritto penale contemporaneo*. <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/5041-la-problematica-applicabilita-del-principio-di-retroattivita-favorevole-alle-sanzioni-amministrative> (2026-05-09).
- Fransoni, Guglielmo. 2015. "La disciplina dei costi da reato: vizi di merito e problemi di metodo." *Rassegna tributaria*: 447 ss.
- Gallo, Franco. 2024. "Il dovere tributario nella Costituzione." *Rassegna tributaria*: 249 ss.
- Manes, Vittorio. 2019. "Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)." *Rivista Questione Giustizia*: 297 ss. https://www.questionegiustizia.it/speciale/articolo/retroattivita-diritto-e-processo-penale-dascoppola-acontrada_71.php (2026-05-09).
- Mastroiacovo, Valeria. 2005. *I limiti alla retroattività nel diritto tributario*. Milano: Giuffrè.
- Mastroiacovo, Valeria. 2024. "La razionalizzazione delle agevolazioni sul passaggio generazionale dell'azienda." *Trusts*: 878 ss. <https://www.rivista-trust.it/it/fascicoli/n-5-settembre-ottobre/464> (2026-05-09).
- Parente, Salvatore Antonello. 2020. "Tassazione ambientale e politiche d'intervento: principi, rimedi e forme di prelievo." *Rivista trimestrale di diritto tributario*: 879 ss.
- Ruffini, Ernesto Maria. 2022. *Uguali per Costituzione*. Milano: Giuffrè.
- Scaccianoce, Caterina. 2013. "La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?." *Rivista Archivio Penale*: 1 ss. https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/23541_2011_113.pdf (2026-05-09).
- Scoletta, Marco. 2019. "Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale." *Rivista di Diritto penale contemporaneo*. <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/6598-retroattivita-favorevole-e-sanzioni-amministrative-punitive-la-svolta-finalmente-della-corte-costit> (2026-05-09).
- Vanzi, Giuseppe. 2025. "Genesi, struttura e ricadute sull'interpretazione della nuova disposizione sull'onere della prova nel processo tributario." *Rivista di diritto*

tributario. <https://www.rivistadirittotributario.it/2025/03/13/genesi-struttura-e-ricadute-sullinterpretazione-della-nuova-disposizione-sullonere-della-prova-nel-processo-tributario/> (2026-05-09).

Viganò, Francesco. 2011. “Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine della sentenza n. 236/2011.” *Rivista on line Diritto penale contemporaneo*. <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/838-sullo-statuto-costituzionale-della-retroattivitadella-legge-piu-favorevole> (2026-05-09).

Viganò, Francesco. 2017. “Un’altra deludente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative ‘punitive’.” *Rivista on line Diritto penale contemporaneo*.

Visco, Vincenzo. 2023. *La guerra delle tasse*. Roma-Bari: Laterza.

L'eversività della mitezza¹

Guglielmo Fransoni

1. Diritto mite e *lex mitior*

Prima di affrontare la riflessione che è sintetizzata nel titolo della mia relazione, mi rendo conto che le ampie e persuasive considerazioni svolte nella relazione introduttiva del prof. Zini in merito al “diritto mite” obbligano a una precisazione preliminare.

La tesi che intendo sviluppare riguarda un profilo che a mio avviso meriterebbe di essere tenuto presente in ogni discorso in ordine alla *lex mitior* e che, invece, non riguarda il «diritto mite».

¹ È questo il testo, con l'aggiunta di qualche nota e la rielaborazione formale inevitabile nel passaggio dall'oralità alla scrittura, del mio intervento al convegno «Il principio di retroattività della *lex mitior*. Una lettura interdisciplinare», svoltosi all'Università di Siena il 29 novembre 2024. Trattandosi di una relazione posta a conclusione dei lavori e a valle di due dense relazioni delle colleghe Mastroiacovo e Castaldi, mi ero fin dall'inizio riproposto di limitare il mio intervento alla suggestione di alcuni spunti di riflessione di carattere generale corredandoli di immagini storiche con finalità evocative piuttosto che concettuali. Così è stato nell'esposizione orale e, ispirandomi al principio per cui gli articoli tratti da interventi a convegni dovrebbero mantenersi fedeli, nei limiti del possibile, all'originale, ho preservato questa impronta pur rendendomi perfettamente conto che l'impressione finale sarà, assai verosimilmente, quella di una congerie di riflessioni totalmente *extravagantes* non so quanto adeguata a figurare in una raccolta degli atti convegnistici.

Sono anche io persuaso della validità della concezione del «diritto mite» e trovo, anzi, particolarmente suggestiva e illuminante l'evocazione, nello scritto di Bobbio citato dal prof. Zini, della «aiuola»².

