

La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)

Sommario

0. RILIEVI INTRODUTTIVI. – 1. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 7 CEDU. – 2. LA CONCEZIONE AUTONOMISTICA DI "REATO" E "PENÀ" FATTA PROPRIA DALLA CORTE EDU. – 3. LA NOZIONE CONVENZIONALE DI "LEGGE" E I SUOI REQUISITI QUALITATIVI: ACCESSIBILITÀ E PREVEDIBILITÀ. – 4. IL PRINCIPIO DI PRECISIONE. – 5. IL DIVIETO DI ANALOGIA (E DI INTERPRETAZIONE ESTENSIVA *IN MALAM PARTEM*). – 6. IL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ DEI REATI E DELLE PENE. – 6.1. IL DIVIETO DI APPLICAZIONE RETROATTIVA DELLE MISURE DI SICUREZZA. – 6.2. L'IRRETROATTIVITÀ DELLE IPOTESI DI CONFISCA. – 6.3. L'IRRETROATTIVITÀ DEI MUTAMENTI GIURISPRUDENZIALI *IN MALAM PARTEM*. – 7. IL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ FAVOREVOLE. – 8. IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA. – 9. LA PROGRESSIVA ATROFIZZAZIONE DELL'ART. 7 § 2 CEDU.

0 RILIEVI INTRODUTTIVI

La giurisprudenza 2011 in tema di art. 7 Cedu si muove nel solco di quella del triennio precedente, senza dunque evidenziare rispetto a quest'ultima bruschi mutamenti di rotta.

Si segnala, nondimeno, la maggior attenzione per gli obblighi cd. strumentali di conoscenza delle leggi penali manifestata dalla Corte EDU nel caso *Soros c. Francia*, che in parte ridimensiona i principi di diritto affermati nella sentenza *Pessino* del 2006 (cfr. sul punto il § 6).

Ancora non compiuto, poi, deve ritenersi il processo di assimilazione del principio di colpevolezza iniziato nel 2009 con la sentenza *Sud Fondi*: lo dimostra il fatto che nel 2011 la Corte EDU ha avallato un'ipotesi di responsabilità oggettiva in relazione all'età della persona offesa nei reati di violenza sessuale prevista dall'ordinamento inglese, dichiarando inammissibile il ricorso proposto *ex art. 6 §§ 1 e 2 Cedu* nel caso *G. c. Regno Unito* (si veda in proposito il § 8).

Nei paragrafi seguenti si faranno ampi rinvii alla rassegna sulla giurisprudenza CEDU in tema di art. 7 per il triennio 2008-2010 (G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2011), cercando tuttavia di evidenziare, dove possibile, le più evidenti ricadute dei principi affermati dalla Corte EDU sull'ordinamento interno, anche in relazione ad istituti rispetto ai quali, per il momento, la Corte di Strasburgo non si è pronunciata. Non possiamo infatti dimenticare che i giudici nazionali – in qualità di primi tutori della Convenzione e dei suoi Protocolli – sono comunque tenuti a interpretare le norme interne in conformità con i suddetti principi, superando (nei limiti in cui ciò sia possibile) i profili di frizione tra diritto interno e diritto di Strasburgo.

1

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 7 CEDU

Il § 1 dell'art. 7 Cedu, nella sua dimensione letterale, enuncia simultaneamente il principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e il principio di irretroattività.

La giurisprudenza di Strasburgo ha tuttavia progressivamente arricchito di contenuti la suddetta disposizione, affermando che essa implicitamente sancisce tutti i corollari del principio di legalità (e in particolare, il principio di precisione e il divieto di applicazione analogica *in malam partem*), il principio di retroattività della legge più favorevole e, quantomeno embrionalmente, il principio di colpevolezza¹.

Nel sistema convenzionale esso appare, dunque, come la norma penalistica per eccellenza, venendo a ricoprire – con un certo grado di approssimazione – lo stesso ruolo che rivestono, nell'ordinamento italiano, gli artt. 25 co. 2 e l'art. 27 co. 1 Cost.

Torneremo nei prossimi paragrafi sulle differenze – alcune delle quali assai significative – che possono evidenziarsi tra la nozione di legalità convenzionale e quella accolta a livello interno; differenze che – come vedremo – rendono tutt'altro che superfluo il confronto con l'art. 7 Cedu, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

Quel che preme evidenziare in questo primo paragrafo introduttivo sono, piuttosto, le correlazioni che intercorrono tra la norma in commento e altre disposizioni convenzionali. È bene rilevare, in particolare, come:

a) la nozione di “legge” accolta dall'art. 7 Cedu sia la stessa fatta propria dagli artt. 8 § 2, 9 § 2, 10 § 2, 11 § 2 Cedu (che, nell'affermare la possibilità di restrizioni al godimento dei diritti di libertà, subordinano la validità di queste ultime alla circostanza che le stesse siano «stabilite per legge»), dall'art. 1 Prot. n. 1 (che prevede una disposizione analoga a quelle or ora menzionate per quel che concerne il diritto di proprietà) e in generale di tutte le norme della Cedu e dei suoi Protocolli addizionali nelle quali figura la medesima espressione²;

b) il concetto di “reato” fatto proprio dall'art. 7 Cedu sia identico a quello implicitamente richiamato dall'art. 6 Cedu (che parla, invero, di “accusa penale”).

2

LA CONCEZIONE AUTONOMISTICA DI “REATO” E “PENA” FATTA PROPRIA DALLA CORTE EDU

In riferimento a questo secondo profilo la Corte EDU ha da tempo enucleato una concezione autonomistica di “materia penale”, verificando – al di là delle “etichette” attribuite in sede nazionale a questa o quella infrazione o sanzione – se la stessa abbia, nella sostanza, carattere penale e dunque debba essere presidiata dalle garanzie previste sul fronte sostanziale dall'art. 7 e su quello processuale dall'art. 6 Cedu. Nella giurisprudenza della Corte la qualificazione di una data infrazione o sanzione come “penale” è dunque *preliminare* all'esame nel merito dei profili di violazione degli artt. 6 e/o 7 Cedu di volta in volta lamentati dal ricorrente.

Per altro verso, una volta che si sia accertata la natura sostanzialmente penale di una determinata infrazione o sanzione, da tale “riqualificazione” discendono automaticamente tutte le conseguenze che l'applicazione dell'una e dell'altra norma comporta: in ragione di ciò non possono sfuggire all'attenzione dei sostanzialisti le sentenze in cui i giudici di Strasburgo hanno attribuito carattere penale a una data infrazione o sanzione in vista dell'applicazione del solo art. 6 Cedu, dal momento che da tale qualificazione

1. Vedi *infra*, §§ 7 e 8.

2. Si legge ad esempio al § 185 della sent. 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia* (ric. n. 36276/04): «When speaking of “law”, Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written and unwritten law and which implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability. As regards foreseeability in particular, the Court recalls that however clearly drafted a legal provision may be in any system of law including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in certain Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen».

derivano al contempo, sul fronte sostanziale, tutte le garanzie enucleate dall'art. 7 Cedu³.

Un recentissimo esempio in tal senso è rappresentato dalla sentenza *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*⁴, di cui andremo ad occuparci una volta esaurita l'analisi dei criteri che orientano il giudizio della Corte in merito alla natura penale o extra-penale delle infrazioni e delle sanzioni.

Al di là della loro applicazione pratica – che ha condotto invero in taluni (limitati) casi a conclusioni opinabili – è orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo che tali criteri operino *alternativamente* e che siano riconducibili essenzialmente a tre:

a) la *qualificazione formale* dell'infrazione o della sanzione adottata dallo Stato membro (primo criterio): tale criterio riveste tuttavia, com'è facile intuire, un'importanza soltanto marginale, e rappresenta – per usare le parole della Corte – il punto di partenza e non quello d'arrivo;

b) la *natura dell'infrazione* (secondo criterio), che a sua volta va accertata alla luce della generalità del precetto e dei suoi potenziali destinatari e/o della rilevanza della trasgressione, anche all'esito di un confronto comparatistico;

c) la *natura e la gravità della sanzione* (terzo criterio). In relazione alla natura della sanzione, rilevano in particolare la pertinenzialità della stessa rispetto a un fatto di reato, lo scopo preventivo/repressivo della medesima e le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione; per quel che concerne invece la gravità della sanzione, riveste grande importanza il contenuto della medesima.

I suddetti criteri – presenti *in nuce* nella storica sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*⁵ del giugno 1976 (in cui il ricorrente lamentava, appunto, la violazione dell'art. 6 Cedu a proposito dell'applicazione di un provvedimento disciplinare)⁶, e via via precisati dalla giurisprudenza successiva, che li ha significativamente arricchiti dei sottocriteri che abbiamo ora menzionato – sono gli stessi che devono guidare i giudici nazionali chiamati ad accertare la natura sostanzialmente penale di una data infrazione o sanzione ai fini dell'applicazione degli artt. 6 e 7 Cedu.

In qualità di primi giudici della Convenzione, essi non potranno infatti arrestarsi alla qualificazione formale ad esse attribuita, ma dovranno spingersi a valutare se essa abbia nella sostanza carattere penale (e dunque reclaims le garanzie sancite dagli artt. 6 e 7 Cedu).

