

Corso intensivo on - line MAGISTRATURA 2017

Lezione P-01 I principi

Sommario: 1. Il principio di legalità: la riserva di legge e l'influenza del diritto sovranazionale. 1.2. Le varie forme di interferenza tra il diritto penale interno e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). 1.2.1. L'efficacia vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. 1.2.2. La portata del principio di legalità penale scolpito nella CEDU. 1.2.2.1. Il principio di legalità ex art. 7 CEDU e la figura di matrice giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa. 1.2.2.2. La natura della confisca in tema di lottizzazione abusiva prevista dall'art. 44, co. 2, d.p.r. 380/2001. 1.2.2.2.1. La connessa questione confiscabilità del bene prezzo o profitto del reato in caso di declaratoria di prescrizione al vaglio delle Sezioni Unite. 1.2.2.3. L'ordine di demolizione delle opere abusive previsto dall'art. 31 d.p.r. 380/01. 1.2.2.4. La confisca del veicolo per guida in stato di ebbrezza prevista dall'art. 186, co. 2, lett. c) cod. str. 1.2.2.5. La confisca prevista dall'art. 474-bis c.p. 1.2.2.6. L'illecita manipolazione del mercato: doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem. 2. Il principio di tassatività e la sua portata sovranazionale. 2.1. Tassatività ed inesigibilità. 2.2. Il principio nemo tenetur se detegere. 3. Le fonti nazionali che regolano la successione delle leggi penali nel tempo ... 3.1. ... e le fonti internazionali: attenuato il contrasto tra ordinamento CEDU e ordinamento interno sulla portata del principio di retroattività della legge più favorevole. 3.2. Successione di leggi nel tempo e misure di sicurezza: la compatibilità della disciplina nazionale con la CEDU sotto i riflettori della giurisprudenza costituzionale. 3.3. Successione di leggi nel tempo e misure di prevenzione. 3.4. Il reato di usura e la modifica legislativa del criterio di computo del tasso c.d. soglia. 3.5. La nuova depenalizzazione e successione di leggi nel tempo. 4. Il principio di offensività e i suoi referenti normativi. 4.1. La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto. 4.1.1. La preesistenza di istituti analoghi e rapporti con questi. 4.1.2. I requisiti di operatività della causa di non punibilità. 4.1.3. Profili di diritto intertemporale. 4.2. I delitti contro l'ordine pubblico. 4.2.1. I delitti di attentato. 4.2.2. La legge del 24.2.2006, n. 85. 4.2.3. Le misure di contrasto al terrorismo di cui al d.l. 18.2.2015, n. 7, convertito dalla l. 17.4.2015, n. 43. 5. La natura giuridica delle confische. 5.1. La c.d. confisca allargata. 5.2. La natura giuridica della confisca in tema di lottizzazione abusiva anche alla luce della CEDU (rinvio). 5.2.1. La tutela dei terzi. 5.3. Le confische previste dal codice della strada e la CEDU. 5.4. La confisca per equivalente. 5.4.1. Le Sezioni Unite si pronunciano sulla problematica della confisca di somme di denaro costituenti il prezzo di un reato dichiarato prescritto. 5.4.2. La natura giuridica della confisca per equivalente. 5.4.3. Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato. 5.5. La confisca di prevenzione sotto i riflettori delle Sezioni Unite. 5.6. La confisca ed il sequestro preventivo ai danni dell'ente. 5.6.1. Sulla confisca ai danni dell'ente nei reati tributari si pronunciano le Sezioni Unite. 6. La misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e la CEDU.

1. Il principio di legalità: la riserva di legge e l'influenza del diritto sovranazionale

Il principio di legalità rappresenta uno dei fondamentali pilastri su cui poggia l'intero sistema penalistico moderno.

La storia del diritto penale ha conosciuto due diverse accezioni del principio *de quo*: quella formale e quella sostanziale.

Il *principio di legalità formale* esprime il divieto di punire un qualsiasi fatto che, al momento della sua commissione, non sia espressamente previsto come reato dalla legge e con pene che non siano dalla legge espressamente stabilite, secondo il canone illuministico del *nullum crimen, nulla poena sine lege*: in questa prospettiva, deve considerarsi reato solo ciò che è previsto come tale dalla legge, indipendentemente da una qualsivoglia valutazione in termini di antisocialità o pericolosità sociale del fatto incriminato.

Il *principio di legalità sostanziale*, invece, muove dall'idea che si consideri reato il fatto antisociale o socialmente pericoloso, anche se non espressamente previsto dalla legge, ad esso dovendo applicarsi le pene adeguate allo scopo.

Il principio di legalità formale assolve ad una evidente funzione garantistica per il cittadino, tendendo, per definizione, ad evitare l'arbitrio del potere esecutivo e del potere giudiziario e ad assicurare la certezza del diritto. Pur tuttavia, l'adesione incondizionata a tale principio comporta un serio *vulnus* alla difesa sociale contro il crimine (creando evidenti fratture tra c.d. criminalità legale e c.d. criminalità reale) e a non offrire garanzie contro l'arbitrio dello Stato-legislatore.

