

50

F.U. 12/11/09
S.W. 4989/09
R.G. 6996/08



47395/09

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Seconda sezione penale

composta dai signori

dott. Pietro Antonio SIRENA	Presidente
dott. Laurenza NUZZO	Consigliere
dott. Piercamillo DAVIGO	Consigliere
dott. Domenico CHINDEMI	Consigliere
dott. Geppino RAGO	Consigliere

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Sul ricorso proposto nell'interesse di DE GIOVANNI Fabrizio e MICCICHE' Giovanni avverso la sentenza della Corte di appello di Palermo, in data 30 maggio 2007.

Sentita la relazione della causa fatta dal consigliere Laurenza NUZZO.

Sentita la requisitoria del sostituto procuratore generale, Carmine Stabile e le difese degli avvocati Franco Coppi e Francesco Bertorotta, il Collegio

OSSERVA

Con sentenza del 2 maggio 2005, il Tribunale di Agrigento dichiarò DE GIOVANNI Fabrizio e MICCICHE' Giovanni responsabili del reato previsto dall'articolo 12 *quinquies* del D.L. numero 306 del 1992 e condannò il primo alla pena di due anni e nove mesi di reclusione e il secondo alla pena di tre anni di reclusione, disponendo anche, ai sensi dell'articolo 240, comma 1, C.P., la confisca della somma di lire 1.200.000.000, e degli eventuali interessi maturati, già

[Handwritten signature]

depositata sul conto corrente ULTRASON, acceso presso la Banca Unione di Credito di Lugano, e intestato alla fondazione METTE STIFTUNG.

Avverso tale decisione i due imputati proposero impugnazione, ma la Corte di appello di Palermo, con sentenza del 30 maggio 2007, confermò il provvedimento impugnato.

Avverso la sentenza della Corte di appello hanno proposto ricorso per cassazione i difensori del DE GIOVANNI e del MICCICHE' deducendo vari motivi di impugnazione, tra i quali - rilevanti ai fini della questione che si intende sottoporre al vaglio delle Sezioni unite - i seguenti:

a) violazione dell'articolo 606, comma 1, lettera b), c.p.p., in relazione agli articoli 157 C.P. e 10, comma 3, legge 5 dicembre 2005, numero 251. Nullità della sentenza ai sensi dell'articolo 125 c.p.p. (articolo 606, comma 1, lettera c, c.p.p.) o, comunque, mancanza della motivazione sul punto relativo alla prescrizione del reato (articolo 606, comma 1, lettera e, c.p.p.).

Secondo i ricorrenti, alla data di entrata in vigore della legge numero 351 del 2005, il giudizio nei confronti dei due suddetti imputati non sarebbe stato pendente in appello, dal momento che "la Corte di appello di Palermo non aveva ancora ricevuto gli atti ai sensi dell'articolo 590 c.p.p. e, conseguentemente, il Presidente della stessa Corte non aveva ancora ordinato la citazione delle parti per il processo di appello ai sensi dell'articolo 601, comma 1, c.p.p."; tali atti, secondo la tesi difensiva, sarebbero stati posti in essere successivamente all'8 dicembre 2005, data di entrata in vigore della legge su menzionata: con la conseguenza che avrebbero dovuto essere applicate alla fattispecie le disposizioni di quest'ultima, e i giudici del merito avrebbero dovuto perciò dichiarare estinto il reato per prescrizione.

b) In subordine al motivo prima indicato, è stata sollevata eccezione di legittimità costituzionale dell'articolo 10, comma 3, della legge numero 251 del 2005, per contrasto con l'articolo 117 della Costituzione.

I ricorrenti hanno, a tal fine, fatto rilevare che "la norma di diritto transitorio sopra citata è stata già oggetto di

1/46

scrutinio da parte del Giudice delle leggi, che ne ha sancito il contrasto con l'articolo 3 della Costituzione nella parte in cui si escludeva l'applicazione della nuova disciplina della prescrizione (in quanto più favorevole) ai processi in corso e nei quali fosse già stata disposta l'apertura del dibattimento di primo grado".

Sennonché gli stessi ricorrenti hanno, pure, evidenziato che "la parziale declaratoria di illegittimità costituzionale, derivante dai limiti del *petitum* devoluto dal giudice a quo, non era stata estesa (ai sensi della legge costituzionale numero 87 del 1953) dal Giudice delle leggi alle altre ipotesi di esclusione previste dalla disposizione transitoria, con la conseguenza che da ciò potrebbe supporre che la Corte costituzionale abbia ritenuto ragionevole la discriminazione applicativa della norma più favorevole nei processi transitati (successivamente all'8 dicembre 2005) nei gradi successivi al primo, almeno al parametro dell'articolo 3 della Costituzione".

