

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)

SOMMARIO

1. PREMESSA. AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 7 CEDU. LA NOZIONE CONVENZIONALE DI MATERIA PENALE. – 2. LEGALITÀ DEI REATI E DELLE PENE. IN PARTICOLARE, LA BASE LEGALE DI DIRITTO INTERNAZIONALE. – 3. LA BASE LEGALE DI DIRITTO NAZIONALE: ACCESSIBILITÀ E PREVEDIBILITÀ DEI REATI E DELLE PENE. – 4. L'IRRETROATTIVITÀ DELLA "LEGGE" PENALE. IN PARTICOLARE, L'IRRETROATTIVITÀ DELLA "PENA". – 5. LA RETROATTIVITÀ DELLA "LEGGE PENALE" PIÙ FAVOREVOLE. – 6. LEGALITÀ PENALE E COLPEVOLEZZA.

1

PREMESSA. AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 7 CEDU. LA NOZIONE CONVENZIONALE DI MATERIA PENALE

La Corte europea da tempo utilizza una nozione sostanziale di materia penale e, dunque, di reato e di pena. I criteri utilizzati dalla Corte per stabilire se ci si trovi di fronte ad un reato o ad una pena ai sensi della Convenzione europea sono alternativi e non rilevano se l'illecito o la misura sanzionatoria sono già considerati "penali" nell'ordinamento dello Stato convenuto: lo scopo della nozione sostanziale di materia penale è, infatti, assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali annullando gli effetti di un'eventuale "frode delle etichette". La giurisprudenza convenzionale alla quale riferirsi per l'elaborazione di tali criteri è quella relativa non tanto all'art. 7, quanto soprattutto all'art. 6 Cedu, che tra l'altro regola le garanzie processuali penali ricollegandole all'esistenza di un'accusa per un *reato*, ciò che rende necessario stabilire quando ci si trovi di fronte ad una simile evenienza.

Pertanto, la natura "sostanzialmente penale" dell'illecito che venga alla volta in rilievo è valutata sulla base della qualificazione giuridica di esso più diffusa a livello europeo, sulla base della struttura del precetto, che deve riguardare la generalità dei consociati e non solo determinati gruppi di persone, sulla base del tipo di disciplina procedurale che del precetto regola l'applicazione e, infine, sulla base della natura della sanzione che assiste l'illecito stesso.

Per quanto concerne la nozione di "pena", particolare importanza assumono il legame della misura nazionale con la condanna per un'infrazione e la natura e lo scopo della misura stessa, che deve essere punitivo (o repressivo) e dissuasivo. Ulteriori criteri sostanziali che intervengono a definire la "pena" ai sensi della Convenzione europea sono, poi, la gravità della misura nazionale e le contestuali procedure di adozione ed esecuzione.

Secondo queste coordinate, restano fuori dalla nozione convenzionale di "pena" le misure (quantomeno ritenute) a scopo special-preventivo – nel gergo della Corte europea, a scopo preventivo *tout court*¹ – e dunque, con riferimento al contesto italiano, le misure di prevenzione, che del resto nemmeno prevedono tra i propri presupposti la

1. Cfr. la sentenza 17 dicembre 2009, *Bouchacourt c. Francia* (ric. n. 5335/06), a proposito dell'infrazione retroattiva della misura nazionale consistente nell'iscrizione del nome del ricorrente nel *fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violentes*. La Corte europea non ha ravvisato alcuna violazione dell'art. 7 Cedu, ritenendo che la misura avesse come scopo principale quello di impedire la recidiva.

pronuncia di una condanna, e le misure di sicurezza².

