GIUSTIZIA INSIEME

Europa e Corti Internazionali*

La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020

di Stefano Giordano

10 settembre 2020

La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto.

Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020

di Stefano Giordano

Con parere espresso il 29 maggio 2020, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha esercitato il suo potere consultivo fornendo risposta ad alcuni dei quesiti posti dalla Corte Costituzionale armena. Gli altri, come si vedrà, non sono stati considerati direttamente connessi rispetto all'oggetto della decisione di competenza dei giudici armeni e, pertanto, non sono stati presi in considerazione dalla Corte in quanto estranei allo scopo del parere consultivo.

Si tratta di una prerogativa della Corte di recente introduzione, esercitata per la prima volta in materia penale in questa occasione, introdotta con l'approvazione del Protocollo n° 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che – come sancito all'art. 1 del Protocollo stesso – conferisce alle più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente la facoltà di presentare alla Corte "richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o

dai suoi protocolli."[1]

La ratio di questo nuovo strumento è quella di prevenire possibili conflitti in ordine all'interpretazione dei princìpi sanciti nella Convenzione e costantemente interpretati e applicati dalla Corte di Strasburgo, in modo tale da scongiurare (o comunque contenere) il numero delle pendenze davanti la Corte stessa e, al contempo, favorire l'uniforme interpretazione del diritto convenzionale.

Sommario: – 1. Il contesto storico del caso e la procedura interna – 2. La richiesta di parere e le questioni poste alla Corte – 3. Prevedibilità e accessibilità come requisiti di qualsiasi base legale – 4. La legge penale in senso convenzionale e il principio di legalità – 4.1. Il principio di tassatività e sufficiente determinatezza – 4.2. Il principio di irretroattività e il principio di retroattività della lex mitior – 5. Il parere della Corte – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il contesto storico del caso e la procedura interna

Nel luglio del 2018, Robert Kocharyan, il quale era stato dal febbraio 1998 all'aprile del 2008 Presidente delle Repubblica armena, veniva incriminato – insieme ad altri – del reato previsto dall'art. 300.1 § 1 del codice penale armeno: *overthrowing the constitutional order* (rovesciamento dell'ordine costituzionale)[2].

Le accuse mosse nei suoi confronti facevano riferimento ad eventi che si erano verificati all'inizio del 2008, quando, alla scadenza del suo secondo mandato, si svolsero nuove elezioni. Non essendo Kocharyan rieleggibile per un terzo mandato, le elezioni del 2008 furono comunque vinte dal suo alleato, Serzh Sargsyan, permettendo così di garantire continuità alla linea politica portata avanti dall'ex presidente. Tuttavia, l'opposizione denunciò irregolarità nelle procedure elettorali, chiedendone l'annullamento e dando vita a numerose manifestazioni e proteste pubbliche, alle quali presero parte migliaia di persone. Durante la repressione delle stesse da parte delle forze armate, tra il 1° e 2 di marzo del 2008, nel corso della quale furono arrestate centinaia di persone (tra cui vari membri dell'opposizione[3]), purtroppo rimasero uccise dieci persone (8 civili e 2 militari) e, in conseguenza di ciò, Kocharyan dichiarò uno stato di emergenza della durata di venti giorni, durante i quali venne limitato l'esercizio di una serie di diritti.

Nel maggio del 2019, dunque, il Tribunale di primo grado di Erevan, l'organo giurisdizionale competente a giudicare Kocharyan, decideva di sospendere il procedimento, rimettendo alla Corte costituzionale armena la questione circa la costituzionalità dell'art. 300 § 1 del codice

penale del 2009.

Nello specifico, il Tribunale di Erevan domandava se questa disposizione soddisfacesse il requisito della certezza del diritto, alla luce del principio di non retroattività del diritto penale, e se fosse peggiorativa della situazione giuridica dell'interessato rispetto all'articolo 300 (usurpazione del potere) del codice penale in vigore al momento dei fatti asseritamente commessi.

Kocharyan invocava l'intervento della Corte costituzionale due volte, chiedendo di pronunciarsi su questioni simili. Sottolineava, inoltre, l'esistenza di differenze sostanziali tra le due disposizioni in questione.

2. La richiesta di parere e le questioni poste alla Corte

La richiesta di parere consultivo veniva presentata il 2 settembre 2019 dalla Corte costituzionale armena e accettata il 2 ottobre 2019 dal Collegio della Grande Camera. Il 7 ottobre veniva, dunque, istituita una Grande Camera ai sensi dell'articolo 24, (paragrafo 2, lettera h), del regolamento della Corte**[4]**.