Il principio di legalità sostanziale, al contrario, assolve ad una funzione più marcatamente social-difensiva (permettendo di punire ciò che è antisociale anche se non previsto dalla legge come reato), a scapito delle più elementari garanzie per l'individuo. Infatti, fondandosi su una nozione di reato ricavabile da fonti extralegali, il principio in esame favorisce l'arbitrio del giudice nella individuazione dei fatti penalmente rilevanti ed elide la certezza del diritto. Il principio di legalità sostanziale ha ispirato per decenni i sistemi penalistici degli stati totalitari, all'interno dei quali l'individuazione dei fatti penalmente rilevanti avveniva attingendo, di volta in volta, da fonti diverse dalla legge scritta, quali, ad esempio, il sano sentimento del popolo o la coscienza sociale. Il principio di legalità formale ha ispirato, al contrario, sistemi penalistici maggiormente garantisti.

L'ordinamento giuridico italiano ha accolto il principio di legalità formale, oggi cristallizzato nelle norme di cui agli artt. 1 c.p., a mente del quale "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite", 199 c.p., secondo cui "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti", e soprattutto 25, comma 2 Cost. che così recita: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso" (per l'estensione del principio alle misure di sicurezza, v. art. 25, comma 3 Cost.).

Il principio di legalità opera su tre piani distinti: quello delle fonti, della formulazione e della validità nel tempo della legge penale. A questi piani corrispondono tre principi-corollari del principio di legalità: rispettivamente, il principio della riserva di legge (che individua le norme che possono prevedere precetti penali), il principio di tassatività (che riguarda il contenuto delle norme penali che deve essere chiaro e comprensibile) ed il principio di irretroattività (che attiene all'ambito temporale di applicazione delle norme penali incriminatrici che non possono avere efficacia retroattiva). Tali principi sono recepiti nelle norme testé enunciate.

Il principio di legalità ha trovato ampio riconoscimento anche nell'ordinamento sovranazionale, in particolar modo sotto il profilo della validità nel tempo della legge penale (principio di irretroattività): il riferimento è **all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)**, rubricato "nessuna pena senza legge", il cui comma 1 così dispone: "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". Questa disposizione è riprodotta **nell'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000, che quindi consacra anch'essa il principio di legalità, oltre che il principio di irretroattività della legge sfavorevole (la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è vincolante per gli Stati appartenenti all'Unione Europea in virtù **dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione Europea (TUE)**, nel testo risultante a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che attribuisce a tale Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati). Peraltro, attualmente il principio di legalità in materia penale costituisce un principio generale dell'ordinamento comunitario, atteso che si tratta di un principio esistente in tutti gli Stati che fanno parte dell'Unione Europea, sicché esso assurge a principio generale in ambito comunitario, alla cui osservanza è tenuto il giudice interno nell'applicazione delle norme di diritto, così come chiarito, in tesi generale, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

1.2. Le varie forme di interferenza tra il diritto penale interno e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)

Rinviando alla manualistica lo studio delle fonti interne del diritto penale, occorre volgere lo sguardo alle norme dettate dagli ordinamenti sovranazionali. Non si può, invero, non prendere atto della sempre maggiore influenza, diretta e indiretta, che tali ordinamenti esercitano sul diritto interno. Gli impegni assunti dallo Stato italiano a livello internazionale determinano effetti nel nostro ordinamento anche in termini di produzione di norme. Si pone allora il problema di verificare entro che limiti le norme che costituiscono, in qualche modo, promanazione di impegni internazionali possano incidere sul diritto penale interno, soprattutto nelle ipotesi di nuova incriminazione.

Naturalmente, nessun problema di compatibilità con il principio della riserva di legge statale si pone nel caso in cui una convenzione internazionale, che impone agli Stati contraenti l'adozione di misure punitive di valenza penale, venga ratificata e resa esecutiva in Italia con un provvedimento legislativo di rango ordinario, poiché, in tale evenienza, è lo stesso provvedimento interno che introduce la norma incriminatrice sia pur in attuazione di un obbligo nascente dalla convenzione.

Nei paragrafi che seguono si soffermerà l'attenzione sull'interferenza tra le disposizioni contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed il diritto penale interno del 1950, ratificata e resa esecutiva dallo Stato italiano con la legge del 4 agosto 1955, n. 848 (si rinvia alla manualistica per quanto concerne i rapporti con le fonti comunitarie). Invero, tale Convenzione esercita una forte incidenza sugli istituti penalistici italiani.

Superata la tesi del carattere meramente programmatico delle norme della CEDU – secondo la quale le stesse non sarebbero immediatamente e direttamente applicabili nel nostro ordinamento, in assenza di un puntuale e specifico atto di recepimento, ulteriore rispetto al generico ordine di esecuzione contenuto nella legge di ratifica del 1955 – è ormai invalsa la tesi della immediata precettività delle stesse a determinate condizioni. Si è sostenuto, in giurisprudenza, che le norme della CEDU, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate, sono di immediata applicazione nel nostro sistema ordinamentale. Tale immediata precettività sarebbe il portato del principio di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale, per cui, ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (adattamento automatico), ove invece l'atto internazionale non contenga detto modello, le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, per realizzarsi, di una specifica attività normativa dello Stato (in questo senso, in giurisprudenza, tra le altre, Cass., Sez. Un., 23.11.1988, n. 15; Trib. Roma, 25.9.2006)..

