

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

LEGALITÀ PENALE. LA POSIZIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

di Vladimiro Zagrebelsky

La nozione di legge/diritto adottata dalla Corte europea dei diritti umani per l'applicazione della Convenzione europea è di natura "qualitativa" e prescinde dalla considerazione delle procedure che nei singoli Paesi conducono alla produzione di leggi. Essa si impernia sui requisiti di conoscibilità e prevedibilità delle norme. Il contributo spiega come la giurisprudenza assuma importanza centrale nel quadro della "nozione autonoma" utilizzata per la protezione dei diritti e libertà considerati dalla Convenzione europea.

1. La "previsione per legge" di ogni interferenza statale¹ nei diritti e libertà fondamentali delle persone è una condizione trasversale a tutta la Convenzione europea dei diritti umani a partire dal suo Preambolo. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quanto a contenuto, rinvia alla Convenzione (art. 52/3). È così naturale che non vi sia significativo scarto tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e quella della Corte di Giustizia nella interpretazione e applicazione dell'art. 7 Conv.² e dell'art. 49 Carta Ue³. Ciò non significa che il sistema derivante dai due documenti sia sovrapponibile. Basta pensare alla disapplicazione della legge nazionale che confligga con il diritto dell'Unione ed i rilevanti problemi che possono discenderne. Un esempio maggiore può essere quello del criterio di proporzione della pena, come recentemente enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza C-205/20.

¹ Per effetto del c.d. effetto orizzontale indiretto o *Drittwirkung* vi sono situazioni in cui rileva anche la condotta di privati che incida su diritti o libertà di altri privati.

² *Nulla poena sine lege*. – 1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. – 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

³ Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene. – 1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. – 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. – 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato.

2. Anche in ordine alla legalità penale, sul piano europeo e su quello del diritto interno degli Stati, importa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, in particolare per quanto riguarda la rilevanza della giurisprudenza rispetto al testo scritto. Non è qui il caso di entrare nel dettaglio dei risultati cui giunge la Corte europea nella materia penale, che sono noti. Ma va ricordato che la nozione di legalità nella materia penale⁴ non è diversa da quella che la Corte ha elaborato – autonomamente rispetto alle nozioni del diritto interno degli Stati – ai fini della interpretazione e applicazione di tutta la Convenzione. La nozione fa perno sui requisiti di conoscibilità e prevedibilità della applicazione della norma, così che venga esclusa l'imprevedibile sorpresa che, nella logica della Convenzione, indica l'abuso da parte del potere pubblico.

La Corte afferma che l'accusato, a partire dal testo della disposizione incriminatrice, tenendo conto dell'interpretazione giurisprudenziale ed eventualmente dell'aiuto di un esperto della materia, deve poter conoscere preventivamente quale condotta è vietata e quale pena segue alla violazione⁵.

3. Il criterio fondamentale che caratterizza la giurisprudenza della Corte europea si riassume nella formula che essa usa per descrivere il proprio ruolo, che è quello della protezione di "diritti concreti e effettivi, non teorici e illusori". Teorici e illusori sono i diritti scritti nelle leggi, fino a quando non siano resi concreti nella applicazione della legge. La applicazione da parte dei giudici è di essenziale importanza a tal fine.

Il modo di lavorare della Corte, secondo quanto previsto dalla Convenzione, consente di comprendere il suo atteggiamento.

Il ricorso individuale alla Corte europea è ammissibile solo dopo esauriti i ricorsi interni (art. 35/1 Conv.). L'atto finale della vicenda presentata alla Corte è dunque sempre una sentenza interna definitiva. È la sentenza che dà luogo alla possibile violazione del diritto o libertà fondamentale che il ricorrente fa valere. È dalla sentenza che il ricorrente assume la qualità di vittima, che lo abilita al ricorso alla Corte (art. 34 Conv.). E il tenore del diritto nazionale è per la Corte europea quello enunciato dal giudice nazionale nella sentenza definitiva. Quel diritto sarà valutato dalla Corte in funzione dei requisiti "qualitativi" di conoscibilità e prevedibilità. Raramente la Corte giudica che l'interferenza oggetto del ricorso non era prevista dalla legge nazionale e che si è in presenza di manifesta arbitrarietà del richiamo alla legge nazionale da parte del giudice che ha deciso il caso del ricorrente⁶.

Normalmente, dunque, per la Corte il diritto nazionale è quello applicato dal giudice nel caso oggetto del ricorso. Donde il rilievo che ha la giurisprudenza nel definire il diritto nazionale. La sua conoscibilità e prevedibilità viene dalla Corte valutata con

⁴ Ai fini della definizione della materia penale e della applicazione della Convenzione si ricorre ai c.d. criteri Engel, desumibili dalla sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, §§ 80-82.

⁵ *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, §§ 40-41; *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013, §§ 77-80, 91-93; *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, §§ 106-127.

⁶ Ad esempio in *Parmak e Bakir c. Turchia*, 3 dicembre 2019, §§ 57-77.

riferimento alla applicazione che ne è stata fatta dal giudice nazionale nel caso da decidere.