La Corte riceveva osservazioni scritte dall'Assemblea nazionale armena, dal sig. Kocharyan, dal governo armeno, dall'associazione "*Helsinki Association for Human Rights*" e dal sig. Yegoryan, a nome dei familiari delle vittime degli eventi dell'1 e 2 marzo 2008.

Il parere veniva così reso dalla Grande Camera di 17 giudici, composta secondo le regole (sopra richiamate) previste dall'art. 24 del regolamento della Corte.

Le questioni sollevate dalla Corte costituzionale armena erano essenzialmente le seguenti:

a) le nozioni di «diritto» (*Droit*, *Law*) ai sensi dell'art. 7 della Convenzione**[5]** e quella di «legge» che appare in altri articoli della Convenzione, ad esempio negli articoli da 8 a 11, richiedono le medesime condizioni qualitative (precisione, accessibilità, prevedibilità e stabilità)?**[6]**

b) in caso contrario, quali sono le regole che permettono di effettuare una differenziazione?

una legge penale che, nel definire una fattispecie di reato, fa riferimento ad alcune disposizioni di una norma giuridica avente valore supremo e un livello di astrazione superiore, soddisfa le condizioni di precisione, accessibilità, prevedibilità e stabilità?

c) alla luce del principio di irretroattività della legge penale (art. 7 § 1 della Convenzione), quali sono i criteri da applicare quando si confronta la legge penale in vigore al momento della commissione del reato rispetto a quella successiva modificata, al fine di individuare le somiglianze o differenze fondamentali?

3. Prevedibilità e accessibilità come requisiti di qualsiasi base legale

Prima di passare in rassegna le risposte fornite dalla Corte ai quesiti sopra riportati, è opportuno fare un passo indietro e soffermarsi proprio sull'art. 7 della Convenzione e sui princìpi in esso sanciti.

La nozione di "diritto" (*law*) utilizzata nell'art. 7 corrisponde a quella di "legge" che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende sia il diritto di origine legislativa che quello di origine giurisprudenziale: entrambi devono possedere i requisiti della accessibilità e della prevedibilità (Kokkinakis c. Grecia §§ 40-41, Cantoni c. Francia § 29, Coëme e altri c. Belgio § 145, E.K. c. Turchia § 51). L'*accessibilità* (intesa come conoscibilità) e la *prevedibilità* del comando legale e delle conseguenze normative costituiscono il fuoco della tutela apprestata dall'art. 7 e sono oggetto di costante declinazione da parte della Corte di Strasburgo con riferimento non solo alla *disposizione legislativa* che prevede il precetto e la sanzione, ma anche alla *giurisprudenza nazionale* che ne precisa il significato all'atto della sua concreta applicazione, attraverso la formazione di *precedenti* che orientano il comportamento della giurisprudenza successiva, e sulla base dei quali il destinatario della norma è tenuto a orientare il proprio comportamento**[7]**.

Evidentemente, pertanto, la nozione convenzionale di "base legale" non si sovrappone (alla) – né può confondersi con la – garanzia della riserva di legge prevista in materia penale dalla Costituzione italiana. L'art. 7 della Convenzione non vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC] § 50). L'esistenza di una base legale è strettamente funzionale alla garanzia della prevedibilità, la cui portata dipende in larga misura dal contenuto del testo normativo in questione, dall'àmbito che esso ricopre e dalla qualità dei suoi destinatari. Il requisito della prevedibilità di una legge non conduce a escludere che la persona interessata

possa ricorrere alla consulenza di esperti per valutare le conseguenze che possono derivare da un determinato atto (Achour c. Francia § 54). Concetto, quest'ultimo, che – come vedremo più avanti – verrà ribadito dalla Corte nel parere rilasciato.

4. La legge penale in senso convenzionale e il principio di legalità

La Convenzione, nel modellare la definizione di principio di legalità ai suoi scopi, non può infatti ignorare che fra gli Stati parte soltanto alcuni adottano il modello continentale di "legge"; altri, invece, sono vincolati da una nozione di diritto in senso giurisprudenziale, secondo modelli di *common law*. Emerge, dunque, una nozione ibrida, anfibia, materiale di precetto penalistico, comprensivo di tutte le norme di comportamento che siano prefigurate in modo da fungere da possibile schema di orientamento per i singoli. Tali norme, da una lato, devono essere certe, chiare, tassative e sufficientemente determinate; dall'altro, devono essere previste in maniera preventiva e devono preesistere alle condotte che tali regole disciplinano.