Tale immediata precettività è stata sostenuta in ambito penale dalla Corte di Cassazione, con l'effetto di dilatare l'ambito di operatività della scriminante di cui all'art. 53 c.p. (uso legittimo delle armi) fino a ricomprendervi il caso, non previsto dalla norma contemplata dall'articolo appena citato, in cui l'uso delle armi sia giustificato dalla necessità di eseguire un arresto regolare, giusta il disposto dell'art. 2, n. 2, CEDU. La Corte ha sostenuto che ai sensi della CEDU, i cui principi trovano immediata e diretta applicazione nell'ordinamento italiano, è da considerarsi legittima la condotta di chi abbia cagionato la morte in conseguenza del ricorso alla forza reclusi assolutamente necessario, tra l'altro, per eseguire un arresto regolare. Sussistendo in concreto una tale situazione giustificante, questa deve ritenersi assorbente rispetto agli altri requisiti di applicazione della scriminante dell'uso legittimo delle armi più dettagliatamente previsti dall'art. 53 c.p. (Cass., sez. IV, 6.2.2003; nell'opzione estensiva operata nella decisione il riferimento alla CEDU è stato effettuato allo scopo di rendere meno rigorosi i presupposti in presenza dei quali può essere riconosciuta la legittimità dell'uso delle armi e, quindi, in un'ottica tutta orientata al rispetto del *favor libertatis*; sebbene, per una parte della dottrina non sarebbe possibile dilatare la portata di una scriminante, come, appunto, quella dell'uso legittimo delle armi, sulla base di una fonte sopranazionale che ha come obiettivo principale quello di tutelare i valori fondamentali quali proprio la vita e l'incolumità fisica delle persone; nella specie, la Corte ha ritenuto non punibili i reati di omicidio

e lesioni personali commessi da un sottufficiale dei carabinieri in conseguenza dell'uso di un'arma da sparo allo scopo di eseguire l'arresto di alcuni rapinatori in fuga).

Il carattere immediatamente precettivo delle disposizioni contenute nel sistema giuridico CEDU ed il loro rango di norme sovraordinate alle leggi ordinarie interne (sul punto v. *infra*) si riverbera più o meno direttamente sulla materia penale. La CEDU, esprimendo una sorta di sintesi dei sistemi di *common law* e di *civil law*, assicura a determinati diritti, ritenuti fondamentali, un livello di tutela minimo condiviso, nel senso che, traccia per ciascuno di questi diritti esattamente individuati, uno *standard* minimo di tutela (fermo restando la possibilità per ciascuno Stato contraente di prevedere uno *standard* più elevato). Il riconoscimento di un certo ambito di tutela del diritto fondamentale può comportare che il suo esercizio, così come garantito dalla CEDU o dai suoi protocolli o ancora dall'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, collida con una norma incriminatrice interna. Può cioè accadere che le modalità di esplicazione del diritto fondamentale integrino gli estremi di un reato previsto da una norma incriminatrice interna. In tale ipotesi, il problema può essere risolto in via interpretativa ritenendo la condotta posta in essere in attuazione del diritto fondamentale come scriminata dall'esercizio di tale diritto ex art. 51 c.p. ovvero ritenendo, ove si sia in presenza di una norma penale in bianco (analogamente a ciò che accade, come visto, nei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno), che la disciplina interna che colma la lacuna della norma in bianco debba ritenersi superata dalla disciplina rivincente dall'applicazione della CEDU.

Più in generale, i principi e le norme sancite dall'ordinamento CEDU possono interferire sull'applicazione di norme penali interne, determinando così una soluzione diversa, e precisamente favorevole al cittadino interessato, da quella che si sarebbe avuta applicando *sic et simpliciter* il diritto interno (in questo ambito, si veda quanto detto in precedenza sulla scriminante dell'uso legittimo delle armi e quanto si dirà nel prossimo paragrafo sul principio di legalità).

Circa il rango nel sistema delle fonti della norme della CEDU, in un recente passato è prevalsa l'opinione per cui, benché la Convenzione non godesse di copertura costituzionale (e, per questo, non potesse rappresentare un valido parametro di legittimità costituzionale), essendo stata recepita da una norma di legge ordinaria, ad essa va riconosciuta una collocazione privilegiata nella gerarchia delle fonti del diritto, consistente in una particolare "forza passiva", intesa come resistenza all'abrogazione nei confronti di norme primarie posteriori, in virtù del carattere atipico della fonte CEDU, avendo il legislatore ceduto una parte della propria potestà legislativa in diretta applicazione dell'art. 10 Cost. (in quanto lo Stato italiano si deve conformare al dettato della Convenzione, le cui disposizioni sono a tutti gli effetti <<norme del diritto internazionale generalmente riconosciute>>), ma anche in applicazione dell'art. 11 Cost. che prevede una autolimitazione di sovranità che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (C. Cost. 19.1.1993, n. 10).

