

L'irretroattività dell'interpretazione sfavorevole nel sistema italiano

Autore: Amato Michele

In: Diritto penale

- Una critica alle conclusioni europee -

1.Introduzione e contesto sistematico

Questa analisi trae origine dall'osservazione dell'incontro-scontro tra i due grandi sistemi giuridici contemporanei - common law e civil law - venuti a contatto a causa delle vicende europee e costituenti, nel loro insieme, un sistema giuridico di tipo misto a cui partecipano la maggior parte dei Paesi dell'Europa continentale.

Common law e civil law sono classificazioni giuridico-culturali differenziate per l'esaltazione di alcune categorie a discapito di altre, ma hanno un'origine storica comune.¹ Il sistema di civil law è caratterizzato dai codici, mentre quello di common law, proprio come i sistemi latini dell'antichità, dal precedente giudiziario quale fonte del diritto. Una cultura unica nei suoi esordi, che venne rivoluzionata dal ripudio del fondante giurisprudenziale da parte dei popoli europei a causa dell'imprevedibilità delle conseguenze giuridiche che tale tradizione comportava.²

L'**interesse alla comparazione**, inizialmente formulato esclusivamente sul diritto civile per la sua naturale inerenza all'economia e agli scambi commerciali³, si è oggi esteso per rispondere a esigenze nuove anche molto differenti tra loro.⁴

In particolare, l'esperienza europea ha reso palese la necessità di dare spazio a entrambi i tipi di fonte - codicistica e giurisprudenziale - anche in ambito penalistico, facendo così venir meno l'univocità della regola giuridica garantita dagli Stati⁵, oltre che l'univocità delle garanzie, e tale assunto, come vedremo, non è scevro di ripercussioni pratiche.

È il diritto penale, infatti, a **causare oggi i maggiori problemi interpretativi** e - posta l'importanza di addivenire a un diritto europeo monolitico - ci si vuole soffermare specificamente sul divieto di retroazione dell'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole, assunto a principio europeo ma, come si intende verificare nel prosieguo del lavoro, in aperto contrasto con l'esperienza maturata dal nostro diritto interno.

Se l'interpretazione, quale evento connaturato all'applicazione della legge, nulla aggiunge al dato letterale, ma anzi in esso si radica e si giustifica, come può esigersi l'irretroattività di questa, che è mera esplicazione del contenuto della fonte normativa preesistente e che comunque viene a palesarsi solo in sede processuale, cioè - proprio per sua natura - dopo la commissione del fatto?

Le sentenze che contengano elementi interpretativi sfavorevoli al reo avrebbero per ciò solo una rilevanza esclusivamente pro futuro, attingendo dal caso specifico il proprio incipit e senza poter comportare alcuna conseguenza immediata. Per l'effetto, un pubblico ministero che ostentasse in giudizio un'interpretazione innovativa ma sfavorevole potrebbe al più sperare che questa assurga al rango di diritto sostanziale per poi essere applicata nei futuri giudizi, senza alcuna valenza pratica per il caso di specie. Una sorta di ipotesi accusatoria suicida ed inutile, dato che mai potrebbe essere tenuta in considerazione dal giudicante.

2.L'irretroattività e l'interpretazione sfavorevole

L'irretroattività delle norme penali sfavorevoli è sancita dall'**art. 25, Co 2, Cost.** In virtù di essa «nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso».

A essere tutelata è la libertà personale dei consociati, impedendo che vengano puniti comportamenti che non costituiscono reato al momento della loro commissione. Tale libertà, data la sua pregnanza ed estensione, fa sì, oltretutto, che i soggetti indirizzino le proprie azioni e il proprio vivere sociale prevedendone le conseguenze.

Il principio è declinato da autorevole dottrina nella formula **nullum crimen sine proevia lege poenali scripta et stricta**.⁶

Il codice penale, all'art. 1, attua in chiave legislativa il principio di legalità e ne specifica la dimensione temporale all'art. 2⁷. In particolare il secondo comma così recita: «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato». In ultima analisi il principio di legalità, nella sua funzione di definizione delle fonti penali, si sostanzia in una riserva di legge che non può prescindere da una collocazione temporale della norma ad un tempo precedente al fatto commesso costituente reato.