A questo proposito, può forse essere di qualche utilità rilevare come i campi di osservazione privilegiati siano rappresentati:

- dagli illeciti e dalle sanzioni *disciplinari*⁷;

3. Cfr. sul punto D.J. HARRIS – M. O' BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 333.

4. Sent. 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* (ric. n. 43509/08), sulla quale si rinvia alla dettagliata scheda di S. ZIRULIA, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni "penali" dell'AGCM è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*, pubblicato in *Diritto penale contemporaneo*, 28 novembre 2011.

5. Sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* (ric. nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72).

6. Pare opportuno riportare, a questo proposito, il § 82 della citata sentenza *Engel*: «*In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States.*

The very nature of the offence is a factor of greater import. When a serviceman finds himself accused of an act or omission allegedly contravening a legal rule governing the operation of the armed forces, the State may in principle employ against him disciplinary law rather than criminal law. In this respect, the Court expresses its agreement with the Government.

However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental.

7. Cfr. in proposito la citata sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* (ric. nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72).

- dagli illeciti e dalle sanzioni *amministrativi*⁸;
- dalla misura dell'*espulsione*⁹;
- degli illeciti e delle sanzioni *fiscali*¹⁰;
- dalla misura della *confisca*¹¹;
- dalla disciplina della *commisurazione della pena* nel giudizio di cognizione

All'opposto, non sono state finora attratte nell'orbita degli artt. 6 e 7 Cedu (rimanendo sostanzialmente relegate in una sorta di "limbo"):

- le *misure di prevenzione* personali e patrimoniali¹²;
- le *misure clemenziali*¹³ e quelle *alternative alla detenzione*¹⁴, e in generale tutte le vicende che attengono alla fase dell'*esecuzione della pena*;
- le *norme processuali*, tra le quali viene inquadrata, nella giurisprudenza di Strasburgo, anche la *prescrizione*¹⁵.

Va nondimeno evidenziato, sulla scorta della dottrina più attenta¹⁶, come la Corte EDU – nelle recenti pronunce *Kafkaris c. Cipro*¹⁷ e *Scoppola c. Italia (n. 2)*¹⁸ – abbia effettuato un primo significativo passo nell'ottica del superamento di tale indirizzo per quel che attiene, rispettivamente, alla fase esecutiva della pena e alle regole processuali che si riverberano sulla commisurazione della stessa: rinviando alla rassegna 2008-2010 in tema di art. 7 Cedu per l'analisi di tali importanti sentenze¹⁹.

Con riferimento all'ordinamento italiano, in particolare, l'interpretazione conforme al diritto di Strasburgo è imposta ai giudici (di merito e di legittimità) dall'art. 117 co. 1 Cost. (e dunque si attegga, al contempo, a interpretazione conforme a Costituzione).

Non pare azzardato ritenere, peraltro, che anche laddove il giudice interno versi in dubbio sulla possibilità di qualificare una determinata violazione o sanzione come "penale", alla luce dei criteri elaborati dalla Corte EDU, egli sia precauzionalmente tenuto a considerarla come tale, e dunque a ritenere operanti le garanzie sostanziali e processuali previste dagli artt. 6 e 7 Cedu (dal momento che non esiste un meccanismo analogo a quello del rinvio pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di Giustizia dell'UE).

Laddove invece l'interpretazione conforme sia preclusa dal tenore letterale della norma che disciplina una data violazione o sanzione, che la qualifica espressamente come extra-penale (ad es. come amministrativa, disciplinare, ecc.), al giudice nazionale non resterà che sollevare questione di legittimità costituzionale invocando come parametri l'art. 117 co. 1 Cost. e, in funzione di norme interposte, gli artt. 6 e/o 7 Cedu, nell'interpretazione fornite dalla Corte di Strasburgo. La Corte costituzionale potrà dunque "sostituirsi" alla Corte EDU nella valutazione del carattere penale di una data infrazione o sanzione, applicando le coordinate che fin dalla sentenza *Engel* orientano il giudizio di quest'ultima.

8. Cfr. sul punto la sent. 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania* (ric. n. 8544/79), vero e proprio *leading case* in materia.

9. Cfr. in proposito la sent. 15 dicembre 2009, *Gurguchiani c. Spagna* (ric. n. 16012/06).

10. Cfr. sul punto la sent. 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia* (ric. n. 12547/86).

11. Cfr. in proposito la sent. 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito* (ric. n. 17440/90), che costituisce il *leading case* in materia.

12. Cfr. in proposito, rispettivamente, la sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia* (ric. n. 6377/76) e, più di recente, la dec. 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia* (ric. n. 38662/97).

13. Cfr. *ex multis* la dec. 5 dicembre 2002, *Grava c. Italia* (ric. n. 43522/98).

14. Cfr. in proposito la sent. 29 novembre 2005, *Uttley c. Regno Unito* (36946/03).

15. Cfr. in proposito la sent. 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio (ric. nn. 32492/96 ; 32547/96 ; 32548/96 e altri).

16. Si veda in proposito, per tutti, V. MANES, *Commento all'art. 7*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, § III.

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

18. Sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia (n. 2)*, (ric. n. 10249/03).

19. G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in questa *Rivista*, 2011, n. unico, pp. 281 ss.

Si tratta, per vero, di una strada ormai ampiamente sperimentata dalla Consulta. Un esempio su tutti è dato dalla sentenza n. 196 del 2010, in cui la Corte costituzionale ha qualificato la confisca del veicolo prevista dall'art. 186 co. 2 lett. c) cod. strada, nella versione ante-riforma, come misura di carattere sanzionatorio, come tale soggetta alle garanzie di cui all'art. 7 Cedu, evidenziando in particolare come tale misura fosse applicabile anche rispetto a veicoli incidentati e temporaneamente inutilizzabili, come tali privi di attuale pericolosità e come la sua operatività non impedisse l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, mostrandosi perciò inidonea a neutralizzare la situazione di pericolo per la cui prevenzione era stata concepita.

In ragione di tali rilievi, essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del rinvio all'art. 240 co. 2 c.p. (che consentiva di qualificare formalmente la suddetta ipotesi di confisca come misura di sicurezza patrimoniale, come tale soggetta al principio *tempus regit actum* in forza dell'art. 236 c.p.) per contrasto, appunto, con gli artt. 117 co. 1 Cost. e 7 § 1 Cedu, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo²⁰.

Tra le sentenze del 2011, ha operato una interessante riqualificazione in termini penali di una sanzione formalmente amministrativa (sia pur ai fini di stabilire se fosse o meno applicabile il solo art. 6 Cedu), la già citata sentenza A. *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*²¹.

La ricorrente – nota società farmaceutica – si vedeva infliggere dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (AGCM) una sanzione amministrativa pecuniaria di 6 milioni di euro per pratiche anticoncorrenziali. Nel suo ricorso alla Corte EDU si doleva del fatto di non aver potuto accedere a un giudizio nel merito, dal momento che il TAR e il Consiglio di Stato avevano rigettato il suo ricorso avverso la sanzione rilevando – in forza dell'orientamento invalso nella giurisprudenza amministrativa prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, avvenuta il 16 settembre 2010 – come lo scrutinio del giudice amministrativo incontrasse il limite della discrezionalità amministrativa, sindacabile soltanto sotto il profilo dell'eccesso di potere: sebbene l'art. 23 della legge n. 689 del 1981, richiamato dalla legge sulla concorrenza n. 287 del 1990, attribuisse espressamente al giudice amministrativo il potere di valutare la proporzionalità della sanzione amministrativa ed eventualmente di rideterminarla, egli comunque non poteva sostituire le proprie valutazioni dei fatti a quelle dell'autorità indipendente, ma esclusivamente verificare che la stessa avesse esercitato in maniera corretta il proprio potere discrezionale.

La Corte di Strasburgo ha dovuto primariamente affrontare il problema dell'applicabilità *ratione materiae* dell'art. 6 CEDU, che riserva alla sola "materia penale" il diritto ad un esame sulla fondatezza dell'accusa. In forza dei criteri stabiliti dalla sentenza *Engel*, essa ha affermato che, benché le violazioni in materia concorrenziale costituissero illeciti amministrativi ai sensi del diritto italiano, la loro qualificazione in termini penali fosse imposta dalla natura pubblicistica degli interessi tutelati, nonché dalla finalità repressiva e generalpreventiva della sanzione inflitta, e dalla severità della stessa. I giudici della seconda sezione hanno nondimeno rigettato il ricorso, rilevando che la società ricorrente aveva beneficiato di una *giurisprudenza piena*, e non limitata al mero controllo di legalità: il giudice amministrativo, infatti, all'esito dell'esame degli elementi di prova allegati dalle parti, aveva svolto un adeguato sindacato sulle valutazioni tecniche effettuate dall'amministrazione, nonché una dettagliata analisi in merito all'adeguatezza della sanzione ai rilevanti parametri, ivi compresa la proporzionalità. Non poteva

20. Cfr. in proposito la scheda di sintesi a cura di G. ABBADESSA, *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca del veicolo* (Corte cost. n. 196/2010), pubblicata in *Diritto penale contemporaneo*, 8 dicembre 2010.

21. Sent. 27 settembre 2011, A. *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* (ric. n. 43509/08), sulla quale si rinvia alla dettagliata scheda di S. ZIRULIA, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni "penali" dell'AGCM è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*, pubblicato in *Diritto penale contemporaneo*, 28 novembre 2011.