Sempre i ricorrenti, dopo avere riferito di ben conoscere la giurisprudenza di questa Corte di cassazione, "che in diverse occasioni ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità della norma di diritto intertemporale in esame" per contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, hanno aggiunto di volerne sollevare una nuova, che non è stata ancora oggetto di altre ordinanze di rimessione al Giudice delle leggi.

E con tale nuova questione la difesa degli imputati ha dedotto - come si è sopra cennato - un contrasto tra la norma di cui all'articolo 10 comma 3, della legge numero 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicazione della normativa della prescrizione più favorevole ai processi pendenti in grado di appello e in cassazione alla data di entrata in vigore della medesima, e l'articolo 117 della Costituzione; e ciò in quanto la norma penale non sarebbe stata emessa nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ai quali l'Italia è tenuta, e che sarebbero stati indicati e dichiarati sussistenti dalla stessa Corte costituzionale in altre decisioni.

Quanto sopra premesso, il Collegio ritiene di dovere delineare il quadro giuridico entro il quale si muove la questione prospettata.

E a tal fine va anzitutto evidenziato, con riferimento alla censura di cui alla lettera a), che le Sezioni unite di questa Corte hanno stabilito, con sentenza del 29 ottobre 2009 (non ancora pubblicata), che - ai fini dell'applicazione della legge numero 251 del 2005, nell'ipotesi in cui sia più favorevole per l'imputato - il processo deve considerarsi pendente in grado di appello sin dal momento successivo alla lettura del dispositivo della sentenza di primo grado.

Ciò posto, si osserva che la Corte costituzionale già in diverse occasioni ha preso in esame l'articolo 10 della legge numero 251 del 2005, dichiarando:

1) con la sentenza numero 393 del 2006 l'illegittimità costituzionale della norma in questione nella parte in cui stabiliva che le nuove e più favorevoli disposizioni sulla prescrizione non si applicavano "ai processi pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento".

2) Con la sentenza numero 72 del 2008, non fondate le questioni di legittimità costituzionale dello stesso articolo 10, comma 3, della legge numero 251 del 2005, sollevate con riferimento agli articoli 3, 10 secondo comma e 11 della Costituzione, e dunque ritenendo ragionevole la discriminazione applicativa della norma più favorevole nei processi pendenti in appello o in cassazione.

3) Con l'ordinanza numero 343 del 2008, la manifesta infondatezza della suddetta questione di legittimità costituzionale, non avendo il remittente fornito alcun argomento diverso o ulteriore rispetto a quelli esaminati nella sentenza numero 72, su citata.

Va, tuttavia, precisato che con la prima delle sentenze su indicate, la numero 393 del 2006, il Giudice delle leggi ha ribadito il proprio costante orientamento che riconosce alla

prescrizione del reato natura di istituto di diritto penale sostanziale; nella decisione suddetta, infatti, si è affermato testualmente che la norma dell'articolo 2 del codice penale "deve essere interpretata, ed è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte (e da quella di legittimità), nel senso che la locuzione <disposizioni più favorevoli al reo> si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato (sentenze numero 455 e 85 del 1998; ordinanze numero 317 del 2000, numero 288 e 51 del 1999, numero 219 del 1997, numero 294 e 137 del 1996). Una conclusione, questa, coerente con la natura della prescrizione (sentenza numero 275 del 1990) e con l'effetto da essa prodotto, in quanto il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva".

Al contempo, però, sempre nella decisione in esame la Corte costituzionale ha riaffermato, in linea con la propria giurisprudenza, che "il regime giuridico riservato alla *lex mitior*, e segnatamente la sua retroattività, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo", puntualizzando che "da ciò discende che eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*, ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa".

Con riferimento a tale ultimo principio, la Corte costituzionale ha, inoltre, osservato che l'individuazione dei criteri in base ai quali deve essere operata la valutazione relativa alla sussistenza di una sufficiente ragione giustificativa al principio di retroattività della *lex mitior*

"non può prescindere dalla circostanza che tale principio non è affermato soltanto, come criterio generale, dall'articolo 2 del codice penale, ma è stato sancito sia a livello internazionale sia a livello comunitario".

E in particolare, sempre nella sentenza numero 393 del 2006, i giudici della Corte hanno richiamato:

- a) l'articolo 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 settembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, numero 881, il quale stabilisce che "se posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne;
- b) l'articolo 6, comma 2, del Trattato sull'unione europea - nel testo risultante dal Trattato sottoscritto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, ratificato con legge 16 giugno 1998, numero 209 - nel quale si afferma che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario";
- c) alcune decisioni della Corte di giustizia delle Comunità europee, con le quali si è affermato che tali diritti fondamentali sono parte integrante dei principi di diritto che essa garantisce (sentenze 12 giugno 2003, C-112/00; 10 luglio 2003, C-20/00 e C-64/00); e in particolare la sentenza 3 maggio 2003, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, con cui "la stessa Corte - decidendo un caso nel quale il primato del diritto comunitario si assumeva compromesso dalla retroattività di una disciplina che assicurava al reo un trattamento più favorevole (anche per la riduzione dei termini di prescrizione conseguente alla riduzione della misura della pena) - ha statuito che delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri fa parte il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite".