Ma il principio di irretroattività dell'interpretazione sfavorevole è tutt'altra questione e trova espresso riconoscimento solo nelle disposizioni di diritto sovranazionale.⁸ In particolare nella prima parte dell'**art. 7, Co 1, CEDU** si legge «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 medesima disposizione, riportata letteralmente, compone poi l'art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

L'assenza nella nostra legislazione di una previsione simile, che si vedrà più dettagliatamente in seguito essere calibrata sul concetto di "diritto" e non su quello di "legge", si giustifica proprio per la caratteristica fondamentale dei sistemi di civil law, ovvero l'accoglimento delle sole fonti scritte e delle consuetudini qualora da esse richiamate. Ma ciò non impedisce al giudice di interpretare le leggi, anzi è un precipuo potere di questi, nel rispetto dei limiti dati dall'art. 12 Preleggi, specificare le norme e dar loro concreta attuazione, pur senza ricadere nell'analogia legislativa, espressamente vietata in ambito penalistico dall'art. 14 Preleggi e di certo contraria al principio di tassatività, quale corollario della legalità.

Resta da capire se l'interpretazione giurisprudenziale, frequente in quest'epoca di instabilità delle leggi⁹, necessita, oltre che di una precisa definizione in termini di portata e limiti, di una sicura conseguenza applicativa onde evitare vuoti normativi ove il legislatore abbia adottato una tecnica di normazione sintetica.

L'effetto del principio in commento è particolarmente atteggiato in attuazione del primato del diritto europeo, oltre che per la natura di norma interposta della CEDU, che consegnano al giudice nazionale un dovere di intervento ossequioso ad essi.

La circostanza secondo la quale il testo di riferimento per il **principio di legalità europeo** risulta essere identico all'interno delle due diverse fonti, rispettivamente di diritto derivato (Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE) e convenzionale (CEDU), stante l'equiparazione del valore giuridico tra la prima fonte e i Trattati, sancita all'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, non fa che aumentare la forza del principio senza concedere, almeno apparentemente, alcuna via di fuga agli Stati, costretti a ricevere la disposizione nella sua interpretazione estensiva, comprensiva dell'interpretazione giuridica oltre che delle leggi scritte, a norma degli artt. 11 e 117 Cost.

La conseguenza di ciò è che il principio di legalità dell'art. 25 Cost. andrà coordinato con le fonti non statali che si impongono al nostro ordinamento, così da esigere una maggiore tutela dell'individuo nell'ambito che più di tutti è idoneo a influire su libertà e diritti costituzionali: il diritto penale.¹⁰

3.L'analisi del principio nel sistema italiano

Se la **giustificabilità e la necessità di maggiori garanzie** non sono in discussione e l'ampliamento dello spettro di tutela è certo sempre un ottimo indicatore del grado di civiltà di una società, si pone il problema di valutarne la correttezza sistematica. Il sol fatto che qualcosa sia comunemente ritenuto giusto non lo rende in modo automatico giuridicamente corretto. È necessario in particolare indagare l'oggetto su cui ricade il principio di legalità europeo nel nostro sistema.

La portata dirompente è data dall'accezione di "legge", intesa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

come diritto nella sua più vasta estensione e non quale contenuto tipico di una determinata fonte scritta, con chiaro riferimento ai sistemi di common law. È da ciò, dalla combinazione delle affermazioni dell'art. 7, Co. 1, CEDU, ripresi interamente dall'art. 49 della Carta di Nizza, che discende l'irretroattività sfavorevole dei mutamenti giurisprudenziali qualora non ne venga verificata la prevedibilità al momento del fatto.¹¹

Il presupposto della prevedibilità si giustifica proprio per l'ammissibilità del diritto applicato tra le fonti di riferimento per il principio di legalità europeo. Salve le ipotesi di indeterminatezza ed oscurità delle disposizioni, infatti, stando al noto brocardo ignorantia legis non excusat, non potrebbe giustificarsi una verifica di prevedibilità nel caso si interagisse con le sole fonti scritte - salvo anche in questo caso la loro totale scurità.