3 LA NOZIONE CONVENZIONALE DI “LEGGE” E I SUOI REQUISITI QUALITATIVI: ACCESSIBILITÀ E PREVEDIBILITÀ

ravvisarsi, dunque, alcuna violazione dell'art. 6 comma 1 Cedu.

Il giudice De Albuquerque, nella sua *dissenting opinion*, ha evidenziato tuttavia come il sindacato del giudice amministrativo italiano sulla discrezionalità tecnica della PA fosse di tipo debole, non contemplando – almeno con riferimento alle valutazioni basate su scienze opinabili, come l'economia – alcun potere sostitutivo: pertanto la qualificazione dei fatti dai quali era dipesa nel caso di specie l'applicazione della sanzione sostanzialmente penale era rimasta affidata all'amministrazione, determinando un *vulnus* ai principi di legalità della sanzione penale e di separazione dei poteri.

Come rilevato anche dal giudice dissenziente, tuttavia, il legislatore italiano è comunque intervenuto per porre rimedio a tale profilo di frizione con la Convenzione, posto che il nuovo art. 134 lett. c) del codice del processo amministrativo prevede oggi espressamente una giurisdizione di merito in materia di sanzioni amministrative pecuniarie.

Come noto, l'art. 7 Cedu – che si pone come punto di sintesi tra la concezione di legalità propria degli ordinamenti di *civil law* e quella che caratterizza invece i sistemi di *common law* – nell'enunciare il principio di legalità dei reati e delle pene prescinde dalla formulazione del principio di riserva di legge: *anche l'elaborazione giurisprudenziale*, dunque, *viene annoverata* a pieno titolo *tra le fonti del diritto*, non essendo necessario, dal punto di vista del diritto di Strasburgo, un atto normativo scritto adottato all'esito di un particolare procedimento di formazione.

Per un verso, dunque, la nozione convenzionale di “legge” è più ampia rispetto a quella comunemente adottata a livello nazionale.

Bisogna peraltro dar conto di come alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione – sulla scorta di quanto già sostenuto in passato da autorevole dottrina, anche penalistica²² – abbiano dato atto della necessità di considerare ormai inserito nel sistema delle fonti il diritto giurisprudenziale. Alludiamo alle importanti pronunce in tema, rispettivamente, di ammissibilità della riproposizione in sede esecutiva della richiesta di applicazione dell'indulto già rigettata nel giudizio di cognizione²³ e di cd. giudicato cautelare²⁴, entrambe del 2010 (che significativamente non toccano, però, il diritto penale sostanziale)²⁵.

Se l'equiparazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale perimetra una nozione più estesa di “legge”, il diritto di Strasburgo richiede tuttavia, per altro verso, che

22. Cfr. per tutti G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI-C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 239 ss.

23. Cass. pen., SS. UU., sent. 21 gennaio 2010, n. 18288.

24. Cass. pen., sez. II, sent. 6 maggio 2010, n. 19716.

25. Va nondimeno rilevato che, con la sent. 230/2012, la Corte cost. ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Torino in relazione all'art. 673 c.p.p., «nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato». La motivazione in diritto si fonda essenzialmente sulla considerazione assorbente che «la Corte europea non risulta avere mai, fino ad oggi, enunciato il corollario che il giudice *a quo* vorrebbe far discendere dalla combinazione tra i due asserti dianzi ricordati: e, cioè, che, in base all'art. 7, paragrafo 1, della CEDU, un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo (principio che – se valido – dovrebbe, peraltro, operare non soltanto in rapporto ai mutamenti di giurisprudenza che escludano la rilevanza penale del fatto – come mostra di ritenere il rimettente – ma anche a quelli che si limitino a rendere più mite la risposta punitiva, negando, ad esempio, l'applicabilità di circostanze aggravanti o riconducendo il fatto ad un paradigma sanzionatorio meno grave)» (§ 7). Non è detto, dunque, che di fronte a una pronuncia della Corte EDU che affermi espressamente tale principio la Corte costituzionale non possa rivedere il proprio orientamento. Per l'inquadramento della questione, si vedano la scheda a cura di V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, pubblicata in *Diritto penale contemporaneo*, 15 ottobre 2012, e la nota introduttiva redazionale che la precede.

per potersi qualificare come tale la “legge” debba rispondere a precisi requisiti qualitativi: l'*accessibilità* (ovverosia la possibilità, per il cittadino, di acquisire informazioni sufficienti sulle norme giuridiche applicabili a un determinato caso concreto)²⁶ e la *prevedibilità* (e cioè la conoscibilità *ex ante* – sulla base del testo della norma e della sua interpretazione giurisprudenziale, e se del caso attraverso il ricorso a consigli chiarificatori – delle conseguenze che possono derivare dal compimento di una determinata condotta)²⁷.

In assenza di tali requisiti, alla Corte EDU non resta che rilevare, *tout court*, l'insussistenza di una base legale (e ciò tanto per quel che concerne l'art. 7, quanto per quel che attiene alle altre norme della Convenzione e dei suoi Protocolli nelle quali figura il termine “legge”, e in particolare per i diritti di libertà garantiti dagli artt. 8-11 Cedu)²⁸.

Da ciò deriva la necessità che anche il diritto giurisprudenziale sia assoggettato a un vero e proprio *obbligo di interpretazione ragionevole*, come vedremo meglio in seguito²⁹.

4

IL PRINCIPIO DI PRECISIONE

Un secondo profilo rispetto al quale la giurisprudenza di Strasburgo da tempo si mostra più al passo con i tempi di quella nazionale è quello del *riconoscimento del contributo dell'attività ermeneutica del giudice penale alla più compiuta definizione del precetto* attraverso la progressiva specificazione della sua portata³⁰. Il presupposto logico da cui muove tale impostazione è la presa d'atto del margine di imprecisione che inevitabilmente connota le norme penali (e che, peraltro, è talvolta funzionale all'adattamento di queste ultime al mutato contesto sociale).

Su questo fronte si segnala l'importante decisione *Jobe c. Regno Unito*³¹ del giugno 2011. Il ricorrente era un cittadino del Gambia, arrestato a Birmingham nel 2006 e poi condannato per essere stato trovato in possesso di supporti digitali dal titolo *Military Training manual, Al Qa'eda Training Manual, How Can I Train Myself For Jihad?*, e *39 ways to Serve and Participate in Jihad*. Più nel dettaglio, gli era stato contestato l'art. 58 § 1 del *Terrorism Act* del 2000, secondo cui commette reato chi raccoglie informazioni utili a commettere o a preparare un atto terroristico o possiede materiale finalizzato a tale scopo “senza giustificato motivo”; e le giustificazioni che egli aveva addotto per allontanare da sé i sospetti non erano state ritenute plausibili dagli inquirenti (sosteneva, infatti, per un verso di aver acquisito le suddette informazioni perché meditava di tornare in Gambia e voleva sapere che tipo di formazione fosse necessaria per arruolarsi nell'esercito, e per altro verso che alcune di esse gli interessavano esclusivamente sotto il profilo antropologico). Nel suo ricorso alla Corte EDU, Jobe lamentava una violazione dell'art. 7 Cedu per via dell'indeterminatezza dell'art. 58 del *Terrorism Act*, dal quale a suo avviso non si sarebbe potuto ricavare con certezza quando il possesso dei suddetti materiali potesse considerarsi lecito perché scriminato dalla *defence* di *reasonable excuse* prevista dal § 3 del medesimo articolo.

I giudici di Strasburgo, tuttavia, hanno ritenuto che l'art. 58 § 3 del *Terrorism Act* desse luogo a una violazione dell'art. 7 Cedu, ancorché la suddetta previsione fosse, all'epoca dei fatti, di recente introduzione. «*When new offences are created by legislation*» – hanno rilevato – «*there will always be an element of uncertainty as to the meaning of that legislation until it is interpreted and applied by the criminal courts*».

Nel caso di specie, in particolare, la sentenza resa dalla *House of Lords* aveva dato un'interpretazione estremamente chiara sia degli elementi che dovevano essere provati

26. Sent. 30 marzo 1989, *Chappel c. Regno Unito*.

27. Cfr. in proposito, ancorché sia stata resa in tema di art. 10 § 2 Cedu, la sent. 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, (ric. n. 6538/74).

28. Vedi *supra*, § 1.

29. Vedi *infra*, § 6.3.

30. Cfr. in proposito la sent. 25 marzo 1993, *Kokkinakis c. Grecia* (ric. n. 14307/88).

31. Dec. 14 giugno 2011, *Jobe c. Regno Unito* (ric. n. 48278/09).

dall'accusa ai sensi dell'art. 58 § 1³², sia di quale fosse l'ambito di applicazione della *defence* di *reasonable excuse* di cui al § 3³³; *defence*, quest'ultima, tutt'altro che sconosciuta all'ordinamento inglese, sicché l'orientamento della Suprema Corte – che si allineava a quello già espresso in relazione a norme che già la contemplavano (tra cui quella sul possesso di armi, o sul rifiuto di sottoporsi agli esami clinici nei cd. *road traffic cases*) – poteva ritenersi del tutto prevedibile.

E' interessante notare come la Corte sia addivenuta alla suddetta conclusione a dispetto del fatto che: a) nella maggior parte dei casi, l'individuazione in concreto di quali giustificazioni alternative potessero ritenersi plausibili ai sensi dell'art. 58 § 3 fosse rimessa alla giuria; e b) in un caso analogo a quello del ricorrente la Court of Appeal avesse adottato un'interpretazione meno rigorosa di *reasonable excuses*, ritenendo che essa fosse «*simply an explanation that the document or record is possessed for a purpose other than to assist in the commission or preparation of an act of terrorism. It matters not that that other purpose may infringe some other provision of the criminal or civil law*».