I problemi posti dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, allorquando hanno interpretato le norme

1/16

della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sono stati poi affrontati dalla Corte costituzionale in altre importanti decisioni, tra le quali meritano di essere ricordate le sentenze numeri 348 e 349 del 2007, che hanno ricostruito in termini generali la portata normativa dell'articolo 117 della Costituzione in relazione al diritto internazionale pattizio, all'ordinamento comunitario e alla Convenzione europea su indicata.

Con la prima delle suddette decisioni - concernente l'indennità di espropriazione - il Giudice delle leggi ha anzitutto chiarito la differenza esistente tra le norme CEDU e le altre norme comunitarie, affermando che le prime, pur rivestendo grande rilevanza in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie che, pur vincolando lo Stato italiano, non attribuiscono al giudice il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con esse.

Così che, secondo la Corte costituzionale, l'asserita incompatibilità tra la norma CEDU - come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - e la norma di diritto interno "si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, di esclusiva competenza del Giudice delle leggi".

E gli stessi principi sono stati ribaditi nella sentenza numero 349 del 2007, su citata, in materia di occupazioni appropriative intervenute anteriormente al 30 settembre 2006, nella quale è stato testualmente affermato che "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme"; e che "qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'articolo 117, primo comma".

Peraltro, tale ultimo principio è stato riaffermato dal Giudice delle leggi nella sentenza numero 239 del 2009, nella quale si legge testualmente che "in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'articolo 117 della Costituzione, solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa".

Infine, per completare il quadro giuridico di riferimento, si deve segnalare che una assai recente decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza Scoppola c. Italia del 17 settembre 2009), ha stabilito:

- che "l'articolo 7, paragrafo 1, della Convenzione non garantisce solamente il principio di non-retroattività delle leggi penali più severe, ma anche, ed implicitamente, il principio di retroattività della legge penale più favorevole";
- ha, inoltre, chiarito che "questo principio si manifesta nella regola che vuole che, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di un giudizio definitivo sono differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato";
- ha, pertanto, evidenziato che, nell'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, CEDU, l'applicazione della pena più sfavorevole all'imputato;
- ed ha addirittura affermato che "l'articolo 442, comma 2, del codice di procedura penale italiano è una disposizione di diritto penale materiale concernente la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il procedimento abbreviato, e che ricade, dunque, nel campo di applicazione dell'ultima frase dell'articolo 7, paragrafo 1, della Convenzione".

Conseguentemente, con la suddetta decisione la Corte di Strasburgo ha stabilito:

a) che è lo Stato convenuto a dovere assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta allo Scoppola venga sostituito con una pena che non supera i trenta anni di reclusione;

b) che lo Stato convenuto deve versare al ricorrente, entro tre mesi, la somma di 10.000 euro (diecimila euro), più l'importo eventualmente dovuto a titolo di imposta, per il danno morale;

c) che lo Stato convenuto deve versare al ricorrente, entro tre mesi, la somma di 10.000 euro (diecimila euro), più l'importo eventualmente dovuto a titolo di imposta dal ricorrente, per le spese;

d) che a decorrere dallo scadere di detto termine e fino al versamento, tali importi dovranno essere maggiorati di un interesse semplice ad un tasso equivalente a quello delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea applicabile durante tale periodo, aumentato di tre punti percentuali.

Tale decisione - di grande rilevanza ai fini delle scelte giuridiche necessarie ad evitare di commettere violazioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, esponendo l'Italia alle relative sanzioni - è, peraltro, successiva a tutte le sentenze della Corte costituzionale prese in esame e potrebbe essere idonea, come meglio si vedrà appresso, a rimodulare la giurisprudenza del nostro Paese sul punto della applicazione della *lex mitior*.

Esaminato il quadro giuridico all'interno del quale deve essere risolta la fattispecie concreta, questo Collegio osserva che, secondo una prima linea ermeneutica, potrebbe apparire necessario sottoporre al vaglio del Giudice delle leggi la questione di costituzionalità prospettata dai ricorrenti; e ciò in contrasto con precedenti decisioni di questa Corte che - sia pure da un angolo visuale diverso - avevano ritenuto, in più di una occasione, manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità della norma di diritto intertemporale in esame.