Il giurista continentale (e probabilmente anche quello anglosassone) storcerà presumibilmente il naso di fronte a un simile Giano bifronte, che cerca di compendiare la certezza della tassatività penalistica di stampo continentale con la fluidità del diritto pretorio basato sul *case law*; purtuttavia, di fronte all'esigenza, sottesa al diritto convenzionale, di assicurare la positivizzazione di una sorta di minimo comune denominatore di legalità, in grado di non essere estraneo a nessuno dei due – in sé diversi – modelli giuridici succitati, è difficile negare che il sistema eletto è quello senz'altro preferibile.

Un sistema che introduce una riserva di legge senza la necessità della... legge, un principio di legalità in cui si deroga alla riserva di legge per permettere che le altre declinazioni dello stesso principio (la tassatività, la sufficiente determinatezza del precetto penale, l'irretroattività, il divieto di analogia) possano avere diritto di cittadinanza in modelli giuridici di tipo pretorio**[8]**.

La Corte Europea ha dunque il compito di assicurarsi che, nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo all'azione penale e alla condanna, esistesse una disposizione "legale" – cioè un precetto normativo, di matrice legislativa o giurisprudenziale, che rendesse l'atto punibile – e che la pena imposta non abbia superato i limiti fissati da tale disposizione (Coëme e altri c. Belgio § 14, Achour c. Francia § 43).

4.1. Il principio di tassatività e sufficiente determinatezza

Quanto all'altro aspetto del principio di legalità, quello della determinatezza della fattispecie penale, nel linguaggio della Convenzione quest'ultimo si iscrive in pieno nel principio di legalità e nella garanzia della prevedibilità cui si è fatto cenno.

La legge deve definire chiaramente i reati e le pene; e questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere – a partire dal testo della disposizione pertinente e, se necessario, con l'aiuto dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali – quali atti e omissioni implichino la sua responsabilità penale (Kokkinakis c. Grecia § 52, Achour c. Francia § 41, Sud Fondi e altri c. Italia § 107).

La Corte Europea ammette che, anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime possa non presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche-tipo di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi, come si è visto, si servono anche di formule più o meno vaghe, la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla attività giudiziaria (Cantoni c. Francia § 31, Kokkinakis c. Grecia § 40).

Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà, pertanto, sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai casi mutevoli della vita e quindi la tassatività può anche tollerare il ricorso a elementi normativi o vaghi, che, come tali, saranno oggetto della doverosa interpretazione del giudice.**[9]**

La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme (Kafkaris c. Cipro § 141). Del resto, è patrimonio consolidato della giurisprudenza della Corte che il formante giurisprudenziale contribuisca necessariamente alla progressiva evoluzione del diritto penale (Kruslin c. Francia § 29).

4.2. Il principio di irretroattività e il principio di retroattività della lex mitior

Strettamente connesso al requisito della prevedibilità è il divieto previsto dall'art. 7 di punire un soggetto sulla base di una norma penale entrata in vigore dopo il fatto commesso (Sud Fondi e altri c. Italia § 110). Il principio di irretroattività impone altresì di non interpretare la legge penale in maniera estensiva a svantaggio dell'imputato e di non ricorrere al canone

interpretativo dell'analogia (Coëme e altri c. Belgio § 145).

La giurisprudenza europea ha chiarito che la garanzia in questione non si applica ai mutamenti della legislazione penitenziaria (Kafkaris c. Cipro [GC] § 151). Con riguardo alla portata dell'art. 7, di recente si è assistito a un significativo *overruling* della giurisprudenza nella nota sentenza pilota Scoppola c. Italia.

Sin dal 1978 la Commissione europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto che, a differenza dell'art. 15, par. 1, del Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici, l'art. 7 Convenzione non sancisse il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato (X c. Germania (dec.)). E, in effetti, l'art. 7 non fa espressamente menzione dell'obbligo, per gli Stati contraenti, di garantire all'imputato il beneficio di un cambiamento legislativo più favorevole intervenuto dopo la commissione del reato: pertanto, sulla base di un argomento testuale la Commissione aveva rigettato il motivo di ricorso. L'orientamento sopra ricordato è stato fatto proprio dalla Corte Europea (Le Petit c. Regno Unito (dec.) 2000, Zaprianov c. Bulgaria (dec.) 2003).