L'opinione oggi dominante è, invece, nel senso che le disposizioni della Convenzione assurgono a *parametri costituzionali* per effetto della previsione del novellato art. 117 Cost., in forza del quale nel nostro ordinamento, come si è già visto, la potestà legislativa generale è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Le norme della CEDU trovano così ingresso nel sistema delle fonti con una forza maggiore di quella dell'atto (legge ordinaria) con cui sono state ratificate. L'esatta collocazione, secondo il giudice delle leggi, è quella immediatamente inferiore alla Costituzione, tanto che vengono definite *norme subcostituzionali* (tra le altre, C. Cost. 24.10.2007, n. 348). Ne deriva da un lato che sono incostituzionali, per violazione indiretta della Costituzione, tutte le norme emanate dal legislatore nazionale in contrasto con le predette norme pattizie, e dall'altro che tali norme, per fungere da parametro indiretto di incostituzionalità, devono esse stesse essere preliminarmente valutate conformi ai principi costituzionali (anche se trattasi di un problema più astratto che pratico, poiché è difficile che il livello di protezione accordato dalle norme della Convenzione sia addirittura inferiore a quello accordato dalle disposizioni costituzionali interne).

L'ulteriore questione riguarda la tecnica di elisione della norma interna che si pone in contrasto con quella della CEDU, ossia se applicare direttamente la norma convenzionale dal contenuto puntuale, con la conseguenza che la norma interna contrastante viene disapplicata, ovvero se sollevare la questione di legittimità costituzionale. La prima opzione è stata seguita da buona

parte della giurisprudenza che ha provveduto a disapplicare la normativa interna confliggente con le disposizioni convenzionali (Cass., sez. I, 25.1.2007, n. 2800, con cui è stato dichiarato inefficace un ordine di carcerazione emesso in esecuzione di una sentenza della Corte d'Assise per contrasto con le norme contenute nella CEDU; cfr. anche Cass., sez. I, 8.7.1998, n. 6672; Cass., Sez. Un., 23.12.2005, n. 28507), rimettendo così ai giudici comuni, e non alla Corte delle leggi, il compito di fare diretta applicazione delle norme CEDU su diritti fondamentali.

Diversamente la Corte Costituzionale, muovendo dal tenore del nuovo testo dell'art. 117 Cost., ha sostenuto che, vista la natura di parametro di costituzionalità di tali norme, se una norma interna contrasta con una di esse va sollevata la questione di legittimità costituzionale per violazione, come visto, indiretta del menzionato articolo (Corte Cost. 24.10.2007, n. 348, cit.; Corte Cost. 24.10.2007, n. 349; Corte Cost. 23.11.2006, n. 393).

Quindi, qualora una norma penale interna collida con una delle norme della Convenzione, e non sia possibile superare la questione *in via interpretativa*, il giudice penale deve *sollevare la questione di legittimità costituzionale* e non disapplicare in via diretta la norma ritenuta contrastante con quella convenzionale. La Corte Europea infatti non è istituzione dello stesso ordinamento giuridico in cui si confrontano il legislatore ed i giudici interni: essa non dichiara l'illegittimità della norma e non la espunge dall'ordinamento interno, ma fa sorgere per lo Stato un obbligo di successiva eliminazione di quella disposizione se ritenuta in contrasto con la Convenzione. Obbligo della cui esecuzione, come visto, si fa garante la Corte costituzionale che ha precisato come al giudice ordinario non sia consentito *disapplicare* la disposizione censurata, ma solo *interpretarla* in termini "convenzionalmente adeguati", ove possibile, altrimenti il Giudice dovrà investire la Corte costituzionale della questione di legittimità per contrasto con l'art. 117 Cost., rispetto al quale le norme della Convenzione, per come interpretate dalla Corte Europea, acquistano il ruolo di *norma interposta*.

1.2.1. L'efficacia vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'apertura dell'ordinamento italiano agli influssi degli ordinamenti sovranazionali ha ricevuto una spinta ancora maggiore a seguito del progressivo consolidarsi dell'idea secondo cui il giudice nazionale italiano, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi (non solo alle disposizioni della CEDU, pacificamente ritenute ormai di immediata precettività, sempre che siano sufficientemente precise, ma anche) alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (organo, com'è noto, deputato a controllare il rispetto della CEDU da parte degli Stati membri, rilevandone l'eventuale violazione).

L'art. 41 della CEDU statuisce che «*se la Corte europea dei diritti dell'uomo dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte stessa accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*». Inoltre, l'art. 46 della medesima Convenzione, sotto l'epigrafe "*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*", statuisce che «*Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti (comma 1). La sentenza definitiva della Corte viene trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione*».