Un'espressione che, abbastanza scopertamente, costituisce un preciso richiamo della dantesca «aiuola che ci fa tanto feroci» e che individua il secondo e conclusivo momento in cui il Poeta si volge «retro a riguardar» – da ben altra altezza – l'ordinamento delle cose umane³.

Proprio questa chiusura del cerchio, questo sguardo retrospettivo iniziale e quello finale, al «pelago» prima e all'«aiuola» poi, cioè il passaggio da una prospettiva individuale a quella generale conquistata attraverso l'«altro viaggio», «dall'infima lacuna» per la veduta delle «vite spirituali a una a una», offre una – fra le certo molteplici – chiave di lettura della Commedia come proclamazione che la vera conquista dell'umanità il «dislegarsi» dalla «nube», come dirà nell'ultimo vertiginoso canto è la liberazione dalla «ferocia», da quella violenza di cui le cantiche squadernano una minuziosa ed esaustiva fenomenologia⁴. Una prospettiva che conferisce a Dante, una volta di più, una statura intellettuale praticamente insuperata nella cultura occidentale cui non resta insensibile, dichiaratamente e consapevolmente, la nostra moderna e migliore cultura giuridica.

Ma nella locuzione «diritto mite» l'aggettivo si presenta nel grado positivo. La mitezza è (o dovrebbe essere) qualificazione propria del diritto, dell'ordinamento in quanto tale e nella sua interezza.

Nell'espressione *lex mitior*, viceversa, il medesimo aggettivo si presenta in grado comparativo. La (maggiore) mitezza è profilo caratterizzante di una parte della legge rispetto ad un'altra.

Questa comparazione, nel suo significato più immediato, è intertemporale. La maggiore mitezza riguarda l'attualità in quanto raffrontata al passato. Ma, a ben vedere, tale comparazione è istituita anche – anzi, inevitabilmente – rispetto ad altri settori dell'ordinamento e, soprattutto, ad altri soggetti. È un aspetto concettualmente inevitabile e, comunque, storicamente certo: la maggiore mitezza opera senz'altro in senso diacronico, ma anche in senso sincronico e intersoggettivo. E, come dirò più oltre, ciò è tanto più vero, quando si voglia applicare la maggiore mitezza anche al passato.

² Il passo citato nella relazione del prof. Zini è quello in cui Bobbio afferma «Amo le persone miti perché sono quelle che rendono più abitabile questa “aiuola”, tanto da farmi pensare che la città ideale non sia quella fantasticata e descritta sin nei più minuti particolari dagli utopisti, dove regna una giustizia tanto rigida e severa da diventare insopportabile, ma quella in cui la gentilezza dei costumi sia diventata una pratica» (Bobbio 2014).

³ Dante XXII, 151. La circostanza che questi versi indichino come il viaggio ultraterreno è un trascendere «le lotte e i travagli tante volte richiamati nel corso del poema» è sottolineata da Varanini 1966, 29. Sul canto, fra i molti, cfr. Bontempelli (1912, 22-4), il quale coglie perfettamente sia l'ampiezza della visione («l'altezza ne diviene anche lontananza, superiorità, elevazione»), sia il valore conclusivo («quest'atto è degna preparazione a più alto salire»).

⁴ Come è stato detto «Il narratore dell'oltremondo era di fatto uno dei più acuti descrittori di “questo mondo” che ci siano mai stati»: Chiavacci (2023, XVIII). Il tema del «realismo» di Dante è sviluppato in profondità da Contini (2001, 69 ss.).

Ed è appunto su queste ulteriori conseguenze – quelle dell'essere la legge «più mite» tale non solo rispetto al passato, ma anche, di fatto e quantomeno potenzialmente, rispetto ad altre leggi e ad altre condotte – che intendo richiamare l'attenzione in queste brevi riflessioni.

1. Atene, 405 a.C.

Considerando il carattere conclusivo di questo intervento e la ricchezza di riflessioni contenute nelle relazioni che mi hanno preceduto, cercherò di evitare temi teorici troppo impegnativi, peraltro affrontati prima e meglio di quanto potrei fare io.

Preferisco, piuttosto, illustrare la mia tesi con un esempio «storico-letterario» che dovrebbe contribuire, almeno negli auspici, a far trascorre più lievemente il tempo che ci separa da un meritato intervallo.

Le Lenee del gennaio del 405 a.C. possono essere segnalate per due eventi insoliti.

Il carattere insolito del primo evento è del tutto relativo: la commedia che si classificò prima era destinata a sparire rapidamente dal ricordo; la commedia che si classificò seconda ha perpetuato la sua fama attraverso i millenni al pari del nome del suo Autore⁵. Evento, dicevo, solo relativamente insolito visto che, a quanto pare, anche nell'ambito dell'agone tragico, qualche anno prima, l'*Edipo Re* – la tragedia «perfetta» già secondo Aristotele – si era piazzata seconda⁶.

