



2/2018

L'ADESIONE DELL'UNIONE EUROPEA ALLA CEDU. PROFILI PENALI

*Parte seconda: i riflessi dell'adesione
sui principi di legalità e colpevolezza in materia penale^(*)*

di Anna Francesca Masiero

SOMMARIO: 1. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: riepilogo di una questione aperta. – 1.1. Diritto penale e CEDU: uno sguardo d'insieme. – 1.2. L'analisi della giurisprudenza di Strasburgo in ambito punitivo e la creazione della "materia penale". – 1.3. (Continua) L'autonomia della nozione di "legge" nella materia penale: un'equiparazione sostanziale. – 2. Gli effetti dell'adesione sulla materia penale. – 2.1. Le risposte all'istanza legalitaria nella giurisprudenza di Strasburgo: il superamento delle barriere testuali – 2.2. (Continua) I più recenti sviluppi del *nullum crimen sine lege*. – 2.3. La giurisprudenza di Strasburgo in tema di *nulla poena sine culpa*: evoluzione o involuzione? – 3. Una nuova prospettiva nell'analisi della questione: considerazioni di chiusura.

1. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: riepilogo di una questione aperta.

L'adesione dell'Unione europea alla CEDU rimane, ad oggi, una delle tematiche più vivacemente discusse in dottrina.

Venuta alla luce agli albori del processo di integrazione comunitaria, l'idea dell'adesione ha affascinato i giuristi e le istituzioni per decenni, incontrando un sempre più ampio consenso. Ritenuta oramai quasi all'unanimità lo strumento idoneo al completamento del quadro di tutela dei diritti fondamentali, il suo *iter* appare tuttavia funestato da due pareri di una Corte di Giustizia poco incline alla perdita del monopolio giurisdizionale nell'ordinamento UE.

L'intervento di questa Corte era stato sollecitato in un primo momento dal Consiglio e successivamente dalla Commissione, i quali le avevano sottoposto la questione nell'ambito della sua funzione consultiva. Se la prima posizione di chiusura del giudice di Lussemburgo pareva tuttavia essere giustificabile con l'assenza di basi giuridiche per aderire¹, il suo secondo responso è invero parso ai commentatori meno

* La prima parte del presente lavoro, intitolata [L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali – Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa](#), è stata pubblicata in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 79 ss.

¹ Il riferimento è al parere 2/94 della Corte di Giustizia, reso noto il 28 marzo 1996, in cui essa, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità ai trattati dell'ipotesi dell'adesione, giustificava il suo responso negativo con l'assenza di base giuridiche per aderire. Non esisteva, difatti, alcuna disposizione di diritto primario che consentisse all'allora Comunità di dettare norme in materia di diritti umani, né tantomeno di concludere convenzioni in tale settore.



2/2018

comprensibile². Difatti la Corte di Giustizia, *ufficialmente* ergendosi a tutela delle specificità del suo ordinamento, ha *ufficiosamente* escluso a priori i presupposti stessi dell'adesione, onde evitare l'assoggettamento alla Corte EDU che ne sarebbe derivato, vera nota dolente di questa riforma.

Il più recente parere, quindi, ha indotto taluni a ritenere la tematica difficilmente riproponibile³: a loro dire, i motivi di censura individuati dal giudice di Lussemburgo sarebbero così copiosi da rendere difficile un ritorno al tavolo negoziale. Tuttavia, come da altri notato⁴, buona parte delle critiche annoverate dalla Corte di Giustizia all'interno dell'ottava sezione del parere sarebbero facilmente superabili attraverso un mero rimaneggiamento del progetto di accordo: a ben guardare, dunque, basterebbe che la suddetta Corte accettasse di sacrificare le sue più rigide posizioni, permettendo così ai negoziatori di addivenire ad una soluzione di compromesso.

Lungi dunque dal guardare alla riforma in oggetto come ad una questione chiusa, lo scopo del presente lavoro è quello di considerare i riflessi che l'eventuale adesione avrebbe in ambiti del diritto altri dall'europeo e l'internazionale⁵.

Più precisamente, a partire da una panoramica generale della giurisprudenza strasburghese relativa alla cd. "materia penale", in questa sede si intende riflettere sulle conseguenze che l'adesione avrebbe su tale materia, e in particolare sui relativi principi di legalità e colpevolezza. Tutto ciò al fine di cogliere i concreti benefici che da questa adesione potrebbero conseguire, specie per quanto concerne le garanzie penalistiche.

1.1. Diritto penale e CEDU: uno sguardo d'insieme.

Una premessa si impone: come noto, la CEDU non detta regole precise per una specifica branca del diritto, presentandosi piuttosto come un catalogo di diritti fondamentali applicabili in relazione ad ognuna di esse. Gli Stati contraenti, pertanto, a

² Il parere 2/13 della Corte di Giustizia, reso noto il 18 dicembre 2014, si inserisce in un clima istituzionale profondamente mutato: non solo il Trattato di Lisbona ha inserito a chiare lettere la base giuridica (esso ha difatti modificato l'art. 6 TUE, delineando al nuovo secondo paragrafo quello che dai più è stato definito un vero e proprio obbligo ad aderire), bensì il diciassettesimo Protocollo addizionale CEDU ha emendato l'art. 59 CEDU, aprendo l'adesione ad entità diverse da quelle statuali e, nello specifico, all'UE.

³ Cfr. H. LABAYLE, *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de Justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in <http://gdr.elsj.eu>, 22 dicembre 2014; M. PACINI, *L'accesso dell'UE alla CEDU: chiusura del cerchio o camicia di forza?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2015/2, pp. 756-763.

⁴ Tra i tanti contributi sul punto si vedano I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015; F. CHERUBINI, *In merito al parere 2/13 della Corte di Giustizia sull'adesione dell'UE alla CEDU: qualche considerazione critica ed uno sguardo de iure condendo*, in *Osservatorio costituzionale*, AIC, 2015; C. FINELLI, *I limiti imposti dal parere 2/13 della Corte di Giustizia dell'UE all'adesione dell'UE alla CEDU*, in <http://academia.it>, 2016.

⁵ In merito ai quali cfr., volendo, A.F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali – Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit.

pena di contravvenire agli obblighi internazionalmente assunti, sono tenuti al rispetto di tale catalogo, peraltro non esaustivo.

Questo aspetto risulta particolarmente evidente se ci si sofferma sull'ambito penale, in quanto solo in relazione al suo versante processuale è riscontrabile un forte impatto convenzionale. Il riferimento immediato è all'art. 6 CEDU, che sancisce il diritto all'equo processo, "[...] la disposizione di gran lunga più invocata dai ricorrenti nei giudizi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, tanto da risolversi, secondo la dottrina, in un conciso compendio di cosa significhi equa amministrazione della giustizia"⁶. Invece, fatta eccezione per gli articoli 3 e 7 CEDU – rispettivamente enuncianti il divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti ed il principio di legalità declinato nel corollario del divieto di retroattività della legge penale –, non compaiono nella Convenzione disposizioni che indichino in modo esplicito i principi cui il diritto penale sostanziale delle Parti contraenti dev'essere informato⁷.

L'irreperibilità nel testo convenzionale dei suddetti principi – a partire da quelli di colpevolezza e di offensività – ha sicuramente inciso sull'attività della Corte di Strasburgo: specie alle origini, difatti, alquanto scarna in tema di diritto penale sostanziale.