Con riguardo a queste ultime, tuttavia, significative aperture della Corte verso l'allargamento della nozione di "pena" possono ravvisarsi nella sentenza *M. c. Germania*³. Nel caso veniva in rilievo l'applicazione retroattiva del nuovo e più duro regime di durata della misura personale detentiva della custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*: v. *infra*, n. 4). I giudici di Strasburgo, ciò nondimeno, sono giunti a considerare tale misura una vera e propria "pena", da un lato rilevando che nel caso di specie la *Sicherungsverwahrung* era stata inflitta a seguito di una condanna e ravvisando nella misura un compresente scopo dissuasivo; dall'altro, verificando il concreto trattamento generalmente offerto agli internati, che non poteva dirsi caratterizzato in senso funzionale alla riduzione della pericolosità sociale e che, dunque, non consentiva di distinguere la misura da una pena in senso formale. La sentenza si segnala per la particolare attenzione riservata dalla Corte europea alla natura afflittiva della misura, che anche da un punto di vista astratto è apparsa alla Corte in tutto simile a una pena, comportando la privazione della libertà personale.

Nella sentenza *Gurguchiani c. Spagna*⁴, la misura dell'espulsione ordinata in sostituzione della pena detentiva è stata considerata "pena" ai sensi della Convenzione. Nel caso, che concerneva l'applicazione retroattiva del nuovo e più duro regime della misura sostitutiva (v. *infra*, n. 4), la Corte europea si è riferita ancora una volta allo stretto nesso che si è ritenuto sussistere tra l'espulsione e la pena, e dunque la condanna. Ciò, tuttavia, non deve indurre a ritenere pacifica, nella giurisprudenza di Strasburgo, la riconduzione al concetto di "pena" dell'espulsione che interessi il *condannato* straniero. È utile ricordare, a questo proposito, l'opinione concordante del giudice Myjer, che per giustificare il proprio voto sembra puntare sulla tecnica del *distinguishing* richiamando tra le altre una sentenza assai significativa per la materia che ci occupa: la sentenza 5 ottobre 2000, *Maaouia c. Francia*. In quella pronuncia, la Corte europea aveva escluso che l'espulsione ordinata a titolo di pena *complementare* potesse essere considerata "pena" in senso convenzionale, restando così precluso il sindacato sulla base dell'art. 6 Cedu: il fatto che simile misura fosse stata decisa nel quadro di un processo penale non poteva cambiare, secondo la Corte, il carattere essenzialmente preventivo della misura stessa.

Nel caso *Sud Fondi e altri c. Italia*⁵, la Corte, confermando sul punto la decisione di ricevibilità del 30 agosto 2007, ha ritenuto vera e propria "pena" la confisca "urbanistica" prevista dal d.p.r. n. 380/2001 e applicata dai giudici nazionali nonostante l'assoluzione dall'accusa di lottizzazione abusiva per ignoranza inevitabile della legge penale: dall'analisi del contenuto della misura nazionale – che nel caso concreto aveva operato colpendo l'85% dei terreni non costruiti e, quindi, in assenza di un reale pericolo per il paesaggio – era emersa una funzione ibrida della confisca urbanistica, in parte preventiva e in parte repressiva.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea, le garanzie dell'art. 7 della Convenzione non riguardano la legge processuale. La nozione di "materia penale", poi, non ricomprende nemmeno l'esecuzione della pena. Così, con la sentenza *Kononov c. Lettonia*⁶, la Corte ha avuto modo di ricordare che la disciplina della prescrizione è da considerare legge processuale, e dunque non è coperta dalla legalità penale convenzionale, pur dovendosi comunque ritenere che l'art. 7 Cedu faccia salva la prescrizione già intervenuta. Con la sentenza *Kafkaris c. Cipro*⁷, la liberazione condizionale è stata considerata semplice esecuzione della pena.

2. Sul punto, A. BERNARDI, sub Art. 7 CEDU (*Nessuna pena senza legge*), in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 249 ss., in particolare 274 s.