Ma questo primo evento serve a rendere ancora più insolito il secondo, che lo è già di per sé. Il commediografo classificatosi secondo – cioè, come si sarà inteso, Aristofane – fu ritenuto degno di una corona di ulivo e alla commedia (ossia *Le Rane*) fu tributato l'onore, unico per quanto ne sappiamo, di una «replica»⁷.

Questi onori, stando al decreto che li concesse⁸, non erano riferiti alla commedia in quanto tale, ma solo a una sua parte specifica, alle parole che il poeta faceva pronunciare alla prima parte del coro, ovvero a ciò che si definisce, tecnicamente, l'*epirrema* della parabasi.

La singolarità della vicenda spinge a interrogarsi su cosa, in quei versi, avesse meritato l'interesse e l'approvazione degli spettatori.

Per comprendere i termini della questione occorre risalire a qualche anno indietro quando la restaurazione dell'ordinamento democratico, a seguito della caduta del governo oligarchico dei Quattrocento, fu accompagnata dal c.d. decreto di Demofanto (luglio 410 a.C.). Questo decreto⁹ istituiva, si può dire, il

⁵ Su questa «classifica» si veda, per tutti, Canfora (2018, 419).

⁶ Per restare nel campo del diritto, si segnala che la vicenda del secondo posto dell'*Edipo Re* è menzionata anche da E. Stolfi, *Indizi e indagini in Grecia antica*, Mimesis, Milano-Udine, 2025, il quale dedica alla tragedia sofoclea intense pagine di feconde suggestioni sullo sviluppo della logica abduttiva nell'Atene del V e IV secolo a.C.

⁷ Il tema del duplice onore è trattato, fra gli altri, da Sommerstein (2009, 254 ss.) e da Canfora (2018).

⁸ La tesi secondo cui gli onori citati fossero attribuiti per decreto è persuasivamente sostenuta da Sommerstein (2009, 255-6).

⁹ Sul quale si diffonde specificamente Canfora (2018, 219).

reato di attentato alla democrazia, per il quale veniva comminata l'*atimia*, cioè la perdita dei diritti civili¹⁰. È in questo contesto che, cinque anni dopo, si colloca la parabasi delle Rane. Essa si apre con la dichiarata richiesta che «il sacro coro dia buoni consigli e buoni insegnamenti alla città».

In realtà, l'intera commedia è dedicata alla ricerca di «buoni consigli».

È noto che la gara fra Eschilo ed Euripide intentata da Dioniso per decidere chi dei due meritasse di essere riportato dall'Ade al mondo dei vivi, finita in parità per ciò che riguardava il loro valore artistico, verrà decisa dalla bontà dei consigli che essi erano capaci di dare agli ateniesi. Ed è anche interessante notare che, nella sostanza, i consigli dei due poeti tragici non differivano grandemente, visto che quello di Euripide consisteva in un cambio nel governo¹¹ e quello di Eschilo era un invito alla pacificazione, cioè l'adozione di nuove scelte politiche¹². Ma quando il consiglio proviene dal «sacro coro» il suo valore è diverso, perché il discorso da comico diventa serio e impegnato. Chi parla è il poeta in prima persona e, per il suo tramite, gli iniziati ai misteri eleusini¹³.

E il coro afferma che «la nostra proposta è che bisogna ristabilire l'uguaglianza tra i cittadini, e far sì che non ci siano timori [...] Inoltre io dico che *atimoi* in città non ce ne debbono essere».

È, quindi, per questo consiglio che Aristofane venne incoronato e alla sua commedia fu concessa una replica¹⁴. Ma ciò che a noi interessa di più è che alla proposta di Aristofane fecero seguito i fatti. Nello stesso 405 a.C., probabilmente a settembre, dopo la definitiva sconfitta a Egospotami, fu approvato il decreto di Patrocleide, dal nome del suo proponente¹⁵.

Questo decreto traduceva in norma il consiglio che Aristofane aveva fatto formulare al «sacro coro», abolendo il reato di attentato alla democrazia¹⁶ e re-

¹⁰ Un completo elenco delle diverse forme di *atimia* ci è fornito dall'orazione di Andocide, *Sui misteri*.

¹¹ Aristofane 1966, vv. 1456-1460: «Se cominciassimo a diffidare dei cittadini di cui adesso ci fidiamo, ci metteremmo a utilizzare quelli che adesso non utilizziamo».

¹² Aristofane 1966, vv. 1463-1465: «Bisogna fare come se la nostra terra appartenesse al nemico, e la sua a noi». Merita sottolineare che Eschilo, nella commedia, è anche colui che suggerisce l'approccio più conciliante nei confronti di Alcibiade: «Non si deve allevare in città il cucciolo di un leone, perché una volta allevato bisogna adattarsi ai suoi modi» (Aristofane 1966, vv. 1431-1432). Una posizione che, dunque, è più marcatamente pro-oligarchica di quella di Euripide.