Peraltro, se è vero che la CEDU si limita a fissare un catalogo di diritti fondamentali inerenti all'essere umano, è anche vero che questi per definizione si prestano ad orientare ogni settore del diritto; in altre parole la CEDU, lungi dal non incidere nell'ambito del diritto penale sostanziale, risulta del tutto idonea a produrre i suoi effetti anche su di esso. Del resto, non si può sottacere come negli ultimi tempi la giurisprudenza della Corte EDU si sia caratterizzata per un netto incremento di indicazioni in merito al versante sostanziale del diritto criminale; le sentenze in questione, volte in particolare alla ricostruzione di quei principi portanti della materia che la Convenzione traslascia o declina diversamente, mirano a colmare, per l'appunto, le lacune del testo della stessa, rispetto alle quali la giurisprudenza più datata dei giudici di Strasburgo non aveva svolto alcuna opera di implementazione.

1.2. *L'analisi della giurisprudenza di Strasburgo in ambito punitivo e la creazione della "materia penale".*

Come noto, una delle caratteristiche più suggestive della giurisprudenza della Corte EDU risiede nella sua capacità di superare lo scarno dato testuale, dando nuovo slancio ad un trattato varato negli anni immediatamente successivi alla fine del secondo conflitto mondiale; l'indefessa attività del giudici strasburghesi permette, in questo modo, di rendere la CEDU attuale in ogni tempo, favorendo la formazione di posizioni al passo con le crescenti esigenze di tutela non sempre rispettate in ambito nazionale.

⁶ F. GAMBINI - A. TAMIETTI, *Art. 6*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, pp. 153 e ss.

⁷ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 32.

Se ne può avere un esempio laddove appunto si guardi al concetto di “materia penale”, il quale non trova definizione né nel testo originario della Convenzione, né nei suoi numerosi Protocolli. Detto concetto, che occupa un ruolo assolutamente centrale nell’elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, compare al suo interno solo a partire da metà degli anni settanta⁸; tuttavia, esso diviene ben presto oggetto di attenta analisi ed elaborazione, al punto che, ad oggi, sono individuabili veri e propri filoni giurisprudenziali in merito ai criteri attraverso i quali ricavarlo⁹.

Volendo dunque indicare la funzione principale della “materia penale”, va sottolineato come essa sia riferibile a quel complesso insieme di infrazioni e sanzioni che, indipendentemente dalla nomenclatura formale adottata dai singoli Stati, risulta caratterizzato dall’appartenenza ad una dimensione intrinsecamente afflittiva. La “materia penale”, dunque, liberando l’oggetto del ricorso dalle maglie degli inquadramenti nazionali, mira a garantire, da parte dei giudici della Corte, un’autonoma valutazione sia dell’illecito, sia della pena. Ne consegue che la costruzione di una nozione di materia penale disancorata dal formalismo dei singoli sistemi giuridici nazionali consente, oggi come quarant’anni fa, di evitare il fenomeno della cd. “frode delle etichette”: la quale si avrebbe ogniqualvolta in ambito nazionale venga considerato come extrapenale un illecito che, agli occhi della Corte EDU, appare “sostanzialmente penale”.

“Sacrificando almeno in parte i parametri tecnico-formali interni”¹⁰ e “facendo leva sulla propria duttilità concettuale”¹¹, la materia penale si è apprestata dunque a divenire una di quelle “nozioni cardine” della giurisprudenza della Corte EDU che assolvono all’arduo compito di rendere più omogenea l’applicazione della Convenzione, a prescindere dalle peculiarità statali¹².

Un approccio di questo tipo, in un primo momento non è parso tuttavia in grado di azzerare la discrezionalità statale circa la qualificazione dell’illecito. Ciò emerge, nello specifico, dalle più risalenti pronunce relative a violazioni dell’art. 7 CEDU¹³ in cui, riconoscendo un peso altamente decisivo alla qualifica nazionale, la Corte è arrivata addirittura ad escludere l’applicabilità della “ghiera delle garanzie penalistiche”¹⁴. In seguito però, principalmente in relazione a casi ex art. 6 CEDU, la Corte ha iniziato ad adottare indicatori sostanziali della natura dell’illecito¹⁵: questi, nel

⁸ La prima menzione della nozione di materia penale è rinvenibile nella pronuncia Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*.

⁹ Per l’analisi degli indirizzi giurisprudenziali creatisi in tema di materia penale si vedano A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, pp. 149 e ss.; V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 258 e ss.

¹⁰ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., pp. 256 e ss.

¹¹ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 280.

¹² Cfr. F. OST, *Originalité des méthodes d’interprétation de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Raisonner la raison d’état*, a cura di M. Delmas - Marty, Paris, 1989, pp. 448 e ss.

¹³ Cfr. Corte EDU, 18 giugno 1971, *De Wilde, Ooms, Versyp c. Belgio*.

¹⁴ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 280.

¹⁵ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell’uomo*, Milano, pp. 265 e ss.

corso del tempo, sono stati perfezionati e hanno condotto all'elaborazione di un concetto sostanziale di materia penale¹⁶.

Uno dei suddetti indicatori è quello della qualifica nazionale, circa il quale tuttavia la Corte non ha perso occasione di sottolineare il "valore formale e relativo"¹⁷; ad esso si aggiungono i più articolati criteri della natura dell'illecito e della natura/gravità della sanzione. In ogni caso, dalla disamina della giurisprudenza della Corte emerge come questi criteri vengano specificati attraverso numerosi sotto-criteri, sia di carattere oggettivo che soggettivo¹⁸.

Lo studio di questi, le cui ricadute pratiche sono apprezzabili in seno ad una casistica giurisprudenziale assai eterogenea, permette di giungere ad una conclusione. Il tentativo messo in atto dai giudici di Strasburgo – e per altro ben riuscito – di creare una nozione autonoma che vada "al di là dell'apparenza"¹⁹, si pone un fine preciso, quello di estendere le garanzie previste dal combinato disposto di una serie di norme CEDU di estrema rilevanza. Dette norme, che spaziano dagli articoli 6 e 7 della Convenzione agli articoli 2 e 4 del Protocollo 7²⁰, hanno un minimo comune denominatore, in quanto il loro perimetro di operatività risulta essere definito per l'appunto dalla materia penale.

Peraltro, va rilevato che l'elaborazione di quest'ultima opera "a senso unico": vale a dire solo ed esclusivamente qualora lo Stato non qualifichi come penale una sanzione che, in un'ottica sostanzialistica, andrebbe considerata tale, ma non qualora invece porti a precludere le suddette garanzie rispetto ad illeciti definiti *ab origine* penali. In sostanza, come espresso a chiare lettere nella celebre sentenza *Engel*, l'utilizzo della nozione in questione è esclusivamente votato ad estendere, e mai a restringere, la tutela di determinate situazioni.

È tuttavia opportuna un'ultima puntualizzazione. Laddove si decida di focalizzarsi sullo sviluppo convenzionale dei concetti di diritto penale sostanziale, non si può non notare come la nozione di materia penale ai sensi dell'articolo 6 CEDU sia intimamente connessa ad una ulteriore, elaborata a partire dall'articolo successivo; il quale, nel consacrare il principio di irretroattività della norma penale, fa riferimento alla nozione di "reato" (*infractio/criminal offence*).

¹⁶ Cfr. F. CONSULICH, "Materia penale" e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2006/1, p. 257.

¹⁷ Per tutte, Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*.

¹⁸ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., pp. 257.

¹⁹ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 260.

²⁰ Oltre ai summenzionati artt. 6 e 7 CEDU, si guardi anche all'art. 2 del Protocollo addizionale 7, che sancisce il diritto di revisione della condanna da parte di un'istanza giurisdizionale superiore per chiunque sia condannato per un illecito penale, nonché l'art. 4 del medesimo Protocollo, che stabilisce il principio del *ne bis in idem* nel processo penale.