4. La casistica

Senza troppo soffermarsi sulle questioni - e sono molte - affrontate dai giudici di legittimità, il caso principe dal quale scaturisce la problematica è rappresentato dall'applicazione dell'istituto del concorso esterno in associazione mafiosa e da questo può iniziare il percorso analitico, senza però perdere di vista il più vasto orientamento delle questioni trattate.

Fugando ogni presunzione di esaustività, si richiamano quattro dictat della Suprema Corte estremamente rilevanti e conosciuti.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 43112/2017, ha affrontato il tema dichiarando «ineseguibile e improduttiva di effetti penali» la condanna ex artt. 110 e 416 bis cp nei confronti di Bruno Contrada, per effetto della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 14/04/2015.

I giudici di Strasburgo avevano affermato, infatti, che la fattispecie in commento deve considerarsi «il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale» che all'epoca dei fatti non era prevedibile.

Ma la dirompenza e l'incertezza di tale assunto hanno riportato la Corte di Cassazione sui propri passi nel caso Dell'Utri; con la sentenza n. 48570/2017 i giudici sostengono l'origine normativa della fattispecie in esame ribadendo l'orientamento secondo il quale «la fattispecie di concorso esterno in associazione di tipo mafioso non trae origine dalla giurisprudenza, bensì dalla generale funzione incriminatrice dell'art. 110 cp».¹²

Un più preciso rilievo critico è dato - in realtà - dalla Cassazione con sentenza n. 42996/2016 relativa al caso Dell'Utri, per la quale non viola il principio di legalità europeo l'interpretazione giurisprudenziale della legge penale in senso sfavorevole all'imputato nella misura in cui tale interpretazione sia comunque razionalmente correlabile al significato letterale della previsione.

Ciò che diviene oggetto di discussione è, in ultima analisi, il concetto stesso di interpretazione, la sua portata e i suoi limiti.

D'altronde, continuando l'analisi della vicenda, anche la tesi che negava l'esistenza formale della fattispecie di concorso esterno traeva spunto dal fatto che la figura del partecipe, in tutte le sue declinazioni, interne ed esterne, rientra nella categoria dei soggetti la cui condotta integra un mantenimento, rafforzamento o una promozione dell'associazione, così evocandosi il reato associativo *stricto sensu*.¹³

Ebbene, pur escludendo un richiamo diretto alla fattispecie, si potrebbe utilizzare il canone interpretativo per stabilire la valenza penale della condotta. La forza estensiva è infatti propria dell'istituto del concorso di persone in ossequio alla c.d. soluzione unitaria, costruita sull'identità del titolo per tutti i concorrenti nel medesimo reato. Tutt'al più potrebbe porsi la questione concernente il quantum di pena da comminare al correo in funzione delle diverse ipotesi punitive che l'art. 416 bis cp correla alle diverse categorie di soggetti elencati nella norma.¹⁴

Altro esempio rilevante da cui trarre importanti sviluppi è costituito dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 18288/2010, che, in materia di indulto, pur affermando che l'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU impone l'inclusione nel concetto di legalità del diritto di derivazione giurisprudenziale (da ciò facendo discendere la retroattività dell'interpretazione favorevole), precisa che per aversi carattere di novità si deve avere come riferimento la determinatezza e la chiarezza della fattispecie e, perciò, la prevedibilità e accessibilità della fonte normativa. Entro questi riferimenti, che richiamano l'art. 12 delle Preleggi, il giudice esplica un potere di specificazione del diritto positivo concorrendo alla definizione dei precetti senza intralciare il potere normativo.