Quindi, una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo fa nascere in capo allo Stato anzitutto l'obbligo di rimuovere le cause della violazione, ripristinando la situazione anteriore alla stessa, mentre solamente in via sussidiaria, qualora nel caso specifico non sia possibile la rimozione delle conseguenze della violazione, questa darà diritto al risarcimento, eventualmente riconosciuto dal giudice europeo, a titolo di equa soddisfazione. Per ottemperare all'obbligazione di risultato che discende dall'accertamento della Corte europea, le autorità nazionali devono prevedere, all'interno del loro sistema processuale, misure idonee a ripristinare la situazione giuridica preesistente alla suddetta violazione. Le sentenze della Corte Europea hanno natura dichiarativa, non potendo i giudici di Strasburgo (come la nostra Corte Costituzionale) cassare la norma violativa dei principi sanciti dalla CEDU. Ne discende che gli Stati contraenti sono liberi nella scelta del meccanismo più idoneo alla *restituito in integrum*, con l'unico limite della idoneità del mezzo in relazione al fine perseguito.

Sebbene, come visto, già da tempo espressamente stabilita dall'art. 46 della Convenzione, la forza vincolante delle sentenze della Corte è stata, solo di recente, riconosciuta dalla Cassazione civile italiana, in tema di quantificazione della somma dovuta a titolo di equa

riparazione per irragionevole durata del processo ex legge n. 89/2001, affermando l'obbligo del giudice nazionale di tenere conto dei criteri di determinazione della riparazione applicati dalla Corte europea, così riconoscendo un effetto giuridico diretto e vincolante alle sue sentenze (si tratta di quattro sentenze coeve: Cass. civ., Sez. Un., 26.1.2004, n. 1338 – n. 1341).

In caso di violazione di diritti processuali in ambito penale, la Suprema Corte nell'affrontare il tema dei **rapporti tra le sentenze della Corte europea**, che abbiano accertato la sussistenza della violazione di una norma della CEDU in un determinato processo, **ed il giudicato** già verificatosi nell'ordinamento interno (inevitabile, posto che è proprio l'esaurimento dei rimedi interni la condizione imprescindibile per la legittimazione a ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo) ha sostenuto che le sentenze del giudice europeo producono effetti non solo sul processo ma anche sulla sentenza passata in giudicato e comportano l'obbligo per il giudice italiano di conformarsi alla sentenza della Corte europea (Cass., 25 gennaio 2007, n. 2800; Trib. Roma, 9.11.2006; v. anche Cass., 3.10.2006, n. 32678, nella quale si legge che *"qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 C.e.d.u. posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi istituzionalmente) a collidere con un giudicato nazionale. Ed è appena il caso di aggiungere che il principio di intangibilità del giudicato, nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto (basti pensare all'istituto della revisione ovvero al più recente istituto del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p.)"*).

Circa le modalità processuali di adeguamento ai *dicta* della Corte Europea, in relazione alle singole fattispecie, si registrano soluzioni diverse, essendo stati applicati diversi rimedi revocatori.

In un caso la nostra Corte Suprema ha chiarito che lo strumento che consente di applicare in ambito interno la declaratoria di violazione di una norma convenzionale è il ricorso straordinario in Cassazione per errore materiale o di fatto ex art. 625-bis c.p.p., attraverso un'applicazione analogica del relativo disposto che non ha carattere eccezionale (Cass. 12.11.2008, n. 45807, per cui può farsi ricorso alla procedura straordinaria di cui all'art. 625 bis c.p.p. per dare esecuzione ad una sentenza della Corte europea che ha rilevato una violazione del diritto di difesa occorsa nel giudizio di legittimità e che abbia resa iniqua la sentenza della Corte di cassazione, indicando nella riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, la misura interna per porre rimedio alla violazione contestata; nel caso di specie, la Corte, facendo ricorso all'art. 625 bis c.p.p., ha revocato una sua precedente sentenza, limitatamente alla diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, ostatica alla declaratoria d'estinzione per prescrizione, operata ex officio in sede di legittimità, senza aver consentito alla difesa il contraddittorio sulla diversa imputazione).

Nel caso "Dorigo" (C. Eur. dir. uomo, 9.9.1998, Dorigo c.Italia) la Suprema Corte, ha ritenuto che *"il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 C.e.d.u. e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omissivo di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo"* (Cass. 1.12.2006; sulla necessità della riapertura del processo nel caso di infrazioni correlate allo svolgimento di un processo da parte della Corte di Strasburgo, v. anche C. Cost. 113/2012).

La questione dell'adeguamento al *dictum* della Corte Europea si è posta con riferimento alla sentenza c.d. Scoppola della Corte Europea del 17 settembre 2009 – Ric. n.10249/03 con la quale essa ha ritenuto che l'Italia ha violato gli artt. 6 (equo processo) e art. 7 (legalità in materia penale, sotto il profilo della mancata applicazione retroattiva della *lex mitior* sopravvenuta) CEDU, condannando all'ergastolo anziché alla pena di trent'anni di reclusione l'imputato Franco Scoppola, responsabile di omicidio aggravato in concorso con altri delitti.