Tuttavia, nel 2009, nel caso Scoppola c. Italia (n. 2), il giudice di Strasburgo ha constatato un'evoluzione in materia negli ordinamenti degli Stati contraenti in generale, sottolineando la fondamentale importanza di interpretare e applicare la Convenzione in modo da renderne le garanzie concrete e effettive, non meramente teoriche ed illusorie. L'approccio dinamico ed evolutivo sposato dalla Corte ai fini dell'interpretazione della Convenzione è promosso allo scopo di non ostacolare ogni riforma o miglioramento del livello di tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione (Stafford c. Regno Unito § 68, Goodwin c. Regno Unito [GC] § 74).

Dal 1978 al momento della decisione in discussione, dunque, si sono registrati importanti sviluppi sul piano internazionale: l'entrata in vigore della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, il cui art. 9 sancisce il principio della applicazione delle legge penale più favorevole; la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 49, § 1, precisa che «se, posteriormente a tale reato, la legge prevede una pena più lieve, quest'ultima dovrà essere applicata». La Corte Europea tiene conto anche di alcuni significativi sviluppi giurisprudenziali, ricordando come, nella causa Berlusconi e altri, la Corte di giustizia della Comunità europea abbia ritenuto che questo principio faccia parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

La Corte ricorda, infine, che l'applicabilità della legge penale meno severa è stata iscritta nello statuto della Corte Penale Internazionale e affermata nella giurisprudenza del Tribunale Penale

Internazionale per la ex Yugoslavia. Il giudice di Strasburgo, sulla base del *consensus* formatosi a livello europeo e internazionale, si spinge sino ad affermare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, può ormai considerarsi un principio fondamentale del diritto penale. Secondo la Corte Europea, è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi a ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive.

La Corte osserva, infine, che l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa un altro elemento fondamentale dell'art. 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni.

Pertanto, oggi l'art. 7, § 1, della Convenzione deve interpretarsi nel senso che esso sancisce espressamente il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, quando la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori (adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva) sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato.

In conclusione, i princìpi di accessibilità e prevedibilità così come declinati dalla Corte, hanno una portata applicativa generale, riguardante ogni base legale, mentre gli ulteriori princìpi sopra enunciati trovano applicazione nell'àmbito esclusivo della *matière pénal*; concetto che, al di là della nomenclatura formale utilizzata negli Stati membri, riguarda tutte le norme giuridiche caratterizzate da un contenuto sostanzialmente punitivo e/o da una dimensione intrinsecamente afflittiva. Così facendo, si permette di ampliare il campo di applicazione ed i margini di operatività delle garanzie riconnesse a tale nozione e, al contempo, di smascherare parecchie ipotesi di c.d. "frode delle etichette"**[10]**. In questo senso, infatti, è noto che l'approccio della Corte Europea, ai fini definitori della nozione di materia penale**[11]**, sia di natura prettamente sostanzialistica e si contrapponga alla prospettiva dell'ordinamento giuridico penale italiano,

rigidamente declinato sul concetto formale di reato e sul principio nominalistico accolto dal codice penale (v. artt. 17, 39 c.p.).

Ai fini dell'individuazione delle norme (effettivamente) penali, la Corte ha fatto quindi leva su autonomi criteri (e sottocriteri) di regola considerati alternativi e non cumulativi, ma spesso apprezzati in maniera congiunta e complessiva. Tali criteri, denominati nella prassi criteri *Engel* (per effetto, appunto, della più nota delle decisioni in cui essi sono stati elaborati**[12]**) vengono fondamentalmente distinti in un triplice ordine:

1) la qualificazione della infrazione nel diritto interno (che però ha un valore formale e relativo, a detta della Corte);

2) la natura dell'infrazione o dell'illecito (che fa leva sul carattere e la struttura della norma trasgredita in termini di generalità del precetto e dei destinatari, nonché sulla significatività della trasgressione, anche alla luce di un confronto comparatistico);

3) la natura e la gravità della sanzione, dove l'elemento della gravità incentra l'analisi principalmente su principi contenutistici (per esempio la natura custodiale o meno della sanzione), mentre per natura si intende un concetto imperniato sulla pertinenzialità rispetto ad un fatto di reato, sia alla luce dello scopo (repressivo in caso penale) della sanzione stessa, sia alla luce delle procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione.