1.3. (Continua) *L'autonomia della nozione di "legge" nella materia penale: un'equiparazione sostanziale.*

Come anticipato, la tendenza della Corte di Strasburgo di elaborare nozioni autonome trova la sua ragione di essere nella necessità di uniformare – per quanto possibile – realtà variegata, dando alla luce una sorta di “paradigma univoco” cui i legislatori nazionali possano rifarsi.

Ciò è evidente anche in relazione al concetto di “legge”, rinvenibile all'interno di numerose disposizioni convenzionali, tra cui il succitato art. 6 CEDU, contenente il sunto delle garanzie processualpenalistiche.

Come segnalato in dottrina, attraverso tale articolo la Corte dimostra di “non considera[re] i profili formali e procedurali che nei singoli sistemi concorrono a distinguere una norma di legge da ogni altra norma giuridica”²¹. La nozione di legge viene quindi investita di una qualificazione funzionale²², al fine di evitare che gli Stati si sottraggano agli obblighi convenzionali discendenti dalla legalità “con il semplice espediente di non chiamare legge ciò che legge può essere ai fini della Convenzione, ovvero di non chiamare penali una infrazione o una pena che tali devono essere considerate per rendere effettive le garanzie previste dagli articoli 6 e 7 della Convenzione [...]”²³.

In definitiva, l'approccio in questione è atto a far ricomprendere ogni testo normativo, qualunque sia il livello da questo occupato nella (rispettiva) gerarchia nazionale delle fonti; lungi dall'essere necessariamente di origine parlamentare, esso può dunque derivare anche da normative secondarie²⁴.

Tuttavia, l'aspetto più sorprendente di questo approccio, specie in un'ottica di confronto con il nostro ordinamento, risiede nell'attitudine della nozione convenzionale di legge a ricomprendere tanto il diritto scritto quanto quello non scritto²⁵. Una simile estensione, frutto di “quella fusione di orizzonti tra universo di *civil* e di *common law*”²⁶, è d'altra parte giustificabile in ragione della volontà di non escludere dalla tutela convenzionale gli ordinamenti di *common law*, o comunque atti a tollerare il ricorso a fonti penali di natura non strettamente legislativa.

²¹ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n.2, 2008, p. 75.

²² Cfr. M. DELMAS-MARTY, *L'égalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, 1989, pp. 151 e ss.

²³ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, cit., p. 76.

²⁴ Si vedano, a tal proposito, le sentt. Corte EDU, 25 marzo 1985, *Barthold c. Germania*; 17 febbraio 2004, *Maestri c. Italia*. Nella prima di queste due sentenze, la Corte ha ritenuto equiparabili alla legge le regole disciplinari del Consiglio dei Veterani, mentre nella seconda le delibere di carattere generale del Consiglio superiore della Magistratura.

²⁵ Si vedano, tra le tante, le sentt. Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, par. 35; 8 luglio 1999, *Baskaya e Okcuoglu c. Turchia*, par. 36.

²⁶ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 274.

Per lo stesso motivo, alla fonte scritta, qualsiasi sia il procedimento di produzione da cui essa derivi – in altre parole, alla *statutory law* –, è del tutto equiparata la fonte giurisprudenziale – la *judicial law* –; d’altro canto, “è comunque il diritto vivente, scritta o giurisprudenziale che ne sia la fonte, che deve rispondere ai requisiti di legalità richiesti”²⁷.

Se si considera anche il fatto che, all’interno della categoria di “diritto non scritto”, viene ricompreso persino il diritto consuetudinario, appare lampante quanto l’assetto dalla giurisprudenza strasburghese risulti particolarmente distante da quello dei Paesi continentali.

A questi rilievi è poi necessario aggiungerne uno che, traducendosi in una diretta conseguenza dell’equiparazione del formante giurisprudenziale alla legge, si avrà modo di riprendere in occasione dell’analisi della giurisprudenza della Corte EDU circa i profili qualitativi della legalità: posto che, in ambito convenzionale, è richiesto il rispetto di alcuni parametri connessi al comando legale, quali l’accessibilità e la prevedibilità, ne deriva che, anche in presenza di un “precetto giurisprudenziale”, esso debba essere *foreseeable e predictable*. In altre parole, come sottolineato in dottrina, quest’ultimo deve essere costruito in modo tale da rispettare “[...] i criteri [...] le cui esigenze di certezza legale si compenetrano con le istanze di conoscenza/conoscibilità da parte dei consociati”²⁸, determinando la necessità che anche il formante giurisprudenziale soggiaccia alla garanzia massima dell’irretroattività²⁹.

2. Gli effetti dell’adesione sulla materia penale.

Come anticipato nel paragrafo introduttivo, l’adesione dell’Unione europea alla CEDU, questione prettamente inerente al diritto internazionale, si presta tuttavia a considerazioni che escono dall’alveo di quest’ultimo.

Difatti, se ci si sofferma sulla *ratio* principale dell’adesione, ovvero il completamento del quadro di protezione dei diritti fondamentali, si evince come essa non possa non ispirare riflessioni su tematiche afferenti innanzitutto al diritto costituzionale, quali la tutela multilivello ed i suoi attesi risvolti nell’ordinamento interno.

Certamente, è possibile indagare gli effetti dell’adesione anche in ambito penalistico: le premesse di tale ricerca, che ci si appresta ad indicare, appaiono però non del tutto lineari.

In primo luogo, come ricordato in precedenza, “non c’è dubbio che l’impatto pratico della CEDU e della relativa giurisprudenza [...], almeno in materia di diritto

²⁷ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, cit., p.77.

²⁸ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 274.

²⁹ Circa l’analisi dei cd. “profili comunicativi” nell’ambito della giurisprudenza strasburghese si veda D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *La legislazione penale*, 5 giugno 2017, pp. 36 e ss.

penale sostanziale, possa apparire sotto molti aspetti limitato³⁰; al di là di questo atteggiamento di *self-restraint*, – per altro oggi in parte abbandonato –³¹, è comunque evidente come la giurisprudenza di Strasburgo in materia penale abbia funto da stimolo al superamento di concezioni prettamente domestiche. Queste ultime, frutto di bilanciamenti ispirati a logiche interne, presentano disomogeneità notevoli, ma non tali da paralizzare la Corte: attraverso “ricostruzioni [...] più conformi alla logica funzionale”³², essa ha dimostrato di saper cogliere i connotati maggiormente peculiari delle singole nozioni, esaltandone quei tratti che meglio si prestavano a rispondere alle istanze garantiste di cui è portavoce.

In secondo luogo, d'altra parte, è proprio quello penalistico l'ambito nel quale viene più in considerazione il *topos* delle garanzie; il fine a cui tale “ricerca del compromesso”³³ è volta risulta essere in questo senso assai indicativo. Ad esempio, si è visto come attraverso l'estensione dei confini di concetti quali “materia penale” o “legge”, si palesi l'intento di dare ai diritti dell'uomo una tutela che non rimanga sulla carta, ma che si connoti, al contrario, per la sua effettività.

Inoltre, in merito alla elaborazione giurisprudenziale in tema di legalità penale è possibile svolgere un duplice ordine di considerazioni, che denotano come questa attività ermeneutica sia sorretta dal medesimo intento quale che sia l'approccio – estensivo o restrittivo – dato alla nozione di legalità penale. In chiave estensiva, infatti, la Corte di Strasburgo ha “allargato” la suddetta nozione e, superando la ristrettezza del dato testuale, ha dato riconoscimento in via pretoria a corollari di fondamentale importanza quale quello della retroattività *in melius*; viceversa, in chiave restrittiva, ha guardato al nucleo essenziale della garanzia, sfronando la legalità penale di quei tratti espressivi di una concezione nazionale che, per quanto indicatori di un elevato livello di civiltà giuridica, in un'ottica più ampia, fungono da ostacolo ad un'elaborazione univoca ed efficace della nozione in oggetto.