Mentre per l'imputato Scoppola il rimedio ritenuto ammissibile dalla Suprema Corte è stato quello del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p. (Cass. 11.2.2010), il problema attuale riguarda i condannati con sentenza definitiva di condanna che si trovano in situazione identica o analoga a quella vagliata dalla Corte Europea nel caso Scoppola, ma che non hanno all'epoca presentato tempestivo ricorso - nei sei mesi dal passaggio in giudicato della condanna - alla Corte di Strasburgo e non hanno pertanto ottenuto da questa una sentenza di condanna dello Stato italiano alla rideterminazione della pena dell'ergastolo loro inflitta in quella di trent'anni di reclusione. La questione rilevante sotto il profilo teorico concerne proprio il problema

dell'estensione degli obblighi di adeguamento dell'ordinamento italiano al diritto della Convenzione Europea, così come interpretato dalla Corte Europea, in rapporto al principio - cruciale nel nostro sistema processuale - dell'intangibilità del giudicato.

La Cassazione ha dato risposta positiva alla domanda, affermando che le decisioni della Corte EDU che evidenzino una situazione di oggettivo contrasto - non correlata in via esclusiva al caso esaminato - della normativa interna sostanziale con la Convenzione EDU assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronuncia della predetta Corte internazionale (Cass., sez. un., 19.4.2012 n. 34472).

Il quesito, ancora una volta, è se deve prevalere il principio dell'intangibilità del giudicato ovvero si deve ritenere che i giudici italiani abbiano comunque il dovere di procedere alla rideterminazione della pena anche nei confronti di questi altri condannati, secondo i principi statuiti dalla Corte nel caso Scoppola.

La questione, coerentemente alla giurisprudenza di legittimità citata in precedenza, è stata risolta nel secondo senso da una parte della giurisprudenza di merito (Corte d'Assise di Caltanissetta, ord. 18 novembre 2011), e una volta approdata in Cassazione è stata subito rimessa alle Sezioni Unite che investite della *quaestio iuris* circa la possibilità per il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla pronuncia della Corte EDU "Scoppola c. Italia", di poter sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, modificando il giudicato con l'applicazione della pena più favorevole, hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità degli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000 per contrasto con gli artt. 3 e 117, co. 1, Cost. (Cass., sez. un., 19.4.2012 n. 34472). Dunque, la Corte ha ritenuto di poter dare applicazione al principio sancito dalla Corte Europea sul caso Scoppola solo mediante la proposizione della questione di costituzionalità *"nella parte in cui le disposizioni interne operano retroattivamente, e, più specificamente, in relazione alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola legge n. 479 del 1999, sono stati giudicati successivamente, quando cioè, a far data dal pomeriggio del 24 novembre 2000 - pubblicazione della Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell'art. 2 r.d. n. 1252 del 7 giugno 1923 -, era entrato in vigore il citato D.L., con conseguente applicazione del più sfavorevole trattamento sanzionatorio previsto dal medesimo decreto"*, ritenendo impraticabile un'interpretazione della predetta normativa interna conforme all'articolo 7 CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 7 d.l. 341/2000, che aveva di fatto ripristinato - con effetto retroattivo sui processi in corso - la pena dell'ergastolo nei confronti degli imputati che avevano già formulato richiesta di giudizio abbreviato (Corte Cost. 18 luglio 2013, n. 210). La Corte costituzionale apre così la strada alla modifica dei giudicati penali di condanna nei loro confronti, e segnatamente alla rideterminazione della pena in quella di trent'anni di reclusione, secondo i principi enunciati dalla Corte Europea (incidentalmente va segnalato che, secondo l'informazione provvisoria diffusa dalla Suprema Corte, altra ipotesi di tangibilità del giudicato (sempre) ai fini della rideterminazione della pena è stata affermata dalle Sezioni Unite con la sentenza del 29 maggio 2014 per le quali la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma che incide sul trattamento sanzionatorio, comporta una rideterminazione della pena in sede di esecuzione, vincendo la preclusione del giudicato; nella specie la questione riguardava gli effetti della sentenza n. 251 del 2012 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69, comma quarto, cod. pen. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del D.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, c.p.).

Tuttavia, va rilevato che la Corte Costituzionale nella sentenza del 22 luglio 2011, n. 236, aveva osservato che la stessa sentenza c.d. Scoppola riconosce il limite del giudicato, atteso che si riferisce espressamente alle *"leggi posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva"*, mostrando così di non attribuire al principio della retroattività della legge favorevole una portata assoluta (sulla sentenza c.d. Scoppola, v.

approfonditamente nei prossimi paragrafi).

Nella prassi applicativa si è posto il problema dei **rapporti tra le pronunce della nostra Corte Costituzionale con quelle della Corte Europea** e precisamente in che misura la Corte Costituzionale deve ritenersi vincolata alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo se si tiene presente che, come visto, ex art. 46 CEDU l'interpretazione data da quest'ultima alle norme della Convenzione è vincolante per gli Stati aderenti.

Con la pronuncia del 22.7.2011, n. 236, il giudice delle leggi ha affrontato la questione. Preliminarmente ha ribadito, come già affermato dalla stessa Corte, di non poter sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo: le norme della CEDU, quindi, devono essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte Europea. Ha poi sostenuto che, sollevata la questione di legittimità costituzionale, il giudice delle leggi dopo aver accertato che il denunciato contrasto tra norma interna e norma della CEDU sussiste e non può essere risolto in via interpretativa, deve verificare se la norma della Convenzione, che si colloca pur sempre ad un livello subcostituzionale, si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In questa, seppur eccezionale, ipotesi, deve essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato.