In relazione al primo punto, la Corte ha evidenziato che «*there is a difference between not knowing what may constitute a reasonable excuse and not knowing whether a jury will regard a particular excuse as reasonable. The Court considers that, despite his submissions, the applicant's case fell into the latter category. As a matter of tactics, it may have been wise for him to plead guilty in order to avoid the uncertainties of a trial but that does not mean that, as a matter of law, the offence with which he was convicted was unforeseeable. It was not, therefore, incompatible with Article 7 of the Convention*».

In riferimento al secondo, invece, il collegio ha ritenuto che l'interpretazione dell'art. 58 § 3 del *Terrorism Act* adottata dalla *House of Lords* fosse altrettanto prevedibile di quella fatta propria dalla *Court of Appeal*, ancorché meno favorevole di quest'ultima per il ricorrente: non poteva ravvisarsi, pertanto, alcun *vulnus* alla garanzia sancita dall'art. 7 Cedu³⁴.

Per tali ragioni, la Corte ha dichiarato il ricorso manifestamente infondato ai sensi degli art. 35 §§ 3 e 4 Cedu.

32. Pare opportuno riportare il relativo passaggio della sentenza della *House of Lords*: «*The Crown must prove beyond reasonable doubt that the defendant (1) had control of a record which contained information that was likely to provide practical assistance to a person committing or preparing an act of terrorism, (2) knew that he had the record, and (3) knew the kind of information which it contained. If the crown establishes all three elements, then it has proved its case against the defendant and he falls to be convicted unless he establishes a defence under subsection (3)* ».

33. Anche in questo caso sembra utile riportare il passaggio che qui interessa: «*It is only where the prosecution has already proved all these elements and so is otherwise entitled to a conviction, that the defendant needs to rely on the defence in section 58(3) in order to avoid conviction. If, applying section 58(3), the jury accept that the defendant had a reasonable excuse for possessing the material, then, because of that additional factor in the circumstances, he is entitled to be acquitted, even though it remains the case that the Crown has proved all the necessary elements of the offence in terms of section 58(1). It necessarily follows that, if the jury do not accept the defence put forward by the defendant under section 58(3), the defence fails and their duty will be to convict him of the offence under section 58(1)*». E ancora: «*Suppose, for instance, the Crown proves beyond a reasonable doubt that, when a defendant was stopped and searched, a disk containing the Al Qa'eda Training Manual was found in his pocket and that he knew what was on the disk. The defendant adduces evidence to the effect that he had found it on a train only a few minutes before and was on his way to hand it in to the nearest police station when he was stopped. Assume that this would be a reasonable excuse. The jury would have to find the defence satisfied and acquit the defendant, unless the Crown proved beyond a reasonable doubt that the defence was not satisfied – in the hypothetical example, by proving that the defendant's story was not true and that, in fact, he was not on his way to hand in the disk when he was stopped. If the Crown proved this, then, in terms of section 118(2), it would have proved that the defence was not satisfied – in other words, that it had not been made out. The supposed defence would then vanish from the scene and the Crown would be entitled to ask for a conviction on the basis of the evidence of the defendant's possession of the disk*».

34. Particolarmente pregevole appare questo passaggio argomentativo della sentenza della *House of Lords*, riportato dalla Corte: «*More than that, however, the Court of Appeal's construction robs the adjective "reasonable" in section 58(3) of all substance. Neither the judge nor the jury is left with any room to consider whether the excuse tendered by the accused for, say, his possession of the document or record is actually reasonable. Provided only that he proves that his purpose was not connected with the commission etc of an act of terrorism, the Court of Appeal give him a defence under subsection (3). Indeed they expressly affirm that it matters not that the defendant's purpose may infringe some other provision of the criminal or civil law. Suppose, for example, that the accused had a document containing information about the security system protecting the Home Secretary's residence. The interpretation adopted by the Court of Appeal means that, if the defendant proved that he had this document because he was planning to burgle the Home Secretary's house and steal her jewellery, this would, by definition, be a reasonable excuse since the defendant's purpose would not be connected with the commission etc of an act of terrorism. The same would apply if the defendant's purpose was to murder the Home Secretary for purely personal motives. Even if the jury rightly considered that these 'excuses' were outrageous rather than reasonable, in each case the judge would have to direct them that the defendant's purpose amounted to a reasonable excuse in terms of section 58(3) and that they would have to acquit him. In our view, Parliament could not have intended section 58(3) to be interpreted or applied in that way*».

In relazione al principio di precisione va poi segnalata, tra le pronunce del 2011, la sentenza *Soros c. Francia*³⁵, nella quale la Corte ha parimenti escluso la violazione dell'art. 7 Cedu.

Il ricorrente era un cittadino americano, condannato per *insider trading* per aver effettuato, tra il settembre e l'ottobre del 1988, operazioni di borsa sui titoli di una banca francese dopo aver avuto notizia dell'imminente tentativo di acquisto della banca stessa da parte di un gruppo di investitori del quale il ricorrente medesimo faceva parte ma da cui, in un momento successivo, era fuoriuscito. Nel suo ricorso alla Corte EDU Soros lamentava che la normativa vigente all'epoca dei fatti, a differenza di quella che l'aveva poi sostituita, non consentiva di identificarlo come *insider* secondario, né di ritenere che le informazioni in suo possesso fossero "privilegiate": essa non presentava, pertanto, un livello di precisione sufficiente ai sensi dell'art. 7 CEDU. La mancanza di precedenti giurisprudenziali, inoltre, determinava l'imprevedibilità, al momento del fatto, del rischio penale cui egli sarebbe poi andato incontro.

La Corte ha ribadito che il giudizio sulla prevedibilità delle conseguenze penali è in larga misura condizionato dal contenuto della norma in questione, dall'ambito di applicazione della stessa e dal numero e dalle caratteristiche dei suoi potenziali destinatari. Più nel dettaglio, «*la prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (...). Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte*» (§ 53).

Applicando i suddetti principi al caso di specie, la Corte – attribuendo grande importanza al fatto che il ricorrente era un soggetto qualificato – ha ritenuto che all'epoca dei fatti la giurisprudenza francese fosse già orientata nel senso di condannare in situazioni analoghe, e che il ricorrente avrebbe pertanto dovuto versare quantomeno in dubbio sulla liceità della propria condotta.

Pare dunque che i giudici di Strasburgo abbiano qui voluto porre l'accento sugli *obblighi cd. strumentali di conoscenza delle leggi penali* che gravano sui loro destinatari; obblighi sui quali la Corte costituzionale italiana aveva a suo tempo posto l'accento nella fondamentale sentenza n. 364 del 1988. Sembra, altresì, che la Corte abbia fatto proprio l'orientamento invalso anche nella nostra giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) secondo cui il soggetto che, al momento della commissione del fatto, versi in una *situazione di dubbio* sull'esistenza o sui contenuti della norma penale deve comunque *astenersi dall'azione*³⁶.

5

IL DIVIETO DI ANALOGIA (E DI INTERPRETAZIONE ESTENSIVA IN MALAM PARTEM)

E' del tutto pacifico che l'art. 7 Cedu accolga, tra i corollari del principio di legalità, il divieto di analogia *in malam partem*³⁷.

Parte della dottrina sostiene, tuttavia, che la giurisprudenza di Strasburgo vieti anche l'interpretazione estensiva delle norme penali a detrimento del reo³⁸, nella sostanza disconoscendo la distinzione – certo non scevra da profili di ambiguità, ma ribadita con forza anche nella manualistica più recente³⁹ – tra interpretazione estensiva, appunto, e applicazione analogica. A sostegno di tale orientamento viene frequentemente portato un passaggio argomentativo che, a partire dal *leading case Kokkinakis c. Grecia*⁴⁰ del

35. Sent. 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia* (ric. n. 50425/06).

36. Cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. VI, sent. 25 gennaio 2011, n. 6991, *Sirignano*. Cfr. in proposito, nella manualistica, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 352-353.

37. Cfr. ancora, in proposito, la citata sent. 25 marzo 1993, *Kokkinakis c. Grecia* (ric. n. 14307/88).

38. Cfr. per tutti V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in Cass. pen., 2010, pp. 102 ss.

39. Cfr. per tutti G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2011, pp. 64-65.

40. Sent. 25 marzo 1993, *Kokkinakis c. Grecia* (ric. n. 14307/88).

1993, compare pressoché in tutte le sentenze della Corte EDU in tema di art. 7⁴¹, e che vale dunque la pena di riportare per esteso: «Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. It follows that an offence must be clearly defined in law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision – and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and with informed legal advice – what acts and omissions will make him criminally liable».

