

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, *Deweere 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. parr. 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., parr. 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*, parr. 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 vorratsstelle 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.