Il filo conduttore è dunque quello delle garanzie, che si ritengono valorizzabili anche in ambito penale grazie all'adesione dell'UE alla CEDU. Posto infatti che uno dei principali effetti della futura adesione consisterebbe nell'assoggettamento della Corte di Lussemburgo ai dettami di quella di Strasburgo, tenuto conto tra l'altro dei poco lusinghieri risultati sinora ottenuti dalla prima in sede di implementazione dei principi penalistici ai fini di una loro valorizzazione in prospettiva garantistica, sarebbe evidente l'effetto benefico derivante dalla diretta sottoposizione delle fonti penali europee al vaglio dei giudici di Strasburgo.

³⁰ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 337.

³¹ Cfr., *supra*, sub par. 1.1.

³² E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 346.

³³ I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 101.

2.1. Le risposte all'istanza legalitaria nella giurisprudenza di Strasburgo: il superamento delle barriere testuali.

“Nella materia penale, il principio di legalità assume un valore centrale nel quadro dello Stato di diritto”³⁴: questa affermazione di Vladimiro Zagrebelsky rispecchia un'intera cultura giuridica moderna che vede nell'istanza legalitaria uno dei capisaldi non solo del diritto, ma della stessa civiltà.

Benché il principio in questione conosca precedenti storici a partire dal diritto romano – per poi trovare più puntali consacrazioni in quello comunale e nella criminalistica medioevale –, esso nella sua configurazione moderna è frutto di una conquista del pensiero illuministico liberale di metà diciottesimo secolo³⁵. In ogni caso, nel sistema della CEDU il principio di legalità assurge ad “una ben precisa scelta di carattere ideologico”³⁶: era difatti condivisa tra gli Stati membri della Convenzione europea la volontà di creare, con l'art. 7 CEDU, un distacco da quegli indirizzi di politica criminale che erano stati attuati nel corso dell'esperienza nazionalsocialista.

Come noto, il principio di legalità trova il suo fondamento convenzionale nell'articolo succitato; tuttavia è opinione condivisa in dottrina che detto principio permei interamente la CEDU³⁷, essendo esplicitamente evocato in molte altre disposizioni di quest'ultima³⁸. Si può pertanto affermare che esso appartenga al “nocciolo duro” della Convenzione, così da risultare “immune da possibili deroghe”³⁹.

L'art. 7 CEDU, comunque, si limita a delineare al suo interno il corollario dell'irretroattività della norma penale: così facendo, riconosce a ciascun cittadino il diritto di non poter essere condannato per un fatto che, al momento della sua commissione, non costituiva reato, così come il diritto di non essere assoggettato a pene più gravi di quelle all'epoca previste dalla legge.

Sebbene dottrina e giurisprudenza siano unanimi nello scorgere nel modello di legalità tratteggiato dalla CEDU la consacrazione dei principi penalistici generali del

³⁴ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, cit., p. 74.

³⁵ Cfr. G. TOSCANO, *The principle of nullum crimen sine lege in the construction of European Criminal Law*, in *Human rights in European Criminal Law*, a cura di S. Ruggieri, Zurigo, 2015, pp. 31 e ss. ed, in particolare, p. 33.

³⁶ M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 84.

³⁷ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 250; P. ROLLAND, *Article 7*, in *La Convention européenne des droits de l'homme*, a cura di L.E. Pettiti, E. Decaux, P.I.I. Imbert, Paris, 1999, p. 294.

³⁸ Il riferimento è agli artt. 5, 6, 8, 9, 10, 11 CEDU, in cui si fa riferimento alla possibilità di comprimere o limitare i diritti in essa sanciti solo “nei casi tassativi”, nei modi “previsti dalla legge”, o nei casi in cui sia necessario proteggere altri interessi, a condizione tuttavia che l'ingerenza che ne deriva sia “prevista dalla legge”.

³⁹ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 250. Il riferimento è all'art. 15 CEDU, che consente agli Stati contraenti la possibilità di derogare, in circostanze eccezionali, alle obbligazioni da essi assunte a tutela dei diritti fondamentali della persona umana. In particolare, il secondo paragrafo recita che “La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'art. 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra e agli artt. 3, 4.1 e 7”.

nullum crimen sine lege e del *nulla poena sine lege*⁴⁰, appare palese che detto modello non coincida con quello accolto dagli ordinamenti penali continentali. Come da molti sottolineato, risulta *ictu oculi* che la CEDU formuli il principio di legalità in modo assai poco incisivo, dato che l'art. 7 non fa menzione dei tre perni sui quali il principio in questione si basa nei sistemi di *civil law*, ossia la riserva di legge, la tassatività-determinatezza ed il divieto di analogia. Per altro verso, poi, la nozione convenzionale comprende, come già anticipato, tanto il diritto scritto quanto quello non scritto. A questi aspetti, di per sé già sufficientemente forieri di perplessità in seno alla dottrina penalistica continentale, deve aggiungersi un ulteriore rilievo: è lacuna di non poco conto anche la mancata menzione nel testo convenzionale di un corollario che invece compare nella versione di tale principio rinvenibile nella Carta dei diritti fondamentali UE; si allude, beninteso, al corollario della retroattività della norma più mite.

In altre parole, il principio di cui all'art. 7 CEDU, se confrontato sia con le "legalità nazionali" sia con la "legalità UE", appare carente dal punto di vista contenutistico. L'urgenza – avvertita assai prontamente in dottrina – di estendere il più possibile la portata del principio di legalità convenzionale ha dato luogo, pertanto, ad una giurisprudenza mirata al riconoscimento di un carattere più generale ad una disposizione che, per sua stessa natura, si presenta come la risultante di una complessa operazione di "taglia-e-cuci" tra tradizioni e testi costituzionali votati a valori e logiche differenti.

Prima di soffermarsi, nello specifico, su come la Corte EDU abbia superato l'ultima delle suddette lacune, è peraltro bene fare una riflessione preliminare.

Come già accennato, il principio "europeo" di legalità trova la sua consacrazione in un testo di gran lunga più recente della Convenzione di Roma, ovvero nella Carta di Nizza, e precisamente nel suo art. 49; ma i contenuti di quest'ultimo "non vanno molto più in là rispetto a quelli sanciti cinquant'anni prima dall'art. 7 CEDU"⁴¹.

Tale articolo, infatti, risulta formulato in modo alquanto simile all'art. 7 CEDU, dato che al primo paragrafo riprende il corollario classico dell'irretroattività della legge e delle pene in materia penale, mentre al secondo ripropone e fa salva (in termini assolutamente identici, ad eccezione che per l'aggettivo "civili" riferito a nazioni, mancante nella versione di Nizza) la punibilità di condotte ritenute criminali in base ai principi generali di diritto⁴². Volendo dunque confrontare la formulazione convenzionale con quella UE, l'elemento più eclatante è individuabile nell'assenza nella prima della retroattività favorevole, che si inserisce del resto in una lunga tradizione inaugurata dal Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, come si sa adottato nel 1966 ed entrato in vigore nel 1976.

⁴⁰ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 56; M. DE SALVIA, *La giurisprudenza di Strasburgo sui diritti dell'uomo*, in *Giustizia penale*, 2000/1, pp. 148 e ss.; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 42 e ss.

⁴¹ A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009/1, p. 46.

⁴² Cfr. A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 297.