3. Sent. 17 dicembre 2009, *M. c. Germania* (ric. n. 19359/04).

4. Sent. 15 dicembre 2009, *Gurguchiani c. Spagna* (ric. n. 16012/06).

5. Sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia* (ric. n. 75909/01).

6. Sent. 24 luglio 2008, *Kononov c. Lettonia* (ric. n. 36376/04).

7. Sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro* (ric. n. 21906/04).

2 LEGALITÀ DEI REATI E DELLE PENE. IN PARTICOLARE, LA BASE LEGALE DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Peraltro, la Corte riconosce che la distinzione tra “pena” e sua esecuzione, e più in generale tra discipline che attengono alla “pena” e discipline che invece non vi attengono, non è sempre netta nella pratica. A questo proposito, di grande interesse è la sentenza *Scoppola c. Italia*⁸, con la quale la Corte europea ha ricondotto l’art. 442 c. 2 c.p.p., che stabilisce gli sconti di pena in caso di scelta del rito abbreviato, alla sfera di operatività dell’art. 7 Cedu. Sul punto la Corte europea ha motivato osservando che la disposizione, nonostante sia collocata nel codice di rito nazionale, tuttavia è «consacrata interamente alla severità della pena da infliggere». L’art. 442 c. 2 c.p.p. è dunque “legge penale”, una legge cioè che fissa la pena e che quindi ricade nel campo di applicazione dell’ultima parte dell’art. 7 c. 1 Cedu.

L’art. 7 della Convenzione europea, al primo paragrafo, stabilisce il principio di legalità dei reati e delle pene. Il principio si specifica nell’esigenza che l’an, il *quomodo* e il *quantum* della punizione trovino il proprio fondamento in una legge, nazionale oppure internazionale, già in vigore al momento del fatto. Peraltro, al secondo paragrafo dell’articolo in commento si prevede un’eccezione al principio appena esposto, consentendosi la punizione della persona responsabile di un fatto che, al momento in cui è stato commesso, doveva considerarsi criminale secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili. La Corte europea si è avvalsa di tale deroga alla legalità penale in casi concernenti vicende accadute durante il secondo conflitto mondiale o nell’immediato dopoguerra⁹.

La giurisprudenza della Corte europea offre una nozione autonoma di legge e, in particolare, di legge penale. “Legge” non è tanto l’atto scritto che risulta da particolari procedimenti di produzione, quanto il “diritto applicato”, che è tale – è “diritto” – non per la forma che assume, scritta o non scritta, legislativa regolamentare-amministrativa o giurisprudenziale, ma per alcune qualità che deve possedere. In questo senso, da tempo la Corte europea riconduce la legalità all’esigenza che la regola di giudizio, intervenuta a disciplinare la vicenda del ricorrente, fosse ragionevolmente conoscibile al momento della scelta comportamentale: più precisamente, ai sensi della Convenzione è “legge” la regola di giudizio accessibile e prevedibile¹⁰. La Corte, poi, ha talvolta coerentemente declinato la prevedibilità come prevedibilità sociale¹¹.

Per quanto più in particolare riguarda la nozione di legge internazionale, è da ricomprendervi tanto il diritto pattizio, quanto quello consuetudinario¹².

Così, nel caso che ha dato origine alla già segnalata sentenza *Kononov c. Lettonia*, il ricorrente si era visto condannare per crimini di guerra per aver guidato, nel 1944, una spedizione punitiva nel villaggio di Mazie Bati, che tra i propri abitanti ne annoverava alcuni sospettati di collaborazionismo con i tedeschi. La Corte europea ha ravvisato la violazione dell’art. 7 Cedu ritenendo che gli abitanti del villaggio non fossero da considerare “civili” in quanto collaborazionisti. La Corte non si è soffermata puntualmente sull’effettivo recepimento della disciplina concernente i crimini di guerra – in particolare, della Convenzione dell’Aia del 1907 – da parte dell’ordinamento lettone del tempo: infatti tali norme penali, secondo la Corte, dovevano comunque considerarsi vigenti ai sensi dell’art. 7 Cedu in quanto già al momento dei fatti di causa costituivano fondamentali norme consuetudinarie. Sembra inoltre da evidenziare che, nel caso in

8. Sent. 19 settembre 20099, *Scoppola c. Italia* (ric. n. 10249/03).

9. Cfr. D. HARRIS, M. O’BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, in D. Harris – M. O’Boyle – C. Warbrick (Ed.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2009 (Second edition), p. 339.