Se ci si arrestasse alla formulazione letterale del suddetto passaggio argomentativo, sarebbe difficile revocare in dubbio che la Corte EDU di fatto equipari all'applicazione analogica anche l'interpretazione estensiva *in malam partem*, attraendole nel divieto di cui all'art. 7 Cedu. Il punto è, però, che i giudici di Strasburgo hanno più volte avallato interpretazioni evolutive-estensive del dato normativo che si risolvevano in un ampliamento dell'area del penalmente rilevante: paradigmatico, in proposito, il celebre caso *S. W. c. Regno Unito*⁴², in cui la Corte ha ritenuto convenzionalmente legittima la condanna del ricorrente per aver commesso violenza sessuale nei confronti della moglie, ancorché il precedente orientamento interpretativo non configurasse come reato il cd. *marital rape*; e, più di recente, la citata decisione *Jobe c. Regno Unito*⁴³, della quale ci siamo occupati al paragrafo precedente, in cui la Corte ha ritenuto maggiormente condivisibile l'interpretazione restrittiva della *defence* di *reasonable excuse* fatta propria dalla *House of Lords*, ancorché la stessa fosse intervenuta in un momento successivo a quella (estensiva, e dunque più favorevole al ricorrente) della *Court of Appeal*.

L'unica preclusione sembra riguardare, allora, le interpretazioni estensive *in malam partem* che appaiano *ex ante* imprevedibili (anche alla luce della precedente prassi applicativa e/o del mutato contesto sociale). E ciò in forza non di un (non meglio precisato) criterio di *favor rei*, ma dello stesso *principio di irretroattività dei reati e delle pene*, che – come abbiamo visto – per il diritto di Strasburgo opera in riferimento a tutte le fonti normative, compresa quella giurisprudenziale.

Torneremo allora su questa delicata questione più oltre, quando ci occuperemo specificamente di questo profilo⁴⁴.

6

IL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ DEI REATI E DELLE PENE

L'art. 7 § 1 Cedu enuncia in maniera particolarmente pregnante il principio di irretroattività dei reati e delle pene, stabilendo che «nessuno può essere condannato per una azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale» e che parimenti «non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

La *ratio* di tale principio è quella di garantire ai consociati la conoscibilità *ex ante* delle conseguenze penali della loro condotta e, dunque, la sicurezza di libere scelte d'azione: di qui, il collegamento di tale principio con quello di colpevolezza; collegamento che, di recente, è stato evidenziato anche dalla Corte europea nell'importante sentenza *Sud Fondi c. Italia*⁴⁵.

41. Cfr. da ultimo la sent. 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia* (ric. n. 36276/04).

42. Sent. 22 novembre 1995, *S. W. c. Regno Unito* (ric. n. 20166/92).

43. Dec. 14 giugno 2011, *Jobe c. Regno Unito* (ric. n. 48278/09).

44. Vedi *infra*, § 6.3.

45. Sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia* (ric. 75909/01). Cfr. in proposito G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale*, cit., pp. 286-287, e – più nel dettaglio – M. PANZARASA, *I rapporti tra confisca e proscioglimento dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1671 ss. e F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1540 ss.

6.1

IL DIVIETO DI APPLICAZIONE RETROATTIVA DELLE MISURE DI SICUREZZA

Come abbiamo evidenziato nell'introduzione, tutte le garanzie sottese all'art. 7 Cedu – e in particolare quella del divieto di retroazione delle norme penali sfavorevoli all'agente, tanto nella forma dell'introduzione di una nuova ipotesi di reato quanto in quella dell'aggravamento del trattamento sanzionatorio o dell'ampliamento dell'ambito applicativo di una previgente fattispecie – si applicano anche alle violazioni o alle sanzioni che, pur non formalmente penali, possono essere considerate sostanzialmente tali (alla luce dei più sopra menzionati criteri e sottocriteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo).

Meritano certamente menzione, a questo proposito, le sentenze nelle quali la Corte EDU è tornata sulla compatibilità con gli artt. 5 e 7 Cedu dell'applicazione retroattiva del nuovo (e maggiormente afflivo) regime temporale della custodia di sicurezza (la cd. *Sicherungsverwahrung*) prevista dall'ordinamento tedesco⁴⁶, già oggetto dell'importante sentenza *M. c. c. Germania*⁴⁷ del dicembre 2009.

Come il lettore ricorderà, tale misura – rispetto alla quale il legislatore aveva originariamente previsto un termine decennale di durata massima – a seguito di una modifica intervenuta nel gennaio 1998 non risultava più soggetta ad alcun limite di durata. In ragione della funzione specialpreventiva e della natura di misura di sicurezza che i giudici tedeschi avevano sempre riconosciuto alla *Sicherungsverwahrung*, il nuovo e più afflittivo regime della stessa era stato applicato anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge che aveva introdotto la mutata disciplina giuridica: ciò che aveva dato origine alla citata pronuncia *M. C.*, nella quale la Corte – previa riqualificazione come “pena” della *Sicherungsverwahrung* alla luce del legame della misura afflittiva con la condanna per un'infrazione, da un lato, e della natura e dello scopo punitivo e dissuasivo della misura stessa, dall'altro – aveva ritenuto integrata una violazione del *nulla poena sine lege*, e in ragione di ciò condannato la Germania per violazione dell'art. 7 Cedu⁴⁸.

La suddetta pronuncia – che sembra aver definitivamente attratto nell'ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu le misure di sicurezza – ha importantissime ricadute sull'ordinamento italiano, le più evidenti delle quali ci sembra qui opportuno evidenziare (sia pur ribadendo che, al momento, non si registrano pronunce della Corte EDU in relazione a questi profili).

Stanti la finalità di marcata specialprevenzione che caratterizza le misure di sicurezza, la loro pertinenzialità ad un fatto di reato (o ad un quasi reato), la previsione della giurisdizione penale sulle stesse e il contenuto particolarmente afflittivo che le caratterizza, non pare infatti seriamente dubitabile che esse possano essere considerate “pene” ai sensi dell'art. 7 Cedu; senza contare che, del resto, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti le inquadrano pacificamente tra le “sanzioni penali”, anche al metro del diritto interno⁴⁹.

Di qui, l'applicabilità del divieto di retroazione anche in riferimento alle misure di sicurezza, con la conseguente illegittimità convenzionale del regime di diritto intertemporale dettato dall'art. 200 c.p. per tali misure (che invece risulterebbe legittimo se la questione venisse affrontata solo alla luce del dettato costituzionale, posto che l'art. 25 co. 3 Cost. enuncia, per le misure di sicurezza, il solo principio di legalità e non anche quello di irretroattività).

46. Si rinvia, in proposito, all'ampia scheda a cura di G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, pubblicata in *Diritto penale contemporaneo*, 11 marzo 2011.

47. Sent. 17 dicembre 2009, *M. C. c. Germania* (ric. n. 19359/04). Cfr. in proposito G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale*, cit., pp. 282 e 286.

48. Più nel dettaglio, la Corte aveva attribuito particolare rilevanza al fatto che la custodia di sicurezza venisse inflitta a seguito di una condanna (e avesse pertanto una funzione dissuasiva), e che la stessa non potesse distinguersi, quanto al contenuto, da una pena intesa in senso formale, posto che il trattamento offerto ai soggetti interessati non era rivolto a ridurre la loro pericolosità sociale.

49. Cfr. per tutti, in proposito, F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 48 e 53-54.

Va segnalato, per inciso, che anche l'orientamento dottrinale che, pur senza prendere in esame l'art. 7 Cedu, limita la possibilità di applicazione retroattiva delle misure di sicurezza al caso in cui la legge sopravvenuta ne ridisciplina (anche in malam partem) le modalità esecutive non passerebbe al vaglio della Corte di Strasburgo: si tratterebbe, infatti, di un'ipotesi analoga a quella censurata da quest'ultima nella sentenza *M. C. c. Germania* e nei follow-up cases di cui andremo ora ad occuparci.

Prima di passare all'esame di questi ultimi, è importante rilevare, tuttavia, come a seguito della sentenza della Corte EDU nel caso *M. C. fosse sorto*, in seno alla giurisprudenza tedesca, un contrasto in merito alle modalità con le quali dare a quest'ultima esecuzione; contrasto di cui le tre sentenze in commento danno puntualmente conto.

Secondo un primo orientamento, avallato anche dalla Corte di Cassazione tedesca con una pronuncia del maggio 2010, sarebbe stato possibile per i giudici conformarsi a tale sentenza semplicemente ponendo fine alla custodia di sicurezza di quanti fossero stati condannati per fatti commessi nel vigore della vecchia disciplina e avessero già scontato dieci anni di internamento.

Secondo un diverso orientamento, invece, tale soluzione non poteva ritenersi praticabile perché incontrava un ostacolo di natura testuale: la sezione 1a del § 3 dell'Introduzione al codice penale tedesco stabilisce espressamente, infatti, che l'abolizione del limite massimo di durata della custodia di sicurezza si applichi anche a coloro che hanno commesso il fatto prima dell'entrata in vigore della modifica. Solo il legislatore, dunque, avrebbe potuto dare esecuzione alla citata pronuncia della Corte EDU nel caso *M. c. Germania*.

La questione è stata oggetto di numerosi "rinvii preliminari" alla Corte di cassazione tedesca, volti ad ottenere la soluzione del suddetto contrasto giurisprudenziale. Con una sentenza del 9 novembre 2010, peraltro, la quinta sezione della Cassazione ha sposato un orientamento intermedio: essa ha infatti escluso la possibilità di una liberazione automatica, evidenziando tuttavia la necessità di un'interpretazione restrittiva dell'art. 67d § 3 del codice penale (che contiene l'odierna disciplina della misura), alla stregua della quale l'applicazione retroattiva del nuovo e più rigoroso regime può giustificarsi solo laddove sussista l'estremo pericolo che l'interessato, una volta rimesso in libertà, possa commettere gravi reati violenti e/o a sfondo sessuale.