5. Il parere della Corte

Tornando all'analisi del parere espresso dalla Corte a fronte dei quesiti posti dalla Corte costituzionale armena, è d'obbligo sottolineare come sia la Corte stessa a rammentare che i pareri che questa è chiamata a esprimere devono essere limitati ai punti che hanno un legame diretto con il contenzioso pendente in corso a livello interno**[13]**.

Inoltre, come avvenuto nel primo parere consultivo reso**[14]**, la Corte esercita la sua facoltà di riformulare i quesiti posti e di riunirli, così come di non rispondere a quelli che non soddisfano i criteri stabiliti nel Protocollo n°16.

Lo scopo del parere consultivo reso dalla Corte, nel caso specifico, è quello di consentire alla Corte costituzionale armena di decidere la questione di costituzionalità dell'art. 300 § 1 del codice penale del 2009, alla luce dei parametri posti dall'art. 7 della Convenzione. Specificando che, tuttavia, spetterà poi al Tribunale di Erevan il compito di applicare al caso concreto la risposta

che verrà data dalla Corte costituzionale.

Per quanto concerne la prima e la seconda questione (a e b, *ut supra*), la Corte non ravvisa alcun legame diretto tra le domande e il procedimento contro il sig. Kocharyan; ritiene del tutto improprio e inconferente – rispetto al caso di specie – il riferimento agli articoli da 8 a 11 della Convenzione, così come non comprende quali questioni, legate a tale contesto di discussione, la Corte Costituzionale intendesse decidere con l'aiuto del parere della Corte.

In questo senso, la Corte puntualizza come qualsiasi risposta alla prima e alla seconda questione sarebbe di natura puramente teorica e generale e, dunque, del tutto sganciata dalla *ratio* e finalità del parere consultivo. Pertanto, la Corte ritiene di non rispondere al primo e al secondo quesito, in quanto ritenuti non conformi ai presupposti stabiliti dall'art. 1 del Protocollo n° 16 **[15]**, né riformulabili in maniera tale da consentire alla Corte stessa di esercitare la sua funzione consultiva in maniera effettiva e conforme al suo scopo.

La terza questione (c) fa riferimento al fatto che il sig. Kocharyan è stato accusato di un reato definito attraverso la tecnica della *blanket reference* o *legislation by reference* (quella che, nell'ordinamento giuridico italiano, è conosciuta come «legge penale in bianco»).

Nel nostro ordinamento giuridico, assai discussa è stata la compatibilità delle norme penali in bianco con il principio della riserva di legge in materia penale, sancito all'art. 25 della Costituzione. Il ricorso a tale tecnica normativa, pacificamente accolto nel nostro ordinamento nell'ipotesi di rinvio ad altre norme di legge, secondo dottrina minoritaria è stato ritenuto in contrasto con il principio della riserva di legge in materia penale nel caso in cui il precetto venisse integrato da un provvedimento amministrativo (cfr., ad esempio, l'art. 650 c.p.)**[16]**; mentre nella maggior parte dei casi è stata ritenuta compatibile con la riserva di legge, sebbene sulla base di teorie differenti. Un primo indirizzo sostiene che la riserva di legge non sarebbe violata, purché il provvedimento amministrativo richiamato trovi il suo fondamento in una legge **[17]**. Un secondo indirizzo, rifacendosi alla teoria della disobbedienza come tale, fondata sull'assunto che i precetti penali non pongono regole concrete di condotta, ritiene che l'art. 650 c.p. enunci un generico dovere di obbedienza ai provvedimenti legalmente dati dall'Autorità, sicché il provvedimento amministrativo inosservato non integrerebbe il precetto penale della contravvenzione in esame, non violando così il principio di riserva di legge**[18]**. Infine, un ultimo indirizzo considera compatibile l'art. 650 c.p. con il predetto principio, a condizione che i provvedimenti amministrativi, richiamati dalla legge penale, siano individuali e concreti, in quanto solo in questo caso il provvedimento non integrerebbe la norma penale, facendo salva la riserva di legge**[19]**.

Nel caso in disamina, invero, non si pone alcun problema di compatibilità rispetto al principio della riserva di legge, essendo le norme richiamate addirittura di rango costituzionale. Tutt'al più si porrà la questione circa la compatibilità con il principio di prevedibilità e accessibilità di cui all'art. 7 della Convenzione.

Nello specifico, l'art. 300 § 1 fa rinvio – nella sua determinazione precettiva – agli artt. da 1 a 5 e 6 § 1 della Costituzione Armena.