Se a tale carenza pareva che gli Stati potessero rimediare invocando l'art. 53 CEDU, è ad ogni modo fuori discussione il fatto che sotto questo profilo la Convenzione si dimostrasse meno garantista. Come rilevato, probabilmente erano state proprio le asimmetrie tra i sistemi dei Paesi contraenti, e quindi il mancato riconoscimento di una tradizione costituzionale comune in merito alla retroattività favorevole, ad indurre il Consiglio d'Europa a non prevedere una più articolata formulazione del principio di legalità penale⁴³. Inoltre, l'inserimento di questa ulteriore declinazione della legalità avrebbe potuto sollevare forti resistenze, specie da parte di quegli Stati i cui apparati giudiziari fossero impreparati a sostenere la revisione, alla luce della *lex mitior*, di procedimenti già definiti⁴⁴.

L'occasione per l'allargamento – in via pretoria si intende – delle maglie della legalità, si presentò con il caso *Scoppola*⁴⁵, di cui sembra opportuno ripercorrere brevemente le vicende in questa sede.

Il ricorrente, tale Franco Scoppola, rinviato in giudizio in primo grado per reati quali l'omicidio, i maltrattamenti in famiglia ed il porto d'arma proibita, aveva optato per il rito abbreviato; la versione del codice di rito vigente al momento della commissione del fatto, nello specifico, prevedeva la conversione della pena dell'ergastolo in trent'anni di reclusione. Il giorno stesso in cui il GUP aveva pronunciato sentenza di condanna nei confronti dell'imputato, tuttavia, era entrato in vigore un decreto-legge⁴⁶ che apportava modifiche notevoli alla disciplina del suddetto rito speciale, in particolare prevedendo nel caso del concorso di reati la sostituzione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno con quella dell'ergastolo semplice. La Procura Generale presso la Corte d'Appello di Roma aveva dunque proposto senza indugio ricorso per Cassazione avverso tale pronuncia, sostenendo che il GUP avrebbe dovuto applicare la nuovissima disposizione. La Corte d'Assise d'Appello, con sentenza datata 10 gennaio 2002, aveva allora condannato il signor Scoppola all'ergastolo, in quanto il decreto in questione, per quanto peggiorativo del trattamento sanzionatorio dell'imputato, era una norma procedurale e come tale, in virtù del principio *tempus regit actum*, doveva essere applicata a qualsiasi processo in corso. A nulla era servito il ricorso per Cassazione proposto da Scoppola il quale, esauriti i rimedi giurisdizionali interni, aveva rimesso la questione ai giudici di Strasburgo, asserendo la violazione sia dell'art. 6, sia dell'art. 7 CEDU.

Tra gli argomenti delle parti intervenute in udienza, spicca in particolare quella del ricorrente che si definiva vittima di un'applicazione retroattiva della legge penale⁴⁷,

⁴³ F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 427.

⁴⁴ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 252.

⁴⁵ Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

⁴⁶ Dl. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. n. 4 del 19 gennaio 2001.

⁴⁷ Si veda, a tal proposito, il par. 80 della suddetta pronuncia: "Il ricorrente nota in primo luogo che, secondo la giurisprudenza interna [...], l'art. 442 del C.P.P., che indica la pena da infliggere in caso di adozione della procedura con rito abbreviato, nonostante il suo inserimento nel C.P.P., è una disposizione di diritto penale materiale. In effetti [...], questa clausola non avrebbe ad oggetto la procedura di

in quanto al momento della pronuncia da parte del GUP non era ancora conosciuto il decreto-legge in esame⁴⁸. Inoltre, il sig. Scoppola argomentava sostenendo che l'art. 7 CEDU garantisse non solo il divieto di retroattività della legge penale, ma anche il principio secondo il quale, ove la legge in vigore al momento in cui è stato commesso il reato e quelle successive siano diverse, occorre applicare quella più favorevole all'accusato.

Ad avallare la tesi del ricorrente, accolta anche dal giudice di Strasburgo, era quel "consenso progressivamente formatosi a livello europeo ed internazionale"⁴⁹, deducibile non solo sulla base di un'ampia rassegna dei trattati, bensì della stessa giurisprudenza europea⁵⁰. Era stato proprio tale consenso, del resto, a permettere alla Corte di giustificare l'abbandono del precedente *restraint*, per altro indicando in motivazione come la pronuncia costituisse un vero e proprio *overruling*.

A prescindere dalle critiche mosse alla sentenza in questione⁵¹, condivisibili o meno che esse siano, è innegabile come il caso *Scoppola* rappresenti una delle vicende giudiziarie in relazione alle quali la Corte EDU, spesso caldeggiata dalla dottrina, ha colto l'occasione di estendere la legalità oltre i ristretti limiti testuali in cui essa risultava imbrigliata. Trattasi pertanto di una vera e propria tendenza – che denota del resto la valenza garantistica delle pronunce strasburghesi – apprezzabile anche con riferimento al riconoscimento di altro caposaldo del diritto penale contemporaneo, i.e. il divieto di analogia *in malam partem*⁵².

esecuzione della pena, ma la determinazione di quest'ultima. Dovrebbe quindi essere considerata come legge penale nel senso dell'art. 7 della Convenzione".

⁴⁸ Si veda, a tal proposito, il par. 81 della suddetta pronuncia: "Il ricorrente sottolinea che l'ultima udienza innanzi al GUP di Roma è iniziata il 24 novembre 2000 alle ore 10:19. Il GUP ha pronunciato la sua sentenza immediatamente dopo l'udienza. Lo stesso giorno, è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale ed è entrato in vigore il decreto-legge n. 341. La Gazzetta ufficiale è apparsa nel pomeriggio. Il ricorrente deduce che, quando il giudice ha pronunciato la sua sentenza, il decreto-legge n. 341 del 2000 non era ancora in vigore e non poteva essere conosciuto".

⁴⁹ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 284.

⁵⁰ Il riferimento è non solo all'art. 49 della Carta di Nizza, bensì anche all'art. 15 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 9 della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, citati dallo stesso ricorrente. In giurisprudenza, invece, si guardi alla sentenza della Corte di Giustizia del 3 maggio 2005, in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*

⁵¹ Cfr. F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, cit., pp. 426 e ss.

⁵² A partire dalla prima metà degli anni novanta del secolo scorso (Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*) emerge nella giurisprudenza di Strasburgo anche il divieto di analogia *in malam partem*. In particolare, si veda il par. 52 della pronuncia in questione: "L'art. 7 non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale, [...] ma consacra anche, in generale, il principio di legalità dei delitti e delle pene ed il divieto di applicazione della legge penale in modo estensivo, ad esempio in modo analogico". Tale divieto è ribadito nelle sentenze Corte EDU, 24 febbraio 2009, *Protopapa c. Germania*; 13 gennaio 2011, *Schumer c. Germania*.

2.2. (Continua) I più recenti sviluppi del *nullum crimen sine lege*.

Come anticipato, la formulazione convenzionale della legalità non appare del tutto compatibile con quella degli ordinamenti di *civil law*: sotto il profilo contenutistico, infatti, per un verso risulta deprivata del corollario della riserva di legge⁵³, per altro verso arricchita dei requisiti qualitativi della legge estranei alla tradizione di molti Paesi del vecchio continente. Si allude, beninteso, ai requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità, qualità "necessari[e] ed apprezzabili sia in relazione alla produzione legislativa che a quella giurisprudenziale"⁵⁴.