Nei casi da cui sono originate le sentenze *Kallweit*⁵⁰, *Mautes*⁵¹ e *Schummer*⁵² i ricorrenti – il primo e il secondo dei quali ancora internati al momento della sentenza della Corte EDU – erano stati condannati per vari reati di natura violenta a sfondo sessuale ad una pena detentiva e alla misura di sicurezza della cd. *Sicherungsverwahrung*, e dopo dieci anni di internamento si erano visti respingere la richiesta di scarcerazione proprio in forza della mutata disciplina temporale di quest'ultima, che veniva a più riprese prorogata in ragione della loro rilevante e persistente pericolosità sociale.

I giudici di Strasburgo, riprendendo l'iter argomentativo della sentenza *M. C.*, hanno anzitutto ravvisato la duplice violazione degli artt. 5 § 1 e 7 Cedu. Nelle pronunce *Kallweit* e *Mautes*, che vedevano i ricorrenti ancora internati al momento della decisione del ricorso, essi – facendo leva sull'obbligo per gli Stati di conformarsi alle sentenze definitive delle quali sono parti ex art. 46 Cedu – hanno inoltre esortato le autorità tedesche a prendere le misure idonee per assicurare al più presto ai ricorrenti medesimi la garanzia del loro diritto alla libertà personale. Pur senza spingersi ad individuare alcuna misura di carattere generale o individuale in esecuzione della propria precedente pronuncia, i membri del collegio hanno a questo proposito rilevato come alcune Corti d'appello e la stessa Corte di Cassazione tedesca avessero, in alcune sentenze, interpretato le

50. Sent. 13 gennaio 2011, *Kallweit c. Germania* (ric. n. 17792/07).

51. Sent. 13 gennaio 2011, *Mautes c. Germania* (ric. n. 20008/07).

52. Sent. 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania* (ric. nn. 27360/04 e 42225/07).

pertinenti norme del codice penale in conformità alla Convenzione (con ciò implicitamente spezzando una lancia in favore del primo e forse anche del terzo degli orientamenti emersi in seno alla giurisprudenza tedesca che abbiamo poc'anzi riportato nelle loro linee essenziali)⁵³.

Del tutto sovrapponibile a quelle ora esaminate è anche la sentenza *Jendrowiak c. Germania*⁵⁴ dell'aprile 2011, nella quale tuttavia la Corte ha effettuato l'importante precisazione che gli obblighi di tutela penale promananti dalla Convenzione non autorizzano gli Stati firmatari ad adottare misure che violino i diritti convenzionali⁵⁵.

6.2 L'IRRETROATTIVITÀ DELLE IPOTESI DI CONFISCA

Alla luce di quanto abbiamo evidenziato nel paragrafo precedente, anche se la Corte EDU non è fino a questo momento intervenuta con pronunce *ad hoc*, è certamente preclusa – nell'ottica del diritto di Strasburgo – l'applicazione retroattiva delle ipotesi di *confisca qualificata*, al metro del diritto interno, *come misure di sicurezza*⁵⁶.

Nell'ordinamento italiano è certamente questo il caso della confisca dei mezzi di esecuzione, del prezzo, del profitto o del prodotto del reato e delle cose cd. intrinsecamente criminose prevista dall'art. 240 c.p., che il codice espressamente qualifica come misura di sicurezza patrimoniale.

Ad essa va verosimilmente assimilata, poi, la confisca cd. per equivalente, che pur mancando di una disciplina di carattere generale è contemplata da un numero sempre più significativo di fattispecie di parte speciale (dall'usura, in relazione alla quale era stata originariamente introdotta su impulso delle fonti UE nel 1996, alla maggior parte dei reati contro la P.A., ai reati di riciclaggio e reimpiego di cui agli artt. 648 bis e ter c.p., solo per citarne alcuni): se è vero che essa esime il giudice dallo stabilire il rapporto di pertinenzialità tra i beni oggetto del provvedimento ablatorio e il reato (ché, anzi, il suo presupposto applicativo è proprio la mancata individuazione e apprensione dei beni che costituiscono il prezzo o il profitto del medesimo), tale forma di confisca – che costituisce, secondo quanto correntemente affermato in giurisprudenza, «una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti» – viene ad assumere carattere preminentemente sanzionatorio, e dunque non può ritenersi estranea all'ambito applicativo dell'art. 7 Cedu⁵⁷.

E' questa la conclusione cui è giunto il giudice delle leggi nell'importante sentenza n. 97 del 2009, in cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 co. 143 della l. n. 244 del 2007, che estendeva l'applicazione della confisca per equivalente ex art. 322 ter

53. Le sentenze *Kallweit e Mautes* toccano anche il tema – invero cruciale, anche per quel che concerne l'ordinamento italiano – dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, che la Corte medesima affronta ormai costantemente sotto l'angolo visuale dell'art. 46 Cedu.

Mentre nel nostro Paese il dibattito si è incentrato essenzialmente sul problema del *superamento del limite dell'intangibilità del giudicato* (della cui risoluzione, a fronte della perdurante inerzia legislativa, si è fatta lodevolmente carico la Corte costituzionale), le due pronunce ora citate si soffermano invece su quello (non sempre oggetto di adeguate riflessioni, ma altrettanto importante) dei *limiti connotati all'interpretazione convenzionalmente conforme*. I nodi da sciogliere sembrano essere, a questo proposito, essenzialmente tre:

- qual è il rapporto tra il canone dell'interpretazione conforme e gli altri canoni ermeneutici (e in particolare quelli dell'interpretazione storica e teleologica)?
- l'interpretazione conforme incontra, oltre al limite logico del dato testuale della norma, anche limiti assiologici? E se sì, quali?
- l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione sussiste anche laddove esso determini effetti espansivi del penalmente rilevante (fermo, naturalmente, il divieto di applicazione analogica) o invece anche l'interpretazione estensiva (e non solo quella analogica) *in malam partem* deve ritenersi preclusa?

Per l'analisi delle suddette questioni si veda, per tutti, F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali*, in P. CORSO-E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, pp. 617 ss.

54. Sent. 14 aprile 2011, *Jendrowiak c. Germania* (ric. n. 30060/04).

55. Cfr. in proposito la scheda a cura di G. ABBADESSA, *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*, pubblicata in *Diritto penale contemporaneo*, 9 giugno 2011.

56. Cfr. per tutti, nella dottrina più recente, V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, pubblicato in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2012.

57. Cfr. ancora V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione*, cit., § 2.2.

c.p. ai reati tributari (anche laddove gli stessi fossero stati commessi prima dell'entrata in vigore della stessa, in virtù del principio *tempus regit actum* che, come abbiamo più volte ribadito, regola la disciplina di diritto intertemporale delle misure di sicurezza). In quell'occasione, la Corte – richiamando espressamente la sentenza *Welch c. Regno Unito*⁵⁸ del 1995, in cui i giudici di Strasburgo avevano appunto ritenuto contrastante con l'art. 7 Cedu l'applicazione retroattiva di un'ipotesi di confisca per equivalente – ha rilevato come la mancanza di pericolosità intrinseca dei beni oggetto del provvedimento ablativo e l'assenza di un nesso diretto, attuale e strumentale tra il reato e detti beni attribuiscono a tale misura carattere essenzialmente affittivo, e dunque consentano di inquadrarla come misura eminentemente sanzionatoria, come tale attratta nell'alveo dell'art. 7 Cedu.

Tra le ipotesi verosimilmente suscettibili di ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 7 Cedu figura, poi, la confisca cd. allargata ex art. 12 sexies l. n. 356 del 1992, che come noto può essere disposta in caso di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti per alcuni gravi reati sul denaro, sui beni e sulle altre utilità rinvenibili nella disponibilità dell'imputato dei quali questi non sia in grado di giustificare la provenienza e che risultino sproporzionati al reddito dichiarato o all'attività economica svolta.

Tale misura, originariamente prevista per determinati delitti di stampo mafioso o legati al traffico illecito di sostanze stupefacenti, è stata progressivamente estesa ad ulteriori ipotesi delittuose: da ultimo, con la l. n. 296 del 2006, ai reati contro la P.A.

Similmente a quanto abbiamo visto per la confisca per equivalente, si è posto allora il problema della sua eventuale applicazione retroattiva ai reati commessi prima dell'entrata in vigore di tale legge. La Corte di Cassazione, nella sent. n. 25096 del 2009⁵⁹, è tuttavia giunta a conclusioni diametralmente opposte a quelle fatte proprie dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 97 del 2009, ritenendo legittima l'applicazione retroattiva della confisca allargata a una fattispecie di corruzione commessa anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 296 del 2006. In quell'occasione, la Suprema Corte ha ribadito la natura special-preventiva del suddetto strumento ablatorio, che si inquadra tra le misure di sicurezza e pertanto trova la sua disciplina, in relazione al regime di diritto intertemporale, negli artt. 25 co. 3 Cost. e 199 e 200 c.p.

E' evidente che tale presa di posizione – che prescinde totalmente dalla necessità di confrontarsi con il diritto di Strasburgo, imposta se non altro dall'art. 117 co. 1 Cost. e dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale – non potrebbe reggere al vaglio di legittimità convenzionale della Corte EDU e dello stesso giudice delle leggi: le conclusioni espresse tanto dalla Corte EDU quanto dalla Corte costituzionale in relazione alla confisca per equivalente valgono a fortiori – ci pare – per la confisca cd. allargata, che ha ad oggetto non il tantundem ma, potenzialmente, l'intero patrimonio del condannato (ovviamente al netto dei beni di cui questi sia in grado di allegare la provenienza lecita) e che pertanto non può ritenersi scevra da componenti affittive⁶⁰.