Posta l'importanza della garanzia dell'irretroattività dell'interpretazione sfavorevole, andrebbe verificato di volta in volta non tanto, come sostengono i giudici di Strasburgo, se una certa interpretazione fosse prevedibile al momento della condotta, quanto se l'indeterminatezza e genericità della fattispecie astratta rappresenti una patologia della norma o una fisiologica apertura della stessa verso condotte che pur sempre rientrino nella previsione, anche se non esplicitamente richiamate.¹⁵ Solo nel primo caso potrebbe parlarsi di *novum* di diritto con la conseguente inapplicabilità dell'interpretazione sfavorevole a fatti pregressi.

Ecco forse la debolezza delle norme interposte: il diritto degli Stati è forte della sua storia e della sua anima democratica, la CEDU ha dalla sua la sola forza giudiziaria, data dalla ricorribilità delle parti alla Corte di Strasburgo.¹⁶

5. Conclusioni

La possibilità di mutare interpretazione, nei sistemi di civil law a legalità formale, è una conseguenza

naturale dell'indeterminatezza delle norme ed è essenziale stabilire se un'interpretazione delle fonti sovraordinate ed interposte, che tenga conto del dato letterale oltre che del contesto internazionale, possa conciliarsi, e con quali limiti, con una cultura giuridica in contrasto con quella che scaturisce dalle fonti europee: le tecniche interpretative debbono considerarsi le medesime o si dovrebbe più propriamente avallare una diversa impostazione in funzione del sistema che ogni singolo ordinamento rappresenta?¹⁷

La questione di fondo della tematica risulta essere, allora, il se adeguarsi all'interpretazione del concetto di legalità data dai giudici di Strasburgo o rimanere ossequiosi alla nostra tradizione giuridica e con essa al principio di legalità formale. Restando solida la possibilità che si tratti di un falso problema e che si possa disquisire tutt'al più di indeterminatezza della fattispecie con le relative conseguenze in termini di costituzionalità delle norme che ne deriverebbero.

Volume consigliato

NOTE BIBLIOGRAFICHE

¹ Cfr. V. Varano-V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino 2010, p.110 s.

² V.: AA.VV., *Due iceberg a confronto. Le derive del common law e civil law. Atti del XX seminario*, in: *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano 2009, p.1-9.

³ Cfr. R. David-C. Brierley, *Major legal system in the world today*, Londra 1978, p.76.

⁴ Cfr. G. Boggetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino 1998.

⁵ Cit.: A. Gambaro, in: AA.VV., *Due iceberg a confronto. Le derive del common law e civil law. Atti del XX seminario*, in: *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano 2009, p.14.

⁶ V.: F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova 2013, p.81.

⁷ V.: R. Galli, *Nuovo corso di diritto penale*, CEDAM, Milano 2017, p.176.

⁸ Cfr. A. Salerno, *Il sistema del diritto penale. I principi generali del diritto penale*, Dike Giuridica, Roma

2016, p.127 s.

⁹ Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova 2013, p.85 ss.

¹⁰ V.: R. Galli, *Nuovo corso di diritto penale*. CEDAM, Milano 2017, p.6.

¹¹ Cfr. A. Salerno, *Il sistema del diritto penale. I principi generali del diritto penale*, Dike Giuridica, Roma 2016, p.132 s.

¹² V.:La Cassazione sulla liberazione anticipata di Dell’Utri: il concorso esterno non è di creazione giurisprudenziale, 24/10/2017.

¹³ V.: R. Galli, *Nuovo corso di diritto penale*, CEDAM, Milano 2017, p.1119.

¹⁴ V.: M. Donini, *Il concorso esterno alla vita dell’associazione e il principio di tipicità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13/01/2017, p. 7.

¹⁵ V.: M. Donini, *Il concorso esterno alla vita dell’associazione e il principio di tipicità penale*.

¹⁶ V.: N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali* 2015, 4, p. 929.

¹⁷ V.: G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2010, p.115-116.

<https://www.diritto.it/lirretroattivita-dellinterpretazione-sfavorevole-nel-sistema-italiano/>