10. Per tutti, V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Ius17@unibo.it. Studi e materiali di diritto penale, 2009, n. 1, pp. 57 ss.

11. Cfr. la sentenza 24 maggio 1988, *Müller c. Svizzera* (ric. n. 10737/84) e, per la materia penale, la sentenza 22 novembre 1995, *S. W. c. Regno Unito* (ric. n. 20166/92).

12. Cfr. A. BERNARDI, sub *Art. 7 CEDU (Nessuna pena senza legge)*, cit., pp. 267 ss.

commento, la Corte europea non ha ritenuto di utilizzare il secondo paragrafo dell'art. 7, nonostante si trattasse di vicende accadute durante la Seconda guerra mondiale¹³. Su tale vicenda, peraltro, è tornata a pronunciarsi la Grande Camera¹⁴, che ha smentito la sentenza di primo grado ritenendo che, anche qualora gli abitanti del villaggio di Mazie Bati rimasti uccisi durante la spedizione punitiva avessero potuto considerarsi non semplici “civili”, ma “civili partecipanti alle ostilità” o “combattenti”, comunque lo *ius in bello* del tempo avrebbe dovuto accordare loro protezione: la condotta del ricorrente, dunque, sarebbe stata anche in questo caso classificabile tra i crimini di guerra, in quanto contrastante con le leggi e gli usi fondamentali di guerra che già allora proibivano l'uccisione di un nemico messo fuori combattimento.

Con la sentenza *Korbely c. Ungheria*¹⁵, la Corte europea riunita in Grande camera ha esaminato la condanna per crimini contro l'umanità del ricorrente che, durante i c.d. fatti di Ungheria del 1956, aveva in circostanze poco chiare ucciso a colpi di pistola il capo di un gruppo di dimostranti. La Corte ha ritenuto la condanna in violazione dell'art. 7 Cedu. Per sostenere questa soluzione, la Corte europea si è soffermata non tanto sull'esigenza che tali crimini fossero formalmente previsti dall'ordinamento ungherese del tempo e che, quindi, fossero già state recepite le convenzioni internazionali rilevanti al momento degli avvenimenti oggetto del giudizio, quanto sull'effettiva riconducibilità del fatto concreto alla nozione di crimine contro l'umanità secondo il diritto internazionale del tempo, e più in particolare sulla riconducibilità del dimostrante ucciso alla categoria dei “non partecipanti alle ostilità” – le potenziali vittime di un crimine contro l'umanità – secondo le dette convenzioni: i giudici di Strasburgo hanno ravvisato la violazione dell'art. 7 Cedu proprio ritenendo che il capo dei dimostranti non potesse essere considerato un “non combattente”. La Corte ha dunque aderito – pur discostandosene nelle conclusioni – all'impostazione seguita dai giudici interni, secondo i quali i crimini contro l'umanità dovevano considerarsi comunque punibili anche se commessi nel 1956, indipendentemente dalla loro previsione da parte dell'ordinamento ungherese del tempo.

3

LA BASE LEGALE DI DIRITTO NAZIONALE: ACCESSIBILITÀ E PREVEDIBILITÀ DEI REATI E DELLE PENE

Nel caso che ha dato origine alla sentenza *Kuolelis e altri c. Lituania*¹⁶, i ricorrenti si erano visti infliggere una condanna per propaganda e associazione sovversiva per aver tentato tra il 1990 e il 1991, in qualità di membri del Partito comunista locale, di rovesciare dall'interno il ristabilito Stato lituano che tuttavia, a quel tempo, non era ancora riuscito del tutto a conquistare la propria indipendenza dall'Unione sovietica. Nonostante il contesto di piena transizione politica, la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 7 Cedu, ritenendo che la condanna per “tentata sovversione” dello Stato lituano (non della Repubblica sovietica di Lituania) potesse essere prevedibile al tempo dei fatti¹⁷.