E ancora – senza alcuna pretesa di completezza – riveste carattere di misura di sicurezza patrimoniale la confisca del veicolo di cui all'art. 186 co. 2 lett. c) cod. strada, oggetto della citata sentenza n. 196 del 2010 della Corte costituzionale⁶¹.

Il punto è, però, che alcune delle ipotesi di confisca previste dall'ordinamento interno hanno una differente qualificazione formale: tanto la Corte costituzionale quanto la Corte di Cassazione hanno, infatti, da lungo tempo riconosciuto il carattere “proteiforme” della confisca, che può fungere, a seconda dei casi, da misura di sicurezza, da misura di prevenzione, da pena accessoria (in riferimento a tipologie delittuose essenzialmente

58. Sent. 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito* (ric. n. 17440/90).

59. Cass. pen., sez. VI, sent. 16 giugno 2009, n. 25096.

60. Cfr. sul punto V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione*, cit., § 2.4.

61. Si veda ancora V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione*, cit., § 2.1.

riconducibili alla criminalità economica e alla criminalità organizzata), da pena principale (nel sistema del d. lgs. n. 231 del 2001) e da sanzione amministrativa⁶².

Per quanto la Corte EDU non si sia ancora pronunciata sul punto, è comunque necessario – in virtù degli obblighi che discendono per il giudice dall'art. 117 co. 1 Cost., come interpretato dalla Consulta nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 – verificare se, al di là delle “etichette”, le varie forme di confisca abbiano, nella sostanza, natura penale e dunque soggiacciono al divieto di retroattività.

Sebbene – ripetiamo – la Corte europea non si sia ancora pronunciata sul punto, è senz'altro opportuno sviluppare qualche considerazione in relazione ad alcune delle principali figure di confisca extrapenale prevista dall'ordinamento italiano.

E' il caso, ad esempio, della confisca urbanistica di cui all'art. 44 d. P.R. n. 380/2001, definita dalla giurisprudenza della Cassazione “sanzione amministrativa atipica”, e come tale sottratta alle garanzie penalistiche: si tratta della misura sui cui la Corte EDU è intervenuta nel caso Sud Fondi, che ha postulato la necessità, discendente dall'art. 7 Cedu, di “un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di ricavare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato”. Dal riconoscimento del carattere penale della misura che i giudici di Strasburgo hanno effettuato in quell'occasione, nondimeno, discendono tutte le implicazioni della suddetta norma convenzionale: se in futuro il legislatore estendesse l'ambito applicativo della confisca urbanistica, dunque, la nuova disciplina non potrebbe che valere per il futuro, in forza del principio di irretroattività sancito dall'art. 7 Cedu.

Più complesso l'inquadramento, al metro del diritto di Strasburgo, della confisca di prevenzione originariamente prevista dall'art. 2 ter l. n. 575/1965 e ora disciplinata dagli artt. 24 ss. del nuovo codice antimafia, dato che la Corte EDU ha fino a questo momento escluso l'applicabilità dell'art. 7 Cedu alle misure di prevenzione⁶³.

I giudici europei potrebbero forse adottare un approccio meno garantista in relazione alle fattispecie di criminalità organizzata di stampo mafioso e terroristico, date le esigenze di tutela della collettività che tali fenomeni determinano⁶⁴; mentre qualche dubbio di legittimità convenzionale potrebbe, più verosimilmente, sorgere per i reati commessi nell'ambito di manifestazioni sportive, per i quali pure è prevista la confisca di prevenzione del nuovo codice antimafia. Non è, peraltro, da escludere che la Corte possa, in futuro, rivedere il proprio tradizionale orientamento, attraendo nell'ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu anche le misure di prevenzione.

6.3

L'IRRETROATTIVITÀ DEI MUTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN MALAM PARTEM

Come abbiamo visto in precedenza, l'equiparazione tra diritto positivo e diritto giurisprudenziale effettuata dalla Corte di Strasburgo determina l'assoggettamento anche di quest'ultimo al divieto di retroazione imposto dall'art. 7 Cedu. Il problema si pone, ovviamente, per i soli mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, che come tali determinano un'espansione dell'area del penalmente rilevante.

Abbiamo in precedenza accennato al problema dell'ammissibilità, in linea teorica, dell'interpretazione estensiva a detrimento del reo, rilevando come – al di là delle affermazioni tratte presenti nelle sentenze della Corte EDU in tema di art. 7 Cedu

62. In relazione a questi profili cfr. per tutti, in dottrina, A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, pp. 2107 ss. e C. VISCONTI, *Dalla “vecchia” alle “nuove” confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium Juris*, 2002, pp. 960 ss. Si veda anche la ricca tesi di laurea di C. PARODI, *La confisca e i diritti fondamentali*, pubblicata in www.penalecontemporaneo.it in data 20 dicembre 2011.

63. Cfr. ancora V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione*, cit., § 2.5. L'Autore ricorda come con la sent. 15 aprile 1991, *Marandino c. Italia* (ric. n. 12386/86) la Commissione EDU avesse escluso la natura penale della confisca di prevenzione antimafia prevista dalla legge del 1965, sulla base dell'assunto che essa si fonda non sulla responsabilità per la commissione di un fatto di reato, ma sulla mera pericolosità dei beni accumulati.

64. Secondo V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione*, cit., § 2.5 la confisca di prevenzione antimafia può essere in effetti considerata sanzione penale alla luce dei criteri elaborati dalla Corte EDU fin dalla sentenza *Engel*.

– quest’ultima abbia di fatto sempre avallato l’adozione di soluzioni interpretative più rigorose, purché le stesse fossero ragionevolmente prevedibili alla luce della precedente prassi applicative e/o del contesto storico/culturale di riferimento⁶⁵.

Pur in assenza di sentenze della Corte EDU su questo delicato tema, va rilevato che le implicazioni di tale principio sull’ordinamento italiano sono relevantissime: se il diritto di Strasburgo riconosce ampi margini di manovra all’attività ermeneutica delle Corti, esso di fatto mette al bando le applicazioni giurisprudenziali imprevedibili laddove le stesse determinino, nel caso concreto, la condanna o l’aggravamento del trattamento sanzionatorio.

Un esempio di fantasia, ma che pure prende spunto dall’elaborazione giurisprudenziale italiana, potrà aiutarci a chiarire meglio quanto le preoccupazioni in merito alla possibile violazione del *nullum crimen, nulla poena sine lege* a fronte di applicazioni giurisprudenziali imprevedibili siano fondate.

Tutti ricorderanno la contrastata giurisprudenza di legittimità sul trattamento medico arbitrario con esito infausto e le note sentenze Massimo⁶⁶ e Volterrani⁶⁷, rispettivamente del 1992 e del 2002: a distanza di dieci anni, la Suprema Corte aveva affermato dapprima che l’intervento non consentito fosse inquadrabile nella fattispecie di lesioni personali, e nel caso di morte del paziente in quella di omicidio preterintenzionale (punito con la reclusione da dieci a diciotto anni); e solo in un secondo momento che esso fosse del tutto estraneo allo schema legale del delitto di cui all’art. 582 c.p., e che in generale non fosse qualificabile come penalmente rilevante.

Supponiamo che le due pronunce fossero intervenute nell’ordine inverso, e che – dopo la pronuncia pienamente assolutoria nel caso Volterrani – il sig. Massimo si fosse visto applicare una pena detentiva di oltre dieci anni: è possibile sostenere che – immutato il quadro normativo di riferimento – tale condanna sarebbe stata ragionevolmente prevedibile da quest’ultimo? Probabilmente no.

Come dimostra il nostro esempio di fantasia, il punto di equilibrio tra l’esigenza di garantire all’attività ermeneutica delle Corti interne adeguati spazi e quella – certo non meno rilevante, data l’inderogabilità dell’art. 7 Cedu – di assicurare ai consociati la possibilità di prevedere in anticipo le conseguenze penali della propria condotta andrebbe allora individuato nel cd. *prospective overruling*, ovverosia nell’assoluzione dell’imputato con la contestuale enunciazione, per il futuro, della regola di diritto che andrà a disciplinare casi analoghi.

E’ bene rilevare, per altro verso, che – come la Corte ha avuto modo di precisare nella sentenza *Pessino c. Francia*⁶⁸ del 2006 – i principi che abbiamo enunciato in aperture del presente paragrafo valgono in linea di massima *anche per il diritto penale complementare caratterizzato da un elevato tasso di artificialità*, laddove si rilevi che il ricorrente non sarebbe stato in grado di percepire il rischio penale al quale andava incontro con la propria condotta neppure ricorrendo all’ausilio di consulenze legali.

Deve rammentarsi, però, come nella sent. *Soros c. Francia*⁶⁹, che abbiamo analizzato al § 4, la Corte abbia in parte ridimensionato la portata della suddetta affermazione, ponendo l’accento sugli obblighi cd. strumentali di conoscenza che incombono sui destinatari delle norme penali e così pure sull’obbligo di astensione al cui rispetto essi sono tenuti in caso di dubbio sulla liceità della propria condotta⁷⁰.