¹³ Alcune interessanti notazioni, con specifico riferimento alle Rane, in Petrovic et al. (2016, 241 ss.).

¹⁴ È assai controverso, però, se questa replica ci fu veramente. Sull'argomento si veda, diffusamente, Canfora (2018, 360 ss.).

¹⁵ Conosciamo il testo del decreto di Patrocleide dall'orazione *Sui misteri* di Andocide. Recentemente, Canevaro et al. (2012, 98 ss.) (tema ripreso, poi, in Canevaro et al. 2016-17, 9 ss.) hanno posto in dubbio – con dovizia di argomenti – l'autenticità del decreto riportato nell'orazione. Si tratta, tuttavia, di un problema che non rileva in questa sede. Al di là della sua specifica formulazione, è certo, infatti, che il decreto di Patrocleide fu effettivamente approvato con gli effetti indicati nel testo.

¹⁶ Che il decreto di Patrocleide cancellasse «di fatto e formalmente, il giuramento, di segno opposto, contenuto nel decreto di Demofanto» è espressamente affermato da Canfora

stituendo agli *atimoi*, in nome dell'eguaglianza, i loro diritti. Si realizzavano, così, le condizioni per un nuovo governo oligarchico – quello dei Trenta – sia pure di breve durata. E giungeva quindi a compimento il disegno – a lungo coltivato dalle *élites* ateniesi, approfonditamente discusso nella Costituzione degli Ateniesi dello Pseudo-Senofonte¹⁷ e preparato dalla «propaganda» aristofanea¹⁸ – di un ritorno al potere dei *καλοκαγαθói* con effetti decisamente eversivi del sistema democratico¹⁹.

Abbiamo un esempio, quindi, di una proposta «mite» ed egalitaria, ma sovversiva.

2. La politicità della retroattività

Come tutti gli esempi, quello appena svolto ha un valore del tutto relativo. Esso consente però di avviare una riflessione.

Se si intende la «politica» come assunzione ed esecuzione di decisioni, relative a una comunità, che ne alterano gli equilibri in termini di vantaggi e privazioni²⁰ è ovvio che nessun intervento normativo può davvero essere politicamente

2018, 318. È comunque inutile chiedersi se, dal punto di vista tecnico, si debba parlare di un'amnistia, piuttosto che di una *abolitio criminis*. E questo perché, al di là dell'opinione di Canfora appena riferita e trascurando il fatto che non sembra corretto applicare alle misure legislative del V secolo a.C. la distinzione moderna fra interventi aventi ad oggetto il reato e quelli incidenti sulla condanna, non è effettivamente diverso, come dirò più oltre, il rilievo politico dell'uno e dell'altro intervento.

¹⁷ Di quest'opera – da non confondere con quella omonima di Aristotele – se si eccettua il fatto che il suo autore non è Senofonte e che essa fu scritta dopo la prima metà del V secolo a.C., restano assolutamente incerte la paternità (su le varie ipotesi prospettate dagli studiosi, cfr., da ultimo, Bearzot 2011, 3 ss.) e la data (per una rassegna dei metodi di datazione e della loro insufficienza si veda Tuci 2011, 29 ss.) tanto da far concludere che la datazione nella seconda metà del V secolo a.C. «*c'est, après tout, une datation relativement précise pour une oeuvre antique*» (Lenfant 2021, IX). Queste incertezze, tuttavia, non contraddicono minimamente il fatto che l'opuscolo costituisca l'espressione, rivolta al ristretto pubblico delle eterie ateniesi, di una radicale critica al sistema democratico e della riaffermazione della necessità che il potere fosse affidato agli oligarchi. Tanto che, fra le molte proposte di paternità e datazione, è stata sostenuta con validi argomenti (cfr., Canfora 2013, *passim*) anche la tesi per cui il *pamphlet* sarebbe databile a un'epoca assai prossima a quella delle vicende narrate nel testo e attribuibile a Crizia, che di quegli anni, e del governo dei Trenta in particolare, fu un protagonista assoluto.

¹⁸ La contiguità ideologica di Aristofane e del partito oligarchico è ben dimostrata da Canfora 2018, *passim*. Il valore propagandistico della commedia trova, poi, un preciso riscontro nella medesima *Athenaion politeia* (II,18) dove si denuncia che ai comici fosse vietato di rivolgere le proprie critiche al demo (il punto è molto ben illustrato e approfondito da Medda 2011, 143 ss.).

¹⁹ Anche se è stato ampiamente notato il tono rassegnato che pervade il testo pseudosenofonteo (cfr., in proposito, Lenfant 2021, CI ss.), non è meno evidente che l'opuscolo associa a un giudizio inappellabilmente negativo della democrazia, anche la convinzione che essa non potesse essere riformata, ma solo abbattuta (cfr., in termini del tutto convergenti, Canfora 2013, 146 ss. e Tuci 2011, 63).