Secondo la Corte costituzionale armena, le norme costituzionali a cui rinvia l'art. 300 del codice penale hanno forza superiore nella gerarchia delle fonti normative e, al contempo, sono formulate con un maggiore livello di astrattezza rispetto al Codice Penale.

Sostanzialmente, è proprio la Corte Costituzionale a domandarsi se tale situazione sia compatibile con l'art. 7 della Convenzione, ed in particolare con i requisiti di chiarezza e prevedibilità, che ne costituiscono i corollari.

La Corte, sul punto, si esprime nel senso che il ricorso alla tecnica della *legislation by reference* nel diritto penale non è di per sé incompatibile con l'articolo 7.

Del resto, come sottolinea la stessa Corte nel parere, questa tecnica normativa risulta ampiamente utilizzata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa per definire quei reati che, nel nostro codice penale (al Titolo I, Libro Secondo) vengono rubricati come delitti contro la personalità dello stato (*criminal offences against the constitutional order*).

Secondo la Corte, le due previsioni normative – la norma incriminatrice e quella a cui essa fa rinvio – lette congiuntamente, devono consentire al cittadino, anche eventualmente attraverso il ricorso a una consulenza legale, di determinare quale comportamento può avere rilevanza penale. Principio, questo, che deve operare anche nel caso in cui la norma a cui si rinvia sia di rango gerarchico superiore.

In questo senso, precisa la Corte, il modo più efficace per garantire il rispetto degli *standard* convenzionali di chiarezza e prevedibilità in questo o in casi analoghi, è far sì che il rinvio sia esplicito e che la norma incriminatrice (di rinvio) definisca gli elementi costitutivi del reato e, al contempo, che la fonte secondaria non finisca per ampliare la portata dell'incriminazione originariamente prevista.

Sarà compito del Giudice nazionale, in forza del principio di sussidiarietà che regola l'intero apparato convenzionale, applicare tali principi al caso concreto e valutare se la rilevanza penale delle condotte sia sufficientemente chiara e prevedibile.

Per quanto riguarda l'ultimo quesito (d) posto alla Corte, è bene tener presente come il sig. Kocharyan sia stato accusato sulla base di una disposizione del Codice Penale entrata in vigore dopo gli eventi in questione, quando invece era vigente una sua precedente formulazione.

La Corte Costituzionale, ritenendo che le due norme presentassero differenze significative in relazione alla definizione del reato di "rovesciamento dell'ordine costituzionale", ha chiesto alla Corte quali criteri dell'art. 7 utilizzare per comparare la norma in vigore al presunto *tempus commissi delicti* e quella successivamente modificata.

La Corte ha osservato – attraverso un raffronto comparatistico – che molti Stati membri utilizzano, ai fini dell'esame del principio di irretroattività della legge penale, il principio di *concretisation* (valutazione in concreto), che consiste nel tenere conto delle circostanze particolari del caso concreto al fine di valutare se la legge introdotta dopo la commissione del reato sia più o meno favorevole rispetto a quella in vigore al momento del fatto.

Tale principio, peraltro, si riflette fortemente sulla giurisprudenza della Corte, la quale è granitica nel ribadire che l'art. 7 della Convenzione vieta assolutamente l'applicazione retroattiva della legge penale meno favorevole per l'indagato/imputato, mentre – al contempo – permette (anzi, favorisce) l'applicazione retroattiva della *lex mitior*.**[20]**

Pertanto, la Corte ha ritenuto che alla domanda se l'applicazione dell'art. 300 § 1 del Codice Penale del 2009 nel caso del sig. Kocharyan violasse il principio di irretroattività previsto all'art. 7 della Convenzione, non possa darsi una risposta *in abstracto*.

Al contrario, l'articolo 7 richiede sempre una valutazione *in concreto*, sulla base delle specifiche circostanze del caso.

Sarà compito delle corti nazionali, di volta in volta, valutare le conseguenze giuridiche derivanti dall'applicazione dell'una e dell'altra norma incriminatrice, alla luce delle azioni o omissioni contestate all'accusato e di tutte le circostanze particolari del caso concreto.

In particolare, i tribunali nazionali dovranno stabilire se tutti gli elementi costitutivi del reato e le altre condizioni per l'incriminazione – come stabiliti dal codice penale in vigore al momento dei fatti – siano stati accertati e rispettati. In caso contrario, l'art. 300.1 del 2009 non potrà essere considerato più favorevole e, pertanto, non potrà essere applicato nel caso di specie. Allo stesso modo, la nuova disposizione non dovrà essere applicata al caso concreto se i giudici interni dovessero stabilire che l'applicazione di quest'ultima disposizione determinerebbe conseguenze più gravi per l'imputato rispetto all'applicazione del vecchio articolo 300 del codice penale.