4. È anche in considerazione dei contrasti della giurisprudenza interna che viene valutata la prevedibilità dell'applicazione della legge scritta fattane dal giudice nel caso oggetto del ricorso e quindi la "previsione per legge". La Corte ha sviluppato una articolata giurisprudenza in ordine ai contrasti giurisprudenziali nella interpretazione e applicazione della legge scritta nazionale⁷. In questa sede va menzionata la posizione assunta dalla Corte, che ritiene fisiologica la coesistenza (non solo l'evoluzione nel tempo) di diverse interpretazioni della legge nazionale, a condizione che esse non siano persistenti nel tempo e non esista o non sia efficace l'opera di unificazione che è propria delle Corti supreme nazionali. Tale posizione della Corte europea va confrontata con quella adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988 relativa all'art. 5 C.p., dove, un "gravemente caotico" stato della giurisprudenza viene ritenuto causa di errore giustificato⁸. Va però precisato che un persistente e non risolto contrasto giurisprudenziale, nel sistema della Convenzione europea incide sulla riconoscibilità stessa della esistenza di una "legge". E va aggiunto che, quando anche vi sia un efficace sistema di superamento delle divergenze, nel frattempo la prevedibilità della applicazione della legge resta assente. A parziale attenuazione della portata delle affermazioni di principio sul tema della prevedibilità, la Corte europea ha però affermato che essa non è di per sé esclusa dalla incertezza⁹.

5. La prevedibilità delle decisioni giudiziarie – anche nei sistemi di *civil law* – dipende quindi dalla stabilità dei precedenti pertinenti. Ma questa, paradossalmente, viene creandosi con una o più decisioni non sorrette da precedenti.

Un mutamento giurisprudenziale, applicato al caso che ne dà occasione, è retroattivo poiché riguarda un fatto antecedente, svoltosi in presenza della precedente giurisprudenza. La retroattività del mutamento giurisprudenziale e l'imprevedibilità del contenuto della legge che ne deriva sono aspetti collegati. Una diversa applicazione giudiziale della stessa normativa, rispetto al divieto di retroattività, può avere gli stessi effetti di una riforma della legge scritta. L'orientamento espresso dalla sentenza n. 230/2012 della Corte costituzionale, che nega l'assimilazione di uno sviluppo

⁷ A partire da *Beian c. Romania* (n.1), 2 dicembre 2007, §§ 33-40 e poi, tra le altre, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, 30 luglio 2015, § 42. Anche in *Contrada c. Italia* (n.3), 14 aprile 2015, §§ 60-76, la Corte ha considerato lo sviluppo giurisprudenziale, attraverso le sue contraddizioni, per valutare se, al momento dei fatti, il reato contestato fosse previsto dalla legge.

⁸ "Per valutare l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale, l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari ecc.)".

⁹ *Allègre c. Francia*, 12 luglio 2028, §§ 56-65.

giurisprudenziale alla successione di leggi, non considera gli effetti “concreti ed effettivi” sui diritti delle persone implicate dal mutamento e si pone quindi in tendenziale conflitto con le esigenze proprie del riconoscimento dei diritti e libertà fondamentali.

La questione della retroattività degli svolgimenti giurisprudenziali è inevitabile, legata come è alla natura delle sentenze, salvo che si usi il metodo del *prospective overruling* che non applica il nuovo orientamento giurisprudenziale al caso da decidere, ma lo rinvia ai casi futuri. Si tratta però di procedimento di difficile attuazione e in ogni caso ancora non adottato nella maggior parte dei sistemi europei. E la questione resta aperta anche per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte europea che conosce evoluzione – e quindi mutamento – che, con riferimento alla responsabilità dello Stato convenuto, può essere *in malam partem*¹⁰.

In ogni caso, la Corte europea, nel riconoscere l’inevitabilità (e positività) della evoluzione giurisprudenziale, pone un limite quando afferma che essa è ammissibile se fa salvo il nucleo essenziale della previsione legislativa (o giurisprudenziale antecedente). Con però l’avvertimento che il criterio che rinvia al “nucleo essenziale” pericolosamente si accosta al richiamo alla *ratio* su cui fa perno l’applicazione analogica, vietata.

6. Il complessivo senso dell’orientamento della Corte europea (e della sua incidenza sui sistemi nazionali) non esprime possibilità di certezza e indiscutibilità dell’esito della valutazione della “qualità” della legge nazionale, intesa nel contesto espresso dalla giurisprudenza che la riguarda. Significativa è la previsione e la prassi delle opinioni separate dei giudici: concordanti o dissidenti. Esse sono spesso molto solide e si fondano sullo stesso complesso di precedenti che è considerato dalla motivazione della sentenza. Risulta così esclusa la pretesa di una rigida dicotomia tra l’interpretazione “esatta” (art. 65 dell’Ordinamento giudiziario italiano) e quella sbagliata, che, senza fondamento, viene talora espressa a difesa dei sistemi di legge scritta e di esclusione della rilevanza della giurisprudenza. Risolutiva è in ogni caso la persuasività e condivisibilità della argomentazione. Ma questa, per sua natura, è opinabile.

¹⁰ Ad esempio in *Demir e Baykara c. Turchia*, 2 novembre 2008.