D'altro canto, è interessante notare come i canoni in questione siano stati elaborati inizialmente in relazione ad un contesto del tutto slegato da quello della legalità: in effetti, essi sono affiorati per la prima volta in una celebre pronuncia⁵⁵ in cui la Corte EDU era chiamata ad accertare una violazione della libertà di espressione (art. 10 CEDU) in un caso di *contempt of court*. La sentenza *Sunday Times c. Regno Unito*, dunque, ha gettato le basi per un'ampia riflessione sulla legge penale, comprensiva da un lato della verifica della concreta fruibilità della stessa da parte del cittadino, dall'altro della possibilità, una volta compreso il contenuto, di fare previsioni sulla sua applicazione.

L'arresto *Sunday Times* è stato seguito negli anni da altre pronunce – invero, nemmeno troppo numerose –, che hanno permesso di definire in modo più specifico il contenuto dei corollari dell'accessibilità e della prevedibilità⁵⁶; tuttavia, almeno in un primo momento, l'atteggiamento della Corte di Strasburgo è parso alquanto cauto, cosicché solo in un numero relativamente esiguo di casi l'inosservanza di questi canoni ha condotto ad una condanna.

Di recente, però, si sono potuti registrare segnali di un'inversione di tendenza, rappresentati da una serie di decisioni⁵⁷ che potrebbero definirsi antesignane rispetto a quella che occuperà gran parte delle prossime pagine. In esse, difatti, la Corte EDU ha intensificato l'utilizzo dei succitati requisiti qualitativi della legge penale al fine di riconoscere violazioni del *nullum crimen* a fronte di applicazioni giurisprudenziali imprevedibili di norme entrate in vigore prima della commissione del fatto.

In particolare, merita di essere ricordato l'*affaire* Pessino, nel quale il ricorrente – un cittadino francese condannato per un reato in materia urbanistica sulla base di un mutamento *in peius* della giurisprudenza della Corte di Cassazione (il fatto, vigente la precedente interpretazione, non costituiva nemmeno reato) – aveva rimesso alla Corte il vaglio circa la prevedibilità della norma applicata. Il giudice di Strasburgo, ritenendo

⁵³ Cfr. F. VIGANÒ, [Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?](#), in *questa Rivista*, 5 aprile 2017, p. 9.

⁵⁴ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 260.

⁵⁵ Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

⁵⁶ Si vedano, ad esempio, le sentenze Corte EDU, 30 marzo 1989, *Chappel c. Regno Unito*; 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera*. Per una disamina specifica di come i requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità siano stati elaborati dalla Corte EDU cfr. A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., pp. 260 e ss.

⁵⁷ Si vedano le sentenze Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*; 24 maggio 2007, *Dragotoniū e Militaru-Pidhorni c. Romania*; 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*.



2/2018

che per il cittadino fosse difficile – se non addirittura impossibile – prevedere il suddetto *outruling*, aveva condannato la Francia decretando una violazione dell’art. 7 CEDU, in virtù di quel “valore garantistico fondamentale dell’esclusione di imprevedibili sorprese da parte delle autorità pubbliche, giudici compresi, nei confronti dei diritti e delle libertà individuali”⁵⁸.

Sulla scorta di questa pronuncia si colloca anche *l’affaire Contrada c. Italia*⁵⁹, il quale rappresenta, fuor d’ogni dubbio, uno dei casi più noti e significativi tra quelli portati negli ultimi anni dinanzi alla Corte europea: a dimostrarlo è proprio il fiume di commenti succedutisi alla pubblicazione della relativa sentenza, la quale ha portato alla ribalta tematiche interessanti sul piano tanto del diritto penale sostanziale, quanto del diritto processuale.

Senza ora riprendere l’intera vicenda giudiziaria, peraltro arcinota alle cronache, basti in questa sede ricordare come il caso in oggetto avesse preso le mosse da una condanna inflitta nel 1996 dal Tribunale di Palermo ad un soggetto ritenuto colpevole di concorso cd. “esterno” in associazione di stampo mafioso per fatti commessi tra il 1979 ed il 1988. L’imputato, appellando la sentenza, aveva addotto che l’applicazione della norma penale (l’art. 110 C.P. in combinato disposto con l’art. 416 bis C.P.) riguardante il concorso esterno nel reato associativo in questione fosse tutt’altro che prevedibile. D’altronde, tale applicazione rappresentava il risultato di un’elaborazione giurisprudenziale successiva all’epoca dei fatti ascrittigli: per l’appunto, il *leading case* in materia è identificato nella sentenza della Cassazione *Demitry*⁶⁰ del 1994, in cui le Sezioni Unite si sono per la prima volta pronunciate in senso favorevole a tale possibilità.

Non trovando accoglimento le sue doglianze nei successivi gradi di giudizio – i cui esiti furono decisamente infausti –, il condannato lamentò dinanzi alla Corte EDU la violazione dell’art. 7 CEDU, nello specifico con riferimento al corollario non scritto della prevedibilità.

Ciò detto, il giudice di Strasburgo si era dunque ritrovato a dover comprendere se, al momento della commissione dei fatti, la legge italiana fosse chiara nel definire la fattispecie e se le conseguenze della condotta fossero facilmente conoscibili dal ricorrente⁶¹; e, sulla base del *mare magnum* di posizioni divergenti sulla questione in esame⁶² – che di fatto denotava l’assenza di una linea chiara ed univoca, sia in dottrina,

⁵⁸ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, cit., p. 107.

⁵⁹ Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

⁶⁰ Cass., SS.UU. Pen., 5 ottobre 1994, 16, *Demitry*.

⁶¹ “La Corte ritiene che la questione che si pone nella presente causa sia quella di stabilire se all’epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l’aiuto dell’interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale”, Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada*, par. 64.

⁶² Sul punto si vedano, per tutti, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada ed i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2015/9, pp. 1061 e ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di “diritto penale giurisprudenziale”, “partecipazione” e “concorso esterno”*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale*

sia in giurisprudenza – aveva concluso sottolineando come il reato contestato fosse frutto di un’elaborazione giurisprudenziale consolidatasi successivamente al *tempus commissi delicti*. La Corte EDU pertanto, ritenendo che le plurime condanne domestiche confliggevano col corollario della prevedibilità così come sviluppato dalla giurisprudenza strasburghese, aveva condannato l’Italia.

Ora, a prescindere dalle molte critiche mosse alla pronuncia strasburghese – tra le quali, in particolare, l’eccessiva radicalizzazione della formazione giurisprudenziale della figura del concorso esterno⁶³ –, è interessante soffermarsi sulle diverse concezioni di legalità che ne emergono.

Da un lato, una concezione di legalità meno “sostanziale” ma efficace, la quale, ponendo l’accento più sul contenuto della norma che sulla sua forma⁶⁴, permette di allargare le maglie della discrezionalità del giudice che così viene investito di una vera e propria funzione creatrice della legge penale; dall’altro lato, invece, una concezione di legalità più “elaborata”, particolarmente attenta ai profili formali e gelosamente ancorata al corollario della riserva di legge.

Dinanzi ad un simile quadro, in fin dei conti, comprendere quale tra le due concezioni invocate risulti essere preferibile significa riflettere su quale, tra esse, permetta di addivenire nel caso in esame alla soluzione più garantista per l’imputato.

Dunque, è interessante notare come *intra domesticos parietes*, pur in assenza di un dato legislativo univoco e a fronte di una perdurante incertezza interpretativa, l’autorità giudiziaria abbia optato con tanta convinzione per la colpevolezza del ricorrente. E come, viceversa, *extra domesticos parietes*, in un contesto obiettivamente meno elegante ed incline alla valorizzazione del formante giurisprudenziale al punto da farne talvolta una fonte di legge, il giudice convenzionale abbia ritenuto che le condanne interne fossero state inflitte in totale spregio del principio di legalità e, segnatamente, del suo requisito della prevedibilità⁶⁵.