In conclusione, i giudici nazionali devono quindi tenere conto di tutte le circostanze particolari del caso concreto (*concretisation*) per determinare se, ai fini dell'Articolo 7 della Convenzione, una legge adottata dopo la commissione dell'asserito reato sia più o meno favorevole per l'accusato rispetto alla legge in vigore al tempo dei fatti. Se la legge successiva è più severa, quest'ultima non può essere applicata.

Peraltro, tali princìpi di fatto coincidono con quelli sanciti all'art. 2 del nostro codice codice penale**[21]**.

6. Considerazioni conclusive

La Corte, a ben vedere, adotta nel caso di specie un approccio particolarmente prudente. Un *self-restraint* dettato dalla volontà/necessità di non travalicare il proprio àmbito di "competenza" e di tenere, al contrario, ben saldo il principio di sussidiarietà della propria "giurisdizione"**[22]**.

Del resto, appare piuttosto evidente come le questioni sollevate dalla Corte costituzionale armena si inseriscano nel solco di un complesso procedimento giudiziario dai forti connotati politici; ragion per cui, prudentemente, la Corte si limita a riaffermare nel parere princìpi ormai ben consolidati nella sua giurisprudenza e patrimonio ormai acquisito del diritto convenzionale.

La Corte, dunque, sembra cogliere l'occasione per ricordare all'Armenia (così come a tutti i paesi facenti parte del Consiglio d'Europa) che i diritti garantiti dalla Convenzione sono patrimonio innanzitutto dei singoli Paesi contraenti e che il loro rispetto dev'essere prerogativa dei giudici nazionali; solo in via del tutto sussidiaria, la Corte può intervenire e, se ne ricorrono i presupposti, accertare la violazione di diritti e adottare le misure atte a porvi rimedio. Al pari, il nuovo strumento consultivo introdotto dal Protocollo n° 16 non potrà essere utilizzato dagli stati contraenti al fine di "scaricare" sulla Corte delicate questioni relative al diritto interno, che necessariamente dovranno essere valutate dai giudici interni, bilanciando i diversi interessi coinvolti. Circostanza, questa, che invero pare essersi verificata proprio nel caso in commento.

Quel che la Corte ha particolare cura di sottolineare, nella stesura del parere, è comunque l'importanza del principio di concretizzazione.

Coerentemente all'approccio sostanzialistico tipico della Corte, viene ancora una volta sottolineata l'assoluta centralità del *caso*: luogo nel quale si intrecciano il fatto e il diritto e dal quale può estrapolarsi il principio e la corretta regola ermeneutica.

Ed è il Giudice del caso concreto (il giudice interno) che ha il compito, quale garante dei diritti (siano essi di matrice nazionale o convenzionale), di verificare quale sia la risposta che ne garantisce il rispetto. Il giudice nazionale, primo custode della Convenzione, nel suo operare, non potrà comunque discostarsi dall'interpretazione eminente che della Convenzione stessa offre la Corte di Strasburgo, così come stabilito a chiare lettere all'art. 32 della stessa.

Così, tornando al caso in disamina, ai fini di valutare quale sia la norma che produce effetti più favorevoli all'imputato, ci si dovrà sganciare necessariamente dalle etichette formali proprie delle norme giuridiche (*law in the books*), per concentrarsi invece su quelli che sono gli effetti prodotti dall'applicazione effettiva della norma (*law in action*). È come la disposizione "vive" e viene interpretata e applicata nella prassi – non già come la disposizione potrebbe essere (anche legittimamente) interpretata – a creare in capo all'individuo affidamenti che l'ordinamento ha poi il dovere di proteggere.**[23]**

Ancora una volta, in ogni caso, la Corte sembra porre l'attenzione su un concetto di prevedibilità in senso oggettivo e impersonale**[24]**, sganciato da qualsiasi connotazione soggettiva del destinatario della norma giuridica. Un concetto di prevedibilità quale contrassegno della tipicità che è connesso, ma ben distinto da quello fatto proprio dalla Corte Costituzionale, con la celebre pronuncia n. 364/88, che lo colloca sul piano dell'eventuale difetto di colpevolezza (in senso normativo).**[25]**

A differenza di quanto sostenuto in talune opinabili sentenze penali italiane**[26]**, quando la Corte si muove sul piano del sistema ordinamentale interno, ciò che rileva per essa è il concetto di accessibilità del precetto e prevedibilità declinati in termini generali e obiettivi e, dunque, impersonali**[27]**.

il medesimo principio pare attagliarsi perfettamente al caso oggetto del parere della Corte, in cui nessuna attenzione viene posta sulle caratteristiche e conoscenze personali del sig. Kocharyan, quanto piuttosto sulla "qualità" della norma, sulla sua prevedibilità e accessibilità.