65. Emblematiche, a tal proposito, le sentenze 22 novembre 1995, *S. W. c. Regno Unito* (ric. n. 20166/92) e *C. R. c. Regno Unito* (ric. n. 20190/92).

66. Cass. pen., sez. V, sent. 21 aprile 1992, n. 5639, *Massimo*.

67. Cass. pen., sez. I, sent. 29 maggio 2002, n. 2659, *Volterrani*. In termini, da ultimo, Cass. pen., SS. UU., sent. 18 dicembre 2008, 2437, *Giulini*.

68. Sent. 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia* (ric. n. 40403/02).

69. Sent. 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia* (ric. n. 50425/06).

70. Vedi *supra*, § 4.

7

IL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ
FAVOREVOLE

Rinviamo alla rassegna sulla giurisprudenza 2008-2010 in tema di art. 7 Cedu per l'analisi della sentenza *Scoppola c. Italia (n. 2)*⁷¹, con la quale la Corte EDU ha affermato che dalla suddetta norma convenzionale discende, implicitamente, anche il *principio di retroattività favorevole*⁷².

Vogliamo qui semplicemente rilevare come l'ancoraggio di tale principio all'art. 7 Cedu – su cui senz'altro ha avuto un'influenza notevole la “sopravalutazione” che lo stesso ha ricevuto nel diritto di fonte UE⁷³ – fosse in qualche modo obbligato per la Corte di Strasburgo, dato che la disposizione in commento costituisce l'unica norma penalistica della Convenzione. Esso ha tuttavia – ci pare – implicazioni fortemente discutibili, perché mette sullo stesso piano il principio di irretroattività e quello di retroattività favorevole e, alla luce dell'art. 15 § 2 Cedu, attribuisce ad entrambi il carattere dell'inderogabilità (quando invece la *ratio* dei due principi è profondamente differente, e solo il primo ha natura di diritto fondamentale)⁷⁴.

Siamo dunque dell'avviso che bene abbia fatto la Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 236 del 2011⁷⁵, a “tener ferma la barra” quanto all'esistenza di possibili e legittime deroghe (anche al metro del diritto di Strasburgo) al principio della *lex mitior*, anche alla luce dell'esigenza di tenere conto di controinteressi quali l'efficienza della funzione giurisdizionale e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della stessa (specie laddove vengano in gioco obblighi convenzionali di tutela penale di diritti fondamentali come il diritto di non essere sottoposti a tortura o a schiavitù).

E' tuttavia possibile che la Corte EDU intervenga, in futuro, a modulare diversamente le garanzie convenzionali del principio di irretroattività, da un lato, e del principio di retroattività favorevole, dall'altro, anche sulla scorta delle pronunce dei giudici costituzionali degli Stati membri che siano nel frattempo intervenute sul punto⁷⁶.

8

IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

Pienamente condivisibile è, invece, l'ancoraggio all'art. 7 Cedu del principio di colpevolezza che la Corte ha effettuato, almeno *in nuce*, nella sentenza *Sud Fondi c. Italia*⁷⁷,

71. Sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia (n. 2)*, (ric. n. 10249/03)

72. Cfr. in proposito G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, cit., pp. 286-287.

73. In cui l'art. 49 CDFUE paradossalmente enuncia il principio di retroattività favorevole prescindendo invece del tutto da quelli di legalità e di irretroattività, e dove la Corte di Giustizia nel caso *Berlusconi* l'ha inquadrato – non senza forzature – nientemeno che tra i principi generali del diritto dell'Unione derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

74. Si veda in proposito la già citata sent. 230/2012, in cui la Corte cost. ha affermato *expressis verbis* che « i due principi hanno (...) diverso fondamento. L'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di «calcolabilità» delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo “a sorpresa” del trattamento penale della fattispecie. Nessun collegamento con la predetta libertà ha, per converso, il principio di retroattività della norma più favorevole, in quanto la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, cui l'autore si era liberamente e consapevolmente autodeterminato in base al panorama normativo (e giurisprudenziale) dell'epoca: trovando detto principio fondamento piuttosto in quello di eguaglianza, che richiede, in linea di massima, di estendere la modifica mitigatrice della legge penale, espressiva di un mutato apprezzamento del disvalore del fatto, anche a coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore (sentenza n. 394 del 2006; analogamente sentenze n. 236 del 2011 e n. 215 del 2008)».

75. Sulla quale si rinvia a F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, pubblicato in *Diritto penale contemporaneo*, 6 settembre 2011.

76. Cfr. ancora, a tal proposito, Corte cost. n. 230/2012, nella quale si legge che «con riguardo al carattere non assoluto che, in tale prospettiva, il principio della retroattività *in mitius* resta suscettibile di assumere, occorre d'altra parte osservare – come già in altra occasione (sentenza n. 236 del 2011) – che la Corte di Strasburgo non soltanto non ha inequivocamente escluso la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio in questione subisca delle deroghe, ma ha posto, anzi, un espresso limite alla sua operatività, di segno contrastante rispetto alla ricostruzione prospettata dal giudice a quo. Secondo i giudici europei, infatti, il principio della retroattività della *lex mitior*, ricavabile dall'art. 7, paragrafo 1, della CEDU, «si traduce nella norma per cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli» (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, paragrafo 109). Facendo riferimento alle (sole) «leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva», la Corte europea ha, dunque, escluso che il principio in questione sia destinato ad operare oltre il limite del giudicato, diversamente da quanto prevede, nel nostro ordinamento, l'art. 2, secondo e terzo comma, cod. pen. (sentenza n. 236 del 2011)».

77. Sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia* (ric. 75909/01).

per la quale rinviamo ancora al contributo sulla giurisprudenza 2008-2010 in tema di art. 7 Cedu⁷⁸.

Come la Corte costituzionale e la dottrina italiana hanno da tempo evidenziato, tale principio costituisce infatti *l'altra faccia del principio di irretroattività*, dal momento che la garanzia della conoscibilità delle conseguenze penali discendenti dalla propria condotta assicura, al tempo stesso, la possibilità di autodeterminarsi liberamente. Si tratta, dunque, di uno sviluppo del tutto coerente della giurisprudenza in tema di art. 7 Cedu.

E' dubbio, nondimeno, fino a che punto il principio di colpevolezza possa dirsi acquisito nella giurisprudenza di Strasburgo, dato che tuttora si registrano pronunce in cui la Corte accetta *ipotesi di responsabilità oggettiva* le più varie previste nei sistemi penali degli Stati membri.

E' ad esempio il caso della decisione di inammissibilità resa dai giudici europei nel caso *G. c. Regno Unito*⁷⁹, in tema di presunzioni di responsabilità concernenti l'elemento psicologico del reato.

La Corte ha qui giudicato compatibile con gli artt. 6 §§ 1 e 2 Cedu la condanna per violenza sessuale di un ragazzo quindicenne che aveva avuto un rapporto consenziente con una dodicenne, ritenendo ammissibile l'affermazione della responsabilità penale del medesimo sulla sola base del fatto materiale, senza che fosse necessario accertarne la volontà colpevole.

I giudici di Strasburgo hanno infatti affermato che l'art. 6 §§ 1 e 2 Cedu non impedisce al diritto penale interno di prevedere presunzioni di fatto o diritto e, conseguentemente, ipotesi di responsabilità oggettiva, purché le stesse siano contenute *entro limiti ragionevoli* che tengano conto degli interessi tutelati e del rispetto del diritto di difesa: al di là di tali limiti, non spetta al giudice europeo definire gli elementi costitutivi dei reati né i contenuti del diritto penale interno dei singoli Stati.

Del tutto spontaneo il paragone con l'art. 609-sexies del codice penale italiano, rispetto al quale la Corte costituzionale, con la sent. n. 322 del 2007, ha invece affermato la necessità di procedere a un'interpretazione conforme al principio di colpevolezza, valutando se l'erronea supposizione di un'età superiore agli anni quattordici sia dovuta a colpa dell'agente.

Pare, dunque, che fino a questo momento la giurisprudenza di Strasburgo abbia accolto il principio di colpevolezza *solo limitatamente al profilo della necessaria conoscibilità della norma penale violata da parte del reo*, postulando per il resto in termini assai vaghi – sempre nella menzionata sentenza *Sud Fondi* – l'ulteriore esigenza di un *legame di natura intellettuale tra il fatto e il suo autore* consistente nella “coscienza e volontà”.

9

LA PROGRESSIVA ATROFIZZAZIONE DELL'ART. 7 § 2 CEDU

Si rinvia alla rassegna 2008-2010 per l'esame delle pronunce rese dalla Corte in riferimento al secondo paragrafo dell'art. 7 Cedu⁸⁰.

Quel che si vuole in questa sede mettere in luce è la *progressiva atrofizzazione di detta norma nella giurisprudenza di Strasburgo*: nella sentenza *Kononov c. Lettonia*⁸¹ del 2010, da ultimo, la Grande Camera ha dichiaratamente mostrato di voler prescindere dall'analisi del caso concreto sottoposto al suo esame sotto l'angolo visuale del § 2 dell'art. 7, prendendo in considerazione esclusivamente il § 1.

78. Cfr. in proposito G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, cit., pp. 287-288.

79. Dec. 30 agosto 2011, *G. c. Regno Unito* (ric. n. 37334/08).

80. Cfr. in proposito G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, cit., pp. 283-284.

81. Sent. 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia* (ric. n. 36276/04). Cfr. in proposito G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, cit., pp. 284-284.