Nella stessa sentenza la Corte ha anche precisato che, se è vero che non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, può però *"valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza"* (così anche la precedente sentenza n. 317 del 2009). Alla Corte nazionale compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi.

1.2.2. La portata del principio di legalità penale scolpito nella CEDU

L'art. 7, comma 1, della CEDU, come visto, dispone che: "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". La norma, come, del resto, l'art. 25, comma 2, Cost., sancisce sia il principio di legalità in ambito penale sia il principio di irretroattività della legge sfavorevole.

Il principio di legalità sancito dalla CEDU ha una sfera di operatività che va al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come penali in base al diritto interno. Ne deriva che la giurisprudenza della Corte europea può giungere a qualificare come penale, alla luce dei parametri dettati dalla sua giurisprudenza, una sanzione prevista dall'ordinamento dello Stato parte indipendentemente dalla qualifica che in tale ordinamento riceve tale sanzione (ad esempio, nel nostro amministrativa o penale). Si può, dunque, ritenere che nell'ordinamento CEDU esiste una concezione autonoma della sanzione penale e, quindi, dell'illecito penale, con la conseguenza che ben può accadere che la sanzione qualificata come "pena" dalla Corte europea sia qualificata diversamente nell'ordinamento interno, cioè al di fuori dell'ambito penale (ad esempio, amministrativo nel nostro ordinamento).

Una volta conferita alla sanzione la natura di "pena", rilevante ai sensi del citato art. 7, comma 1, e quindi ritenuta la sussistenza di un illecito penale, per così dire, convenzionale, occorre poi verificare se la normativa interna che disciplina l'applicazione di quella sanzione sia o meno conforme col principio di legalità, come inteso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Quanto al primo profilo, quello della verifica della natura della sanzione secondo i parametri della CEDU, il problema si è posto per le misure che incidono sulla libertà personale, qualificate di sicurezza nel diritto interno (non essendovi ovviamente alcun problema per le sanzioni che incidono sulla libertà personale e che vengono qualificate come penali già nel diritto interno) e per le sanzioni patrimoniali contemplate dalla normativa interna. La giurisprudenza europea ha progressivamente individuato una serie di criteri, non rigidi, nel senso che l'incidenza di

ciascuno viene vagliata in ragione della situazione concretamente esaminata. Occorre precisamente: **a)** che la sanzione sia imposta successivamente ad una condanna per "reato" ovvero *sia collegata, in qualche modo, ad un "reato"*; **b)** soffermarsi sulla natura e sullo scopo della sanzione, verificando cioè se abbia una *funzione repressiva e preventiva*, nel senso che mira essenzialmente a punire allo scopo di impedire la reiterazione delle violazioni; **c)** che la sanzione sia *grave*; **d)** tenere conto della *qualificazione che la sanzione ha nel diritto interno*; **e)** tenere conto anche delle *procedure legate alla sua adozione e alla sua esecuzione* (di tali criteri la Corte ha fatto applicazione in tema di misure di sicurezza personale - si veda quanto si dirà nei paragrafi seguenti sulla successione di leggi nel tempo – ed in tema di confisca urbanistica nel noto caso di "Punta Perotti", ove, con la sentenza (di procedibilità del ricorso) del 30.8.2007, ha qualificato come pena ex art. 7, co. 1, CEDU la confisca dei suoli abusivamente lottizzati, attualmente prevista dall'art. 44, co. 2, d.p.r. 380/2001).

La Corte ha in più occasioni precisato che tali parametri sono, di regola, alternativi fra loro, a meno che sia richiesto un "*approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni altro criterio non permetta di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una accusa in materia penale*" (tra le alte, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia).

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha quindi elaborato una nozione sostanziale d'illecito penale (a differenza della concezione formalistica accolta dal diritto interno italiano per cui è reato ogni fatto al quale l'ordinamento giuridico ricongiunge come conseguenza una pena detentiva o pecuniaria: reclusione o arresto e multa o ammenda), indicando come criteri decisivi, per stabilire il disvalore sostanzialmente penalistico d'un fatto comunque sanzionato dal diritto oggettivo nazionale, non solo *la qualifica estrinseca* da quest'ultimo attribuitagli, ma anche *la natura intrinseca del fenomeno considerato*, nonché *la qualità e la misura del trattamento punitivo* astrattamente comminato e concretamente inflitto.

Se in applicazione dei suddetti parametri la Corte di Strasburgo giunge alla conclusione che si è in presenza di una "pena", come concepita dall'art. 7, co. 1, CEDU, e quindi di un illecito penale, si pone il problema di verificare il rispetto del principio di legalità previsto dal medesimo articolo, come interpretato dalla giurisprudenza della suddetta Corte.

In argomento, la giurisprudenza della Corte Europea è ormai costante nel ritenere che le norme di diritto interno che introducono una "pena" devono non solo enunciare in modo sufficientemente preciso la fattispecie da cui deriva quella "pena", ma devono anche essere accessibili e prevedibili (tra le altre, Corte Europea sent. 6 marzo 2012, ric. n. 54468/09).