²⁰ È questa una ricostruzione, auspicabilmente corretta, ma certamente sincretica della più complessa e articolata definizione offerta da Lasswell (1980, 452 ss.).

neutrale. Tuttavia, non può nemmeno sfuggire la differenza fra gli interventi intesi a mettere in azione la predetta alterazione degli equilibri sociali e quelli che la concretizzano direttamente e immediatamente.

Può anche darsi che il primo tipo di interventi – nei quali la legge esibisce «solo» la sua capacità di «disporre per l'avvenire» secondo la formula dell'art. 11 delle disp. prel. c.c. – determinino alterazioni più profonde e durature, ma è evidente che quelli del secondo tipo, proprio perché si riflettono sulla realtà immediata e individuale, determinano le alterazioni più laceranti ed esprimono maggiormente una «politicalità» intesa come «agone» piuttosto che come «tensione».

Tutti gli interventi normativi retroattivi sono riconducibili a questa seconda categoria ed è facile spiegarne le ragioni.

3. L'individualità della retroattività

La specialità della norma, al di là delle suggestioni linguistiche, non determina il venir meno del suo carattere generale e astratto.

Per quanto la numerosità delle determinazioni oggettive del campo di applicazione di una norma possano restringere il numero dei soggetti interessati, essa tuttavia, in un tempo infinito, qual è quello futuro, troverà comunque applicazione in un numero indefinito di casi.

È la norma individuale che, invece, si contrappone a quella norma generale. E, a ben vedere, è individuale ogni norma cui sia riferita una specifica determinazione temporale definita e compiuta.

In generale: per quanto ampio possa essere il numero dei soggetti interessati dalla norma, l'apposizione di una determinazione temporale rende tale numero sempre astrattamente definito.

Se, poi, la determinazione temporale consiste nel riferimento (anche) a uno spazio cronologico già concluso, allora i soggetti interessati diventano precisamente individuati.

Sotto questo profilo, non vi è differenza fra «forme» di retroattività, perché tutte fondano norme individuali (nel senso prima precisato) e, come tali, sono tutte espressione di quella più lacerante politicalità cui ho fatto cenno nel paragrafo precedente.

4. Retroattività e consenso

Il riferimento a diversificati «tipi» di norme retroattive, nel senso che mi accingo a precisare, può essere inteso come espressione di un diverso grado di «consenso» ritenuto necessario – a livello di principi, spesso inespressi – per legittimare l'intervento retroattivo.

Una proposta, certamente da vagliare e affinare ulteriormente, di ordinamento dei «tipi» di retroattività potrebbe individuare una gradazione che ha come punti estremi, da un lato, l'amnistia e l'indulto e, dall'altro lato, l'interpretazione autentica.

L'amnistia e l'indulto sono, fra tutte, le forme d'intervento più laceranti²¹, anche perché i tentativi di renderle coerenti con il principio di eguaglianza²², per quanto autorevoli, sono risultati meritori, ma non pienamente persuasivi²³. E questo giustifica l'esigenza di un livello di consenso particolarmente alto. Di qui, la specifica previsione di un procedimento normativo rafforzato contenuta nell'art. 79 Cost.

All'estremo opposto, come si diceva, si colloca la legge di interpretazione autentica. La più favorevole considerazione di questo tipo di legge non dipende, a mio avviso, dal fatto che essa sarebbe retrospettiva e non retroattiva. La distinzione in questione mi pare, dal punto di vista strutturale ed effettuale, inconsistente. Più pertinente è ritenere che l'effetto retroattivo possa incontrare una più agevole e ampia accettazione a livello ordinamentale per il fatto che l'interpretazione autoritativamente imposta rientra nei limiti dello spettro semantico dei significati propri della formula linguistica oggetto di interpretazione e, peraltro, appartiene al novero delle interpretazioni già prospettatesi nella prassi interpretativa.

Il che dovrebbe rendere avvertiti del fatto che, quanto più l'interpretazione autentica tende a privilegiare i significati che si collocano agli estremi margini di quello spettro semantico e/o, al tempo stesso, a favorire le interpretazioni «minoritarie» fra quelle prospettate in dottrina e giurisprudenza, tanto più ci si allontana dal modello «tipico» dell'interpretazione autentica, per entrare nel campo della disposizione retroattiva, senza altre qualificazioni.

Si può immaginare che se la legge d'interpretazione autentica, con il *caveat* appena formulato, si colloca al gradino più basso della retroattività – nel senso che è quella che richiede una minor grado di «consenso ordinamentale» – allora la *lex mitior* si colloca a un gradino leggermente superiore.