Con la sentenza *Liivik c. Estonia*¹⁸, la Corte ha accertato una violazione del principio di legalità dei reati, sancito dall'art. 7 della Convenzione: i giudici di Strasburgo, infatti, hanno ritenuto che l'applicazione, nel caso di specie, del delitto di abuso d'ufficio – come previsto all'epoca dei fatti di causa dal codice penale estone – non abbia corrisposto ai

13. Cfr. D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, cit., p. 339.

14. Sent. 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia* (ric. n. 36376/04).

15. Sent. 19 settembre 2008, *Korbely c. Ungheria* (ric. n. 9174/02).

16. Sent. 19 febbraio 2008, *Kuolelis e altri c. Lituania* (ric. n. 74357/01, 26764/02 e 27434/02).

17. In particolare, il tentativo di sovversione, datato gennaio 1991, si era verificato sotto il vigore delle leggi promulgate nel novembre 1990 dal governo del nuovo Stato lituano, che tuttavia otteneva il riconoscimento internazionale solo nel settembre 1991. La questione da risolvere era dunque se alle nuove leggi fosse da attribuire forza giuridica al tempo della condotta sovversiva. La Corte europea ha ritenuto che nel novembre 1990 la volontà politica del nuovo governo lituano fosse chiaramente stabilita, che le nuove leggi fossero sufficientemente chiare e accessibili e che le conseguenze delle relative trasgressioni fossero adeguatamente prevedibili, come una questione di senso comune. Sul punto v. *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, cit., p. 334.

18. Sent. 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia* (ric. n. 12157/05).

criteri qualitativi di chiarezza e prevedibilità della legge penale richiesti dalla Convenzione. Nel caso, il ricorrente si era appunto visto condannare per un abuso d'ufficio che si pretendeva consumato nell'occasione di una procedura di privatizzazione con la concessione all'investitore privato di garanzie supplementari ritenute dai giudici interni sfornite di una base legale. La fattispecie criminosa prevedeva la causazione di un danno materiale e morale allo Stato. Tuttavia, da un lato, il comportamento del ricorrente non aveva prodotto altro che un rischio per la tenuta delle finanze statali; dall'altro, il danno morale era stato ravvisato nella semplice violazione di legge da parte di alto funzionario pubblico, quale era il ricorrente. La Corte europea, in primo luogo, ha avuto modo di notare che la fattispecie di abuso d'ufficio era stata ereditata dall'ordinamento sovietico e, dunque, non poteva che risultare di difficile applicazione nel contesto completamente nuovo, di economia di mercato, che faceva da sfondo alla vicenda di specie. La Corte, poi, quanto al danno materiale ha rilevato come esso non potesse considerarsi effettivamente cagionato dal comportamento del ricorrente, che appunto aveva soltanto prodotto un rischio per l'integrità delle finanze statali; quanto al danno morale, ha ritenuto che i criteri utilizzati dai giudici nazionali per valutarne la sussistenza dovevano considerarsi eccessivamente vaghi.