Ma a prescindere dalla possibilità di sottoporre alla Corte costituzionale la dedotta eccezione di legittimità costituzionale dell'articolo 10 della legge numero 251 del 2001, il Collegio ritiene che sia opportuno impedire quei contrasti giurisprudenziali - determinati dalla complessità del quadro normativo sopra delineato - che potrebbero oggi insorgere tra le diverse Sezioni.

Tra tali contrasti va segnalato anzitutto quello relativo alla questione della immediata applicabilità all'ordinamento interno dei principi di cui alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa al caso Scoppola, ritenendo che questi configurino una sorta di *jus novum*, idoneo a fare superare il *dictum* della decisione della Corte costituzionale numero 72 del 2008, che ha escluso l'applicabilità delle più favorevoli norme sulla prescrizione contenute nella legge numero 251 del 2005 ai processi pendenti in appello e in cassazione, ritenendo - come si è cennato - non fondate le eccezioni di legittimità costituzionale dell'articolo 10, comma 3, della legge numero 251 del 2005.

Sembra, peraltro, al Collegio che la questione su proposta sia, oltre che suscettibile di provocare contrasti giurisprudenziali, di speciale importanza per i suoi effetti sui numerosi processi penali pendenti innanzi alle varie Corti di appello e innanzi a questa Corte, per i quali l'applicazione della più favorevole normativa della legge numero 251 del 2005 condurrebbe alla dichiarazione di prescrizione dei reati.

Senonché, proprio con riferimento all'istituto della prescrizione, e alle peculiarità che lo caratterizzano nel nostro ordinamento, si potrebbe, di contro, sostenere che i principi della *lex mitior* affermati da ultimo nel caso Scoppola non possano trovare applicazione con riferimento alle norme di diritto intertemporale della legge numero 251 del 2005; e ciò in quanto - al di là di qualsiasi discussione sulla natura sostanziale della suddetta causa di estinzione del reato - è certo che nel nostro ordinamento giuridico siffatto istituto vive nel processo e per il processo.

In buona sostanza - a differenza di altri ordinamenti - la prescrizione nel diritto italiano ha una sua naturale correlazione con il tema del processo, che risulta evidente dalla sua struttura e dal suo funzionamento: e si potrebbe, perciò, sostenere che debba essere necessario, nell'ipotesi di modificazione dei suoi termini, prevedere delle norme transitorie che consentano la sopravvivenza di quei processi che erano stati instaurati e portati faticosamente avanti tenendo conto di quei termini massimi entro il quale avrebbero dovuto essere definiti; così che una modifica dei termini prescrizionali senza siffatta previsione potrebbe apparire in violazione dell'articolo 3 della Costituzione.

Ma non va neppure trascurato un ulteriore profilo, che è relativo alla fattispecie concreta e non al problema generale, e che potrebbe portare a una pronuncia in contrasto con quella delle Sezioni unite del 29 ottobre 2009, concernente la determinazione del momento in cui il processo deve considerarsi pendente in grado di appello.

Volendo, infatti, con interpretazione adeguatrice, dare - sia pure in parte - applicazione concreta ai principi stabiliti dalla decisione sul caso Scoppola e al principio affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme" (sentenza numero 349 del 2007), ben si potrebbe ritenere che nel caso in esame il processo non sia ancora pendente in appello.

Tale interpretazione, per il vero, era stata già formulata dalla terza sezione penale di questa Corte, la quale aveva stabilito che "in tema di prescrizione, ai fini dell'applicabilità della disciplina transitoria di cui all'articolo 10 della legge 7 dicembre 2005, numero 251, il momento della pendenza del giudizio di appello non coincide con quello della presentazione dell'atto di impugnazione, ma con quello della iscrizione del processo nel registro della Corte di appello, in quanto il momento centrale e fondamentale del passaggio da una fase processuale all'altra è

rappresentato, rispettivamente, dalla trasmissione e dalla ricezione del fascicolo" (Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2008, Muscariello, RV 240342).

E seppure è vero che le Sezioni unite hanno scelto la diversa tesi giuridica sostenuta da altre sezioni, resta il fatto che quasi contestualmente è intervenuta la decisione sul caso Scoppola, della quale potrebbe essere necessario tenere conto nelle scelte concrete da adottare per evitare che la nostra giurisprudenza entri in contrasto con quella della Corte di Strasburgo.

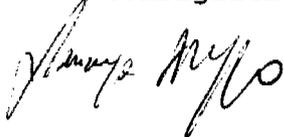
Per tutte le ragioni su indicate, il Collegio ritiene opportuno - ai sensi dell'articolo 618 c.p.p. - rimettere il presente ricorso alle Sezioni unite di questa Suprema Corte.

P.Q.M.

Visto l'articolo 618 c.p.p.; rimette il ricorso alle Sezioni unite.

Così deliberato in camera di consiglio il 12 novembre 2009

Il Consigliere



Il Presidente