È possibile, effettivamente, ritenere che sia più accettabile da parte della generalità dei consociati – e, quindi, meno «lacerante» nel senso anzidetto – estendere retroattivamente gli effetti di un intervento normativo *in mitius*. Ma è altrettanto evidente che anche in questo caso – ancor più che in quello della interpretazione autentica – non è possibile generalizzare in modo assoluto. E ciò non solo perché, come è ovvio, l'intensità e la novità degli effetti mitigatori non è sempre costante, ma soprattutto perché la mitigazione della reazione sanzionatoria può presentare un duplice profilo di ambiguità.

²¹ Si tratta, però, di una prospettiva che costantemente convive con quella opposta, perché a fronte di tale «lacerazione», vi è anche un opposto profilo «pacificatore». Si tratta di un aspetto puntualmente rilevato da Montesquieu il quale osservava che «le lettere di grazia sono un grande ritrovato dei governi moderati. Questo potere di perdonare che ha il principe, se saggiamente praticato, ha effetti meravigliosi» (Montesquieu 1989, 240). Nello stesso senso Rocco 1899, 16 ss., secondo il quale «Ciò che determina il sorgere dell'amnistia, dell'indulto e della grazia e ne dà nel tempo stesso la ragion d'essere, è il bisogno di un temperamento della nuda e rigida applicazione del diritto, la necessità di avere un mezzo con cui provvedere all'opportunità di un dato momento, in vista di particolari condizioni politiche e sociali».

²² Si veda, in questo senso, Zagrebelsky (1971, 234 ss.) e la critica parziale a questa impostazione sviluppata da Gemma (1973, 35.)

²³ Per alcune osservazioni, a questo proposito, mi permetto di rinviare a Frasoni (2023, 142).

Per un verso, in quanto una reazione *mitior* alla violazione comporta anche, almeno potenzialmente, un deterioramento della tutela dei beni giuridici minacciati dalle condotte sanzionate.

Per altro verso, perché alcuni interventi mitigatori possono determinare un complessivo «riorientamento» del sistema punitivo nel suo complesso, nel senso che la maggiore mitezza nel trattamento di determinate violazioni rende automaticamente più rilevante, comparativamente, il trattamento riservato ad altre violazioni. È per questo che, fin dall'inizio di queste riflessioni, ho posto in rilievo il carattere non assoluto della mitezza che si manifesta nella *lex mitior*.

L'esercizio di ordinare gradatamente le diverse forme di intervento retroattivo potrebbe naturalmente continuare, ma non è questa certamente la sede per svolgerlo.

Basterà rilevare che la cautela con la quale ho già suggerito di considerare anche due forme di retroattività generalmente oggetto di una considerazione positiva – quella della legge d'interpretazione autentica e quella della *lex mitior* – deve essere indubbiamente rafforzata quando vengono in considerazione gli altri tipi di retroattività.

L'unica vera conclusione che mi pare di poter trarre è nel senso dell'opportunità di riservare una considerazione positiva, ma non in senso assoluto, ai principi e alle norme che consentono o vietano le varie forme di retroattività.

In linea di principio, infatti, essi svolgono un ruolo apprezzabile, disegnando un sistema che, pur improntato a notevole cautela nei confronti della retroattività, non è privo di un margine di flessibilità.

Tuttavia, nessuna di tali regole esprime un principio assoluto. E ciò vale sia per le regole che legittimano la retroattività, sia per quelle che la vietano. Le regole dell'uno e dell'altro tipo, invero, possono risultare, in concreto, troppo permissive o troppo limitative.

D'altra parte, si tratta di una conclusione implicita nelle premesse: se la retroattività della legge è un momento «altamente» politico, è inevitabile che ogni valutazione circa la sua (in)opportunità e (in)desiderabilità dipenda da un complesso di fattori da accertare caso per caso.

Ciò, per concludere con un riferimento alla mia materia, vale certamente anche per lo Statuto dei diritti del contribuente. Senza poter giustificare, a mio avviso, l'eccessiva frequenza con la quale sono state ignorate le regole in tema di retroattività fissate dallo Statuto, credo che sarebbe altrettanto ingiustificato attribuire alle stesse una rigidità assoluta.

Riferimenti bibliografici

Alighieri, Dante. 1321 c.a. *Paradiso*. XXII, 151.

Aristofane. 1966. *Le rane*, introduzione e traduzione a cura di Guido Paduano. Milano: Rizzoli.

Bearzot, Cinzia. 2011. "La paternità dell'opera." In *L'Athenaiaion politeia rivisitata. Il punto su Pseudo Senofonte*, a cura di Cinzia Bearzot, Franca Landucci, Luisa Prandi, 3 ss. Milano: Vita e Pensiero.