Con le già segnalate sentenze *Kafkaris c. Cipro e Sud Fondi e altri c. Italia*, la Corte europea si è occupata di accessibilità e prevedibilità della pena. Nel primo caso, il ricorrente condannato all'ergastolo non aveva potuto usufruire del beneficio della liberazione condizionale previsto dal regolamento penitenziario generale, vigente al momento della commissione del fatto ma abrogato da una legge successiva che per gli ergastolani escludeva tale beneficio, precludendo la liberazione dei detenuti dopo vent'anni di reclusione. Secondo la Corte europea, il vecchio regolamento penitenziario generale, pur concernendo l'esecuzione della pena, al tempo della commissione del fatto veniva applicato in modo tale da incidere sulla portata della stessa pena astratta. Nell'opinione maggioritaria della Grande camera, la prassi applicativa nazionale e la sua successiva smentita hanno tuttavia finito col dare luogo non all'"inflazione retroattiva" di una pena più severa: infatti, date le chiare disposizioni del codice penale che per il crimine commesso dal ricorrente prevedevano l'ergastolo, i giudici di Strasburgo non hanno potuto riconoscere che la pena da espiare nel caso concreto potesse intendersi *con sicurezza* come una pena a vent'anni di reclusione, ciò che bastava a rendere in qualche misura prevedibile la completa esecuzione dell'ergastolo. La Corte europea ha invece ritenuto che il diritto cipriota difettesse dei necessari requisiti qualitativi: la Corte ha cioè ravvisato nel caso un problema di qualità della "legge".

Nel caso *Sud Fondi c. Italia*, la Corte europea ha considerato imprevedibile l'applicazione della confisca "urbanistica" – da ritenere vera e propria "pena" ai sensi della Convenzione – seguita all'integrazione meramente oggettiva della fattispecie di lottizzazione abusiva (artt. 30 e 44 d.p.r. n. 380/2001). Tale fattispecie criminosa, nella caso concreto, si era infatti atteggiata a precetto inevitabilmente ignorato, con la conseguente attivazione dell'art. 5 c.p., ciò che tuttavia non era stato sufficiente ad inibire la confisca "urbanistica", classificata dai giudici nazionali misura amministrativa e come tale suscettibile di applicazione anche in caso di assoluzione "perché il fatto non costituisce reato". La Corte, riallacciandosi alle conclusioni dei giudici interni circa l'inevitabilità dell'*error iuris*, ha avuto buon gioco a dire che le condizioni di accessibilità e prevedibilità della "legge", nel caso concreto, non erano state soddisfatte: dal momento che la base legale dell'infrazione (la norma-precetto) non rispondeva, al momento della commissione del fatto, ai criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, era impossibile per il ricorrente prevedere che una sanzione gli sarebbe stata inflitta¹⁹.

In questa sede si può anche ricordare la decisione *Sommer c. Italia*²⁰. Nel caso il

19. Così, quasi testualmente, il punto n. 114 della sentenza in commento.

20. Dec. 23 marzo 2010, *Sommer c. Italia* (ric. n. 36586/08).

ricorrente, riconosciuto dai giudici italiani come corresponsabile del massacro di Sant'Anna di Stazzema compiuto dalle SS durante il secondo conflitto mondiale, si doveva di essere stato condannato ad una pena più pesante di quella di giustizia, per via dell'inquadramento dei fatti commessi sotto l'art. 185 c.p.m.g. – che punisce con l'ergastolo l'omicidio ingiustificato del nemico estraneo alle operazioni di guerra – e non sotto gli artt. 174 e 175 c.p.m.g. – che puniscono con la reclusione non inferiore a dieci anni la strage compiuta con l'utilizzo di mezzi o dispositivi di guerra proibiti dalla legge o dalle convenzioni internazionali. La Corte europea ha rigettato il ricorso per manifesta infondatezza, rilevando come non spetti ad essa conoscere degli errori di fatto o di diritto eventualmente commessi dal giudice interno, né pronunciarsi sulla responsabilità del ricorrente, dovendo invece la Corte limitarsi a verificare se la legge penale in questione fosse, al momento dei fatti, chiara e prevedibile e se i giudici nazionali ne abbiano dato un'interpretazione arbitraria, ciò che nel caso concreto non è avvenuto.

4

L'IRRETROATTIVITÀ DELLA "LEGGE" PENALE. IN PARTICOLARE, L'IRRETROATTIVITÀ DELLA "PENA"

Si è detto che, secondo la giurisprudenza della Corte europea, enunciativa del significato della Convenzione, "legge" è la regola di giudizio accessibile e prevedibile. Con ciò già rimane esclusa l'applicazione retroattiva della regola (più severa), per come intesa da un ordinamento continentale.