E proprio queste osservazioni permettono di cogliere, a parere di chi scrive, l’unicità della posizione strasburghese: ragionando in questo senso, difatti, la condanna dell’Italia non appare più tanto eccessiva, costituendo invece un monito per tutti e quarantasette gli apparati giudiziari del Consiglio d’Europa.

L’approccio della Corte EDU, pur lasciando intravedere tendenze non combacianti *in toto* con quelle nostrane, sembra pertanto convincente laddove esso sia funzionale alla valorizzazione delle garanzie penali nello spazio giuridico europeo; spazio giuridico che, nell’ottica futuribile dell’adesione dell’Unione alla CEDU, sarebbe caratterizzato da una nuova geometria di poteri ed assisterebbe al dominio assoluto della Corte di Strasburgo, monopolista indiscussa di tutte le fonti e della loro interpretazione.

probatorio. Un contributo all’analisi e alla critica del diritto vivente, a cura di L. Picotti, F. Viganò, G. Fornasari, A. Melchionda, Padova, 2005, pp. 318 e ss.

⁶³ Cfr. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada ed i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1062.

⁶⁴ M.G. FLICK, *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo tra Corte di Giustizia, Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte Costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2014/4, 1 e s.

⁶⁵ G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, cit., p. 17.

2.3. La giurisprudenza di Strasburgo in tema di *nulla poena sine culpa*: evoluzione o involuzione?

È ora opportuno spostare l'attenzione sugli sviluppi *extra moenia* di un altro caposaldo del diritto penale, vale a dire il principio di colpevolezza.

Il *nullum crimen sine culpa*, pur non essendo materialmente rinvenibile né nella Carta di Nizza, né nella Convenzione, trova sovente riconoscimento nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU. Una giurisprudenza nient'affatto lineare, i cui arresti tradiscono le difficoltà incontrate dai giudici strasburghesi nell'elaborazione del suddetto principio.

Il silenzio delle carte europee circa il principio *de quo* non è passato inosservato alla dottrina, la quale tuttavia, in particolare per il *contesto UE*, ha addotto accettabili giustificazioni.

In primo luogo, la causa della mancanza di qualsiasi riferimento al principio di colpevolezza nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea va rinvenuta nell'assenza di una competenza penale europea di parte generale nei trattati. Come noto, difatti, una competenza del legislatore europeo in ambito punitivo – seppur concorrente, settoriale e indiretta – si è affermata a chiare lettere solo a partire dal Trattato di Lisbona e limitatamente all'armonizzazione della c.d. parte speciale delle legislazioni penali sostanziali dei vari Stati membri, “con conseguente esclusione della c.d. parte generale del diritto penale”⁶⁶.

In secondo luogo, la scarsa attenzione dedicata dalla Corte di Giustizia al principio di colpevolezza può essere spiegata in forza della vocazione prettamente economica di cui i testi e gli organi di Lussemburgo da sempre si fanno portavoce⁶⁷.

Focalizzandosi invece sul *contesto convenzionale*, ha sorpreso non poco il ritardo nel riconoscimento di tale principio da parte della Corte di Strasburgo, da sempre maggiormente accorta alle istanze garantiste⁶⁸. L'unico appiglio, tanto per *uno* che per *l'altro contesto*, è stato rinvenuto per lungo tempo nel principio scritto della presunzione di innocenza, il quale nella Carta trova espressione all'art. 48, mentre nella CEDU all'art. 6.2.

⁶⁶ Cfr. F. ROSSI, [Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 108 ss.

⁶⁷ Si tratta essenzialmente della medesima ragione per cui, almeno fino ai primi anni duemila, l'elaborazione giurisprudenziale lussemburghese in tema di *nulla poena sine lege* è parsa scarna ed insoddisfacente. D'altra parte, nonostante qualche recente indubbio sviluppo (si veda, ad esempio, Corte di Giustizia, 8 febbraio 2007, C-3/06, *P. Groupe Danone c. Commissione*, con nota di A. BALSAMO, *L'applicazione del principio di irretroattività al precedente giurisprudenziale contra reum: le indicazioni della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cassazione penale*, 2007, pp. 2202 e ss.), essa ancora oggi presenta di tanto in tanto esiti deludenti, che dimostrano di fare totale spregio della portata garantistica del principio di legalità, cfr. A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., pp. 37 e ss.

⁶⁸ Cfr. G. PANEBIANCO, *Il principio del nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014/3, p. 1329.

L'ancoraggio al parametro in questione compare per la prima volta nell'arresto che, unanimemente, è considerato il *leading case* in materia di "presunzioni di colpevolezza e situazioni analoghe"⁶⁹. Trattasi della *Salabiaku c. Francia*⁷⁰, risalente pronuncia strasburghese in cui i giudici – sottolineando come la dichiarazione della responsabilità penale debba fare luce, oltre che sull'elemento materiale, su "*un certain élément intentionnel*" – hanno di fatto fornito un primo tassello per la definizione della colpevolezza a livello europeo. Ciò nonostante, la Corte EDU in questa pronuncia, scaturita dal ricorso di un cittadino francese che era stato condannato a causa dell'intervento di una presunzione legale, sembra essere rimasta legata ad un giudizio di non compatibilità tra la condanna inflitta e la presunzione di innocenza. Pertanto, come evidenziato in dottrina, nella pronuncia in questione pare che i giudici abbiano operato uno slittamento dalla nozione di responsabilità penale a quella di colpevolezza⁷¹.

Una vera e propria inversione di tendenza in materia si registra solo a partire dall'*affaire Sud Fondi c. Italia*: senza ora riprendere la nota vicenda cui fa da sfondo il litorale barese⁷², basti in questa sede ricordare come questa pronuncia sia stata oggetto di studio per svariate ragioni.

Due in particolare sono gli spunti di riflessione offerti dalla sentenza *Sud Fondi*: il primo, contenuto nella decisione di ricevibilità del ricorso⁷³, attiene alla qualificazione della confisca urbanistica come sanzione penale, in sostanziale continuità con l'orientamento giurisprudenziale di Strasburgo in materia⁷⁴. Il secondo spunto, invece, offerto dalla decisione sul merito⁷⁵, ed in particolare dalla parte motiva della stessa che ci si appresta ad analizzare, attiene alla timida costruzione da parte dei giudici EDU di una colpevolezza slegata dalla presunzione di innocenza.

Ripercorrendo i passi della Corte, se, in *prima battuta*, l'impianto argomentativo della decisione di merito poggiava sulle sue ormai consolidate posizioni circa i contenuti qualitativi del principio di legalità, in *seconda battuta* – e, nello specifico, a partire dal par. 91 – il suo ragionamento pareva aprirsi ad asserzioni del tutto inedite. Seppur puntualizzando che "l'art. 7 non menziona espressamente il legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l'autore"⁷⁶, i giudici strasburghesi invero osservavano come, sia la logica della pena e della punizione, sia la nozione stessa di colpevolezza, richiedano un'interpretazione più ampia dell'art. 7. Queste tutte, a dire della Corte, sembrerebbero difatti esigere "un

⁶⁹ G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 381.

⁷⁰ Corte EDU, 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*.

⁷¹ G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, cit., p. 390.

⁷² Cfr. F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Diritto penale e processo*, 2009/12.

⁷³ Corte EDU, 30 agosto 2007 (decisione di ricevibilità del ricorso), *Sud Fondi c. Italia*.

⁷⁴ Cfr., *supra*, sub par. 1.2.

⁷⁵ Corte EDU, 20 gennaio 2009 (decisione sul merito), *Sud Fondi c. Italia*.