- Bobbio, Norberto. 2014. *Elogio della mitezza (e altri scritti morali)*. Milano: Il Saggiatore.
- Bontempelli, Massimo. 1912. *Il canto XXII del Paradiso*. Firenze: Sansoni.
- Canevaro, Mirko, e Edward Monroe Harris. 2012. "The Documents in Andocides' On the Mysteries." *Classical Quarterly*: 98 ss.
- Canevaro, Mirko, e Edward Monroe Harris. 2016-17. "The Authenticity of the Documents at Andocides' On the Mysteries 77-79 and 83-84." *Dike*: 9 ss.
- Canfora, Luciano. 2013. *Il mondo di Atene*, Bari: Laterza, *passim*.
- Canfora, Luciano. 2018. *Cleofonte deve morire*. Bari: Laterza.
- Chiavacci Leonardi, Anna Maria. 2023. *Inferno*. Milano: Mondadori.
- Contini, Gianfranco. 2001. "Un'interpretazione di Dante." In *Un'idea di Dante. Saggi danteschi*, a cura di Gianfranco Contini, 69 ss. Torino: Einaudi.
- Fransoni, Guglielmo. 2023. "Riflessioni su condoni e principi costituzionali." *Rassegna tributaria*: 142.
- Gemma, Gladio. 1973. "Profili costituzionali dell'amnistia, dell'indulto e del condono fiscale." *Archivio Giuridico*: 35.
- Lasswell, Harold Dwight. 1980. "Politica." *Enciclopedia del Novecento*. Roma: Istituto dell'enciclopedia italiana: 452 ss.
- Lenfant, Dominique. 2021. "Notice." In *Pseudo-Xénophon, Constitution des Athéniens*. Paris: Les Belles Lettres.
- Medda, Enrico. 2011. "Ps. Xen, Ap 2,18: una lettura di parte della παρρησία comica." In *L'Athenaion politeia rivisitata. Il punto su Pseudo Senofonte*, a cura di Cinzia Bearzot, Franca Landucci, Luisa Prandi, 143 ss. Milano: Vita e Pensiero.
- Montesquieu. 1989. *Lo spirito delle leggi*. Milano: Rizzoli.
- Petrovic Andrej, e Ivana Petrovic. 2016. "Aristophanes' 'Pure Mind'." In *Inner Purity and Pollution in Greek Religion: Volume I: Early Greek Religion*. Oxford: Oxford University Press.
- Rocco, Arturo. 1899. "Amnistia, indulto e grazia nel diritto penale romano." *Rivista penale*: XXV, 16 ss.
- Sommerstein, Alan Herbert. 2009. *Kleophon and the restaging of Frogs*, in *Talking about Laughter: And Other Studies in Greek Comedy*. Oxford: Oxford University Press.
- Tuci, Paolo Andrea. 2011. "La datazione dell'Athenaion politeia pseudosenofontea: problemi metodologici e proposte interpretative." In *L'Athenaion politeia rivisitata. Il punto su Pseudo Senofonte*, a cura di Cinzia Bearzot, Franca Landucci, Luisa Prandi, 29 ss. Milano: Vita e Pensiero.
- Varanini, Giorgio. 1966. *Il canto XXII del Paradiso*. Firenze: Le Monnier.
- Zagrebelsky, Gustavo. 1971. "Indulto (dir. cost)." *Enciclopedia diritto*: XXI, 234 ss.

Indice dei nomi

- Albertario E. 16
Ambrosetti E. M. 21
Antonini L. 147
Aristofane 159-161
Armellini S. 14
Bartoli R. 9, 89, 91, 94
Basilavecchia M. 121
Batistoni Ferrara F. 122
Baumbach T. 57
Bearzot C. 161
Berardi A. 17
Bernardi A. 60-61, 68
Bianchi D. 91-92
Bin L. 57-58
Bobbio N. 8, 11, 22, 158
Bona C. 30, 45
Bontempelli M. 158
Cadoppi A. 91
Canevaro M. 160
Canfora L. 159-161
Caponi R. 30
Castaldi L. 9, 117, 141, 144, 146, 157, 171
Chiarizia G. 144
Chibelli A. 143
Contini G. 158
Corasaniti G. 118, 122, 133
Cordeiro Guerra R. 122, 132
Costabile F. 16
Cotta S. 14, 22-24
Curato G. 129
D'Agostino F. 12-13, 19
Del Corso S. 111
Del Federico L. 122
Della Bella A. 111
De Robertis F. M. 15
De Santis G. 13
De Sena P. 60-61
Di Cosimo G. 41
Di Martino C. 27, 29
Dominedò F. M. 27, 32-36, 38-46, 124
Eusebi L. 19-20
Fedele A. 121
Fiorella A. 13
Fransoni G. 9, 149, 157, 163
Gabba C. F. 42-44, 123, 125-126
Gallo F. 147
Gallo M. 126
Gambardella M. 15, 102, 111
Gatta G. L. 18
Gemma G. 163
Gentili A. 30