Così, con le già introdotte pronunce *Gurguchiani c. Spagna* e *M. c. Germania*, la Corte si è occupata di classiche ipotesi di illegittima retroattività della pena più severa, ipotesi dunque considerate incompatibili con l'art. 7 Cedu. Nel primo caso il ricorrente, straniero, si era visto applicare la misura dell'espulsione, con divieto di reingresso per dieci anni, in sostituzione della pena detentiva cui era stato condannato, sulla base di un nuovo regime successivo alla commissione del fatto che prevedeva obbligatoriamente tale sostituzione, al contrario della legge del tempo che invece demandava al giudice se eventualmente disporre – ciò che non era avvenuto nel caso concreto – l'espulsione sostitutiva con un divieto di reingresso, peraltro, dai tre ai dieci anni. Nel secondo caso, al ricorrente era stato applicato retroattivamente il nuovo e più duro regime di durata della «custodia di sicurezza» (*Sicherungsverwahrung*), misura personale a scopo special-preventivo che, in base alla disciplina introdotta successivamente alla commissione del fatto, non appariva più limitata nel massimo a dieci anni.

5

LA RETROATTIVITÀ DELLA "LEGGE PENALE" PIÙ FAVOREVOLE

Con la già segnalata sentenza *Scoppola c. Italia*, la Corte europea riunita in Grande Camera ha riconosciuto che l'art. 7 Cedu fa proprio il principio di retroattività della legge penale più favorevole, così superando la risalente decisione della Commissione X c. Germania. Sembra utile riferire il caso concreto.

Il 2 settembre 1999, il ricorrente uccideva la propria moglie e feriva uno dei suoi due figli. A quell'epoca, nel caso la pena applicabile per i reati contestati fosse stata quella dell'ergastolo, risultava esclusa la possibilità di accedere al rito abbreviato e, dunque, di beneficiare di uno sconto di pena. Nel caso specifico, in ragione del concorso di reati, la pena applicabile sarebbe stata quella dell'ergastolo con isolamento diurno. All'udienza preliminare del 18 febbraio 2000, il ricorrente domandava di accedere al rito abbreviato. L'art. 442, co. 2, del c.p.p., nella versione modificata dalla legge n. 479 del 16 dicembre 1999, prevedeva, in caso di rito abbreviato, la sostituzione della pena dell'ergastolo (generico) con la pena della reclusione di trent'anni. Il giudice dell'udienza preliminare accettava di applicare la procedura abbreviata. Il 24 novembre 2000, riconosciuto il ricorrente colpevole e constatato che la pena applicabile sarebbe stata quella dell'ergastolo (con isolamento diurno), il g.u.p. fissava la pena a trent'anni di reclusione. Il 12 gennaio 2001, il procuratore generale presso la Corte di appello di Roma si rivolgeva alla Corte di Cassazione, affermando che il g.u.p., nel pronunciare la sentenza, avrebbe dovuto applicare l'art. 7 del decreto legge n. 341/2000, entrato in vigore proprio il giorno della

pronuncia della sentenza di primo grado e poi convertito. L'art. 7 del decreto legge aveva modificato l'art. 442 c.p.p., da un lato disponendo che l'espressione utilizzata dal secondo comma, "pena dell'ergastolo", doveva essere interpretata nel senso di "pena dell'ergastolo senza isolamento diurno", dall'altro aggiungendo, alla fine del medesimo paragrafo del codice di rito, che "la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati o di reato continuato, è sostituita con quella dell'ergastolo". Secondo il procuratore generale, pertanto, il g.u.p., condannando alla pena di trent'anni di reclusione anziché all'ergastolo, aveva commesso un evidente errore di diritto. Il 5 e il 22 febbraio 2001 il ricorrente proponeva appello, al quale accedeva il ricorso in Cassazione del procuratore generale. Il 10 gennaio 2002, la Corte d'assise d'appello di Roma condannava il ricorrente all'ergastolo, applicando il decreto legge del 2000. Il ricorrente si rivolgeva alla Corte di cassazione senza successo. Decideva quindi di proporre un ricorso straordinario per errore di fatto *ex art. 625 bis c.p.p.*, lamentando tra l'altro la contrarietà della condanna subita, a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legge del 2000, agli artt. 6 e 7 della Convenzione. L'esito era comunque vano. Seguiva il ricorso a Strasburgo.