⁷⁶ *Ivi*, par. 91.

legame di natura intellettuale [...] che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato"⁷⁷.

L'affermazione di tale ultroneo requisito, delineato in chiave garantista a fondare la punibilità del reo, era poi completata da successive osservazioni, in cui la Corte EDU sottolineava come sarebbe stato del tutto incoerente esigere una base legale accessibile e prevedibile se, al contempo, una persona avesse potuto essere ritenuta colpevole – e conseguentemente punita – a fronte di un errore ad essa non imputabile. Aveva pertanto concluso definendo la confisca applicata al caso di specie una sanzione arbitraria comportante una violazione dell'art. 7 CEDU⁷⁸.

Sforzandosi dunque, "per necessità sistemica"⁷⁹, di declinare la legalità penale in chiave soggettiva, la Corte EDU aveva ivi riconosciuto per la prima volta come una sanzione, peraltro riconducibile all'alveo della materia penale sulle base di una valutazione ancorata a criteri sostanziali, non potesse mai prescindere dall'accertamento di un profilo di rimproverabilità a carico dell'autore. Pertanto questa pronuncia, seppur presentando "alcune insuperabili ambiguità che la rendono, isolatamente considerata, una troppo fragile base per il riconoscimento europeo del principio di colpevolezza"⁸⁰, rappresenta a tutt'oggi il più originale sviluppo della giurisprudenza strasburghese sul tema in esame.

Alla luce di quanto detto, può essere dunque definito un vero e proprio *overruling* della Corte quell'approdo, di poco successivo a *Sud Fondi*, in cui essa è tornata a pronunciarsi sull'applicazione di una misura di confisca urbanistica.

Nella sentenza *Varvara c. Italia*⁸¹, esaurito in poche righe il problema della qualificazione penale della confisca, la Corte EDU riprendeva la pronuncia *Sud Fondi*, ribadendo come l'accertamento dell'elemento soggettivo sia momento imprescindibile nel giudizio di colpevolezza. Ciò detto, essa tuttavia aggiungeva un nuovo rilievo, in qualche modo contraddittorio rispetto a quello contenuto nella precedente pronuncia: l'art. 7 CEDU, non limitandosi a richiedere una base legale per i reati e per le pene, implica altresì l'illegittimità dell'applicazione di quelle sanzioni penali che non siano fondate su di un giudizio di colpevolezza⁸², giudizio che si connota per l'esigenza di essere "*consignée dans un verdict de culpabilité*". Nel caso di specie, trattandosi di un'ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, non si poteva rinvenire un provvedimento di tal genere: Strasburgo quindi, ancora una volta, condannava l'Italia per violazione della legalità convenzionale.

Come evidente, queste due ultime sentenze strasburghesi in tema di *nulla poena sine culpa* partono da basi comuni per giungere a conclusioni diverse.

⁷⁷ *Ivi*, par. 91.

⁷⁸ *Ivi*, par. 116.

⁷⁹ G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, cit., p. 393.

⁸⁰ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza nel dialogo tra le Corti*, in *L'Indice penale*, 2017/1, pp. 377 e ss.

⁸¹ Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

⁸² *Ivi*, par. 72.

Nella *Sud Fondi* la Corte si sofferma infatti sugli elementi della fattispecie da integrare per ritenere correttamente fondato un giudizio di colpevolezza, trovando un originale ancoraggio per quest'ultimo nel principio di legalità riletto in chiave soggettiva.

Nella *Varvara*, invece, la disamina della Corte pare nuovamente votata al versante processuale, essendo in questa pronuncia ribadita la necessità che l'accertamento di responsabilità penale, *rectius* della colpevolezza, sia "suggellato in una constatazione formale definitiva"⁸³.

Il quadro delineato, pertanto, non sembra essere dei più felici se analizzato in un'ottica di ricerca di posizioni d'avanguardia nella giurisprudenza di Strasburgo. Se la *Sud Fondi* aveva per lo più entusiasmato i commentatori, l'inedito approdo in essa raggiunto sembra potersi dire, in realtà, adombrato dalla *Varvara*, la quale ha senz'altro tradito le aspettative di quanti volessero rinvenire nelle pronunce strasburghesi – anche sul fronte della colpevolezza – incontestabili sviluppi in materia penale.

3. Una nuova prospettiva nell'analisi della questione: considerazioni di chiusura.

Al termine di questa analisi della giurisprudenza strasburghese, sono opportune alcune brevi considerazioni.

Ciò che si evince dal caso *Contrada*, così come dalle altre pronunce della Corte EDU in tema di legalità, è proprio l'instancabile ricerca di soluzioni inedite che, bilanciando esigenze eterogenee e mirando ad un – talvolta difficile – compromesso, si dimostrino il più possibile garantiste. In questa prospettiva, dunque, se si riflette sul vincolo gerarchico che l'adesione determinerebbe tra le due Corti europee, si può comprendere come quest'ultimo arresto strasburghese sia sintomatico del costante impegno della Corte EDU nell'innalzamento del livello di tutela nell'ambito della "materia penale". L'approdo cui si è giunti nell'*affaire Contrada* costituirebbe quindi un indiscusso argomento circa la necessità di non abbandonare l'idea dell'adesione: questa riforma, infatti, potrebbe comportare un potenziamento delle garanzie penalistiche a livello internazionale.

La parentesi poc'anzi aperta in tema di colpevolezza sembrerebbe invece provare come, contrariamente a quanto osservabile circa l'elaborazione del principio di legalità, la scarsa linearità ed originalità della giurisprudenza della Corte EDU in relazione al suddetto tema non facciano del principio del *nullum crimen sine culpa* il miglior candidato a provare i vantaggi che l'adesione dell'UE alla CEDU arrecherebbe all'universo delle garanzie penalistiche. Del resto questa giurisprudenza, non introducendo nemmeno uno standard di tutela più elevato rispetto a quello già esistente in ambito UE, non costituisce alcun valore aggiunto.

⁸³ V. MANES, [La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in questa Rivista, 13 aprile 2015.



2/2018

Ad ogni modo, a scanso di equivoci, non va dimenticato che la Convenzione, così come interpretata dalla sua Corte, rappresenta pur sempre uno standard minimo di tutela. Come noto, difatti, l'art. 53 CEDU contiene una clausola di salvaguardia in virtù della quale gli Stati contraenti sono tenuti ad invocare la Convenzione solo laddove essa garantisca una tutela superiore rispetto a quella già accordata dai singoli ordinamenti nazionali. La CEDU, in sostanza, non impedisce certo agli Stati di introdurre livelli di protezione più elevati e corrispettivamente non può nemmeno imporre un abbassamento degli standard di tutela nazionali o derivanti da altri accordi internazionali.

In conclusione, dunque – essendo il senso ultimo dell'art. 53 CEDU quello di “assicurare che nella materia dei diritti dell'uomo i testi in vigore si completino anziché contraddirsi”⁸⁴ – è del tutto infondato il timore che l'adesione possa provocare una retrocessione nelle materie, quale quella della colpevolezza, in cui la CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo si dimostrano meno “all'avanguardia”.

L'adesione dell'UE alla CEDU, pertanto, sarebbe inevitabilmente candidata a significare molto di più di una mera “chiusura del cerchio”⁸⁵: invero, essa sembrerebbe idonea a dipingere scenari nuovi e suggestivi grazie alle sue evidenti potenzialità, beneficiabili anche nella branca del diritto maggiormente votata al rispetto delle garanzie.

⁸⁴ Cfr. L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruxelles, 2005, p. 692.

⁸⁵ Cfr., diffusamente, M. PACINI, *L'accesso dell'UE alla CEDU: chiusura del cerchio o camicia di forza?*, cit.