- Giacomini B. 14
 Gianniti L. 36
 Giovanardi A. 121
 Giovannini A. 122, 132
 Griziotti B. 129
 Harris D. 61
 Harris E. M. 61
 Hassemer W. 19
 Jarach D. 129
 Lasswell H. D. 161
 Lazzerini N. 76-77
 Lefebvre D'Ovidio A. 33-34
 Lenfant D. 161
 Leone M. 15, 33-34, 125
 Luciani M. 29
 Mabellini S. 46
 MacIntyre A. 11
 Maiello V. 91-92, 94
 Manes V. 53, 57, 68, 92, 98, 142
 Mantovani F. 23
 Marinucci G. 92
 Martufi A. 105
 Mastroiacovo V. 9, 117, 120-122, 129, 141, 150, 157
 Mastroianni R. 86
 Mastropaolo A. 39
 Mazzacuva F. 98
 Medda E. 161
 Micheletti D. 21, 23-24, 92, 111
 Montesquieu 163
 Nicosia E. 59-60
 Occhetto F. 12, 17
 Oliva F. 96
 Olivieri A. 30-31
 Padovani T. 111
 Pagliaro A. 111
 Palazzani L. 24
 Palazzo F. 91-92, 94
 Parente S. A. 145
 Pecorella C. 102
 Perrone D. 92
 Petrovic A. 160
 Petrovic I. 160
 Pieper J. 14
 Pisillo Mazzeschi R. 8, 51, 61, 70
 Pollicino O. 79
 Pustorino P. 52, 54
 Quadri R. 30
 Reggio F. 11
 Ricoeur P. 14
 Rocco A. 129, 163
 Ronco S. M. 118
 Ruffini E. M. 147
 Sacchetto E. 30
 Salvati A. 132
 Santangelo A. 96
 Sarra C. 11
 Scaccianoce C. 85, 142
 Scoletta M. 143
 Seeger H. 126
 Siciliano D. 19
 Siniscalco M. 94
 Sommerstein A. H. 159
 Spiegel J. 28
 Stella Richter M. 130
 Stortoni L. 29
 Trinti G. 18, 23
 Tuci P. A. 161
 Uckmar A. 129
 Valentini V. 91
 Valentino A. 45
 Van Dijk P. 60-61
 Vanz G. 147
 Varanini G. 158
 Varsori A. 33
 Viganò F. 23, 92, 142-143
 Vigna C. 14
 Visco V. 147
 Volpi F. 14
 Zagrebelsky G. 8, 11, 21, 163
 Zagrebelsky V. 52-53, 55, 57, 61
 Zamagni S. 22
 Zilletti L. 96
 Zini F. 8, 11, 14, 16, 157-158, 171

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE E INTERNAZIONALI

TITOLI PUBBLICATI

1. Laura Castaldi, Federico Lenzerini, Francesco Zini (a cura di), *Le dimensioni del principio solidaristico nel terzo millennio*, 2024
2. Roberto Borrello, Antonio Riviezzo (a cura di), *Il diritto sportivo tra autonomia e antinomie. Atti del seminario «Giornate senesi sullo sport» Siena, 22 maggio 2024*, 2025
3. Laura Castaldi, Francesco Zini (a cura di), *Il principio di retroattività della lex mitior*, 2026

Quaderni del Dipartimento
di Scienze politiche e internazionali

— 3 —

Il principio di retroattività della *lex mitior* rappresenta uno dei valori cardine del moderno diritto punitivo con riconoscimento espresso in numerosi strumenti pattizi internazionali. Tuttavia, se l'irretroattività della legge penale sfavorevole costituisce un valore assoluto e inderogabile, la retroattività in *mitius* è considerata suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli. Tale diversità di trattamento solleva interrogativi profondi che i contributi del presente volume affrontano in una prospettiva multidisciplinare, nella quale convergono questioni di filosofia del diritto, diritto costituzionale, diritto penale, diritto internazionale dei diritti umani, diritto dell'Unione Europea e diritto tributario.

Laura Castaldi è professoressa di Diritto tributario presso il Dipartimento di Scienze politiche e internazionali dell'Università di Siena.

Francesco Zini è professore di Filosofia del diritto e docente di Filosofia politica presso il Dipartimento di Scienze politiche e internazionali dell'Università di Siena.

ISSN 3035-5850 (print)
ISSN 3035-5664 (online)
ISBN 979-12-215-1042-3 (Print)
ISBN 979-12-215-1043-0 (PDF)
ISBN 979-12-215-1044-7 (ePUB)
ISBN 979-12-215-1014-0 (XML)
DOI 10.36253/979-12-215-1043-0

www.fupress.com