In ossequio al requisito dell'**accessibilità**, è necessario che le norme penali siano state pubblicate e raccolte in modo tale da consentire ai destinatari di conoscerne l'esistenza.

Quanto alla **prevedibilità**, essa opera in due momenti diversi: quello formativo della norma e quello interpretativo della medesima.

Per quanto riguarda il *momento formativo* della norma, la Corte ritiene che si può considerare legge solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta, il quale deve essere messo in grado di prevedere con ragionevole approssimazione, in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un determinato comportamento.

Il rispetto del requisito di determinatezza, viene vagliato alla stregua dei seguenti parametri: il contenuto/testo della norma, l'ambito che essa ricopre nel contesto legislativo in cui si inserisce, nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari, in relazione all'ambito in cui la norma è destinata ad operare. La prevedibilità di una legge non è esclusa dal fatto che la persona interessata ricorra ad un professionista per valutare, a un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto (si tratta, nella sostanza, di parametri a cui ricorre anche la giurisprudenza interna per vagliare il tasso di determinatezza della norma incriminatrice).

Per quanto attiene al *momento interpretativo*, è necessario che con un'interpretazione ragionevole possa risultare prevedibile l'ambito applicativo della norma.

L'articolo 7, co. 1, cit. se vieta principalmente di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano dei reati, impone, altresì, di non applicare la legge penale in maniera estensiva a pregiudizio dell'imputato, ad esempio, per analogia. Ne consegue che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'aiuto dell'interpretazione giurisprudenziale, quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale. La nozione di

«diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7, co. 1, cit. corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione: essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale. Invero, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione legale, in qualsiasi sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria, atteso che è imprescindibile chiarire i punti oscuri ed adattarsi ai cambiamenti di situazione. Del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale. Non si può, dunque, interpretare l'articolo 7, co. 1, cit. nel senso che vieta che le norme in materia di responsabilità penale vengano chiarite gradualmente mediante l'interpretazione giudiziaria, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile.

1.2.2.1. Il principio di legalità ex art. 7 CEDU e la figura di matrice giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, con la sentenza 14 aprile 2015 □ Causa Contrada c. Italia, Ricorso n. 66655/13, ha sanzionato l'Italia per la condanna inflitta a Bruno Contrada per concorso esterno in associazione mafiosa.

Secondo i giudici di Strasburgo, Bruno Contrada non doveva essere condannato per concorso esterno in associazione mafiosa perché, all'epoca dei fatti (1979-1988), il reato non *"era sufficientemente chiaro e il ricorrente non poteva conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti"* (*"A' l'époque où les faits reprochés au requérant ont été commis (1979-1988), l'infraction en cause n'était pas suffisamment claire et prévisible pour celui-ci. Le requérant ne pouvait donc pas connaître en l'espèce la peine qu'il encourait du chef de la responsabilité pénale découlant des actes qu'il avait accomplis"*).

Contrada si era rivolto alla Corte Europea dei diritti dell'uomo nel luglio del 2008 affermando che – in base all'art. 7 della CEDU, che stabilisce il principio *"nulla poena sine lege"* – non avrebbe dovuto essere condannato perché *"il reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso è il risultato di un'evoluzione della giurisprudenza italiana posteriore all'epoca in cui lui avrebbe commesso i fatti per cui è stato condannato"*.

I Giudici di Strasburgo hanno così accolto le tesi della difesa, affermando che i Giudici nazionali, nel condannare Contrada, non hanno rispettato i principi di *"non retroattività e di prevedibilità della legge penale"*, ritenendo che all'epoca dei fatti contestati, il reato non era stato sufficientemente chiaro e quindi prevedibile dall'imputato. Nella sentenza si afferma che *"il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è stato il risultato di un'evoluzione della giurisprudenza iniziata verso la fine degli anni '80 e consolidatasi nel 1994 e che quindi la legge non era sufficientemente chiara e prevedibile per Bruno Contrada nel momento in cui avrebbe commesso i fatti contestatigli"*.

Infatti, in linea generale, qualora si concluda per la natura "penale" della sanzione da applicare (come pacifico nella specie poiché si è in presenza di una pena detentiva da applicare), occorre verificare se la normativa interna che disciplina l'applicazione di quella sanzione sia o meno conforme col principio di legalità ex art. 7 CEDU, come inteso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo interpretativa della Convenzione. In argomento, la giurisprudenza di tale Corte, come visto, è ormai costante nel ritenere che le norme di diritto interno che introducono una "pena" devono non solo *enunciare in modo sufficientemente preciso la fattispecie* da cui deriva quella "pena", ma devono, più in generale, essere *accessibili e prevedibili*, cioè conoscibili.

La Corte ha sostenuto che *"si può considerare "legge" solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta"*. La determinatezza è dunque il presupposto della prevedibilità, con la conseguenza che una giurisprudenza complessa e contrastante, come quella in materia di concorso esterno tra gli anni ottanta e novanta, non avrebbe permesso al ricorrente di comprendere e qualificare con chiarezza i fatti contestati e prevedere la conseguente sanzione.