La Corte europea, al termine di una ricognizione dei più significativi strumenti di diritto internazionale e delle soluzioni proprie dei diversi Stati aderenti alla Convenzione, ha ritenuto che si sia progressivamente formato un certo consenso, appunto a livello internazionale ed europeo, sull'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole: oggi, dunque, l'art. 7 della Convenzione garantisce anche il principio di retroattività della *lex mitior*, da intendersi come quella regola che, nel caso di successione di più leggi penali tra il momento della commissione del fatto e la sentenza definitiva di condanna, obbliga il giudice all'applicazione della legge più favorevole al reo. La Corte si è poi espressa sui fondamenti del retroattività *in mitius*, rinvenendoli da un lato sull'esigenza di chiarezza che riguarda anche la materia della successione di leggi penali, dall'altro sull'opportunità di applicare la successione di leggi penali in favore dell'accusato e di non continuare ad infliggere pene che lo Stato e la collettività considerano ormai eccessive. I giudici di Strasburgo, pertanto, sulla base dell'art. 46 della Convenzione – che obbliga gli Stati aderenti a conformarsi alle sentenze della Corte europea – ha invitato lo Stato convenuto a commutare l'ergastolo illegittimamente inflitto al ricorrente nella pena della reclusione non superiore a trent'anni, pena prevista dalla legge più favorevole che dunque avrebbe dovuto trovare applicazione nel giudizio *a quo*²¹.

6

LEGALITÀ PENALE E COLPEVOLEZZA

Con la più volte richiamata sentenza *Sud Fondi c. Italia*, l'articolo 7 Cedu ha subito un'importante evoluzione semantica. Con questa pronuncia, infatti, la Corte europea ha mostrato di considerare in sede di legalità penale l'esigenza di attribuire necessario rilievo, nella vicenda punitiva, al nesso psicologico tra autore e fatto, cioè al tradizionale contenuto della categoria della colpevolezza.

La Corte ha rilevato: «Per quello che concerne la Convenzione, l'articolo 7 non menziona espressamente il nesso morale tra l'elemento materiale del crimine e la persona che ne è considerata l'autore. Tuttavia, la logica della pena e della punizione così come la nozione di «*guilty*» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «*personne coupable*» (nella versione francese) vanno nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un nesso di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rivelare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del crimine. In mancanza, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe peraltro incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d'altra parte, permettere che si consideri una persona «colpevole» e «punirla» quando ella non era in grado di

21. Sull'art. 442, co.2, c.p.p. come "legge penale" ai sensi della Convenzione europea, v. *supra*, n. 7.1.

conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile che non può essere per nulla imputato a colui o a colei che ne è vittima».

La Corte parla dunque di nesso morale tra l'elemento materiale dell'infrazione e l'autore. Seguendo una prospettiva interna, si potrebbe dire che i giudici di Strasburgo considerino la colpevolezza nel suo profilo – lo si è già anticipato – tradizionale, generalmente indicato con l'attributo "psicologico": la colpevolezza, quindi, come categoria che conferisce rilevanza a un nesso tra autore e fatto ulteriore rispetto a quello meramente oggettivo-causale e che dunque si oppone alla responsabilità oggettiva. Se è così, l'articolo 7 Cedu si propone, assieme all'art. 6 § 2 che sancisce il principio di presunzione di innocenza, come appiglio convenzionale per far valere il principio di colpevolezza in materia penale.