Il compito del giudice nazionale (in questo caso i giudici di merito armeni) sarà quello di valutare se l'art. 300 §1 del codice penale armeno fosse una norma incriminatrice dotata di sufficiente determinatezza/tipicità; se il fatto punito dalla norma fosse oggettivamente chiaro e prevedibile; se la precedente formulazione della norma fosse o meno in grado di produrre effetti più favorevoli per il sig. Kocharyan rispetto a quella successiva. Infine, applicare la legge penale, tra le due, in concreto più favorevole per l'imputato.

Avendo, pertanto, la pronuncia in commento carattere sistemico, essa è destinata a produrre effetti indiretti *erga alios* (altri potenziali destinatari della norma), indicando canoni ermeneutici che incidono sulla struttura oggettiva della tipicità e determinatezza della norma incriminatrice.

[1] L'Italia non ha ancora ratificato il Protocollo n°16, per una serie di ragioni analizzate in maniera commendevole da R. Conti, ***"Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?"***, in *Sistema Penale*, 27 dicembre 2019.

[2] Article 300 – *Usurping state power*

1. *Actions directed towards violent takeover of the State power or towards its violent retaining in breach of the Constitution of the Republic of Armenia, as well as actions directed towards violent overturning of the constitutional order of Republic of Armenia or towards violent infringement of the territorial integrity of the Republic of Armenia shall be punishable by deprivation of liberty for a term of ten to fifteen years.*

2. *The person having voluntarily informed the governmental bodies about the actions mentioned in this Article shall be released from criminal liability if in result of measures taken pursuant to such informing the implementation of the respective actions has been prevented.*

[3] Tra questi, anche Nikol Pashinyan, l'attuale primo ministro armeno, il quale fu uno dei principali promotori delle manifestazioni e che, accusato di avere causato disordini di piazza, fu arrestato e detenuto fino al 2011.

[4] Rule 24, § 2, lett. (h) "*In examining a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 to the Convention, the Grand Chamber shall be constituted in accordance with the provision of paragraph 2 (a), (b) and (e) of this Rule.*"

[5] Articolo 7 – *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, era un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

[6] Si tenga presente come tale distinzione linguistica ha una sua ragion d'essere esclusivamente nell'àmbito dei paesi di *civil law*, mentre perde del tutto di significato nei Paesi di origine anglosassone fondati sul sistema di *common law* (dove, infatti, scompare qualsiasi forma di distinzione). A conferma di ciò, è sufficiente leggere il testo ufficiale in lingua inglese della Corte, oggetto del presente commento, che testualmente così recita, con riferimento al primo quesito: "*does the concept of '**law**' under Article 7 of the Convention and referred to in other Articles of the Convention, for instance, in Articles 8-11, have the same degree of qualitative requirements (certainty, accessibility, foreseeability and stability)*?"; a differenza di quanto avviene nella traduzione francese, dove invece viene espressamente marcata la differenza tra i due termini: "*la notion de «**droit**» au sens de l'article 7 de la Convention et celle de «**loi**» qui figure dans d'autres articles de la Convention* [...]"

[7] Viganò, *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in ***www.dirittopenalecontemporaneo.it***, 12 ss. In questo senso, cfr. anche ordinanza di rimessione alle SS.UU. n. 21767/2019, nella quale la Suprema Corte ben sottolinea come "*la Corte EDU ha evidenziato che la sentenza di condanna pronunciata nei confronti del Contrada si era basata su una giurisprudenza consolidatasi* in malam partem *successivamente ai fatti ascritti e che questi all'epoca della loro commissione non erano (in termini generali e non soggettivi) sufficientemente chiari e prevedibili e che il ricorrente non poteva quindi conoscere la pena ad essi correlata." Contra*, cfr. Cass., Sez. I, n. 8661, del 12.01.2018; Cass., sez. I, n. 36505, del 12.06.2018; Cass., Sez. I, n. 15574, del 19.02.2019; queste pronunce pongono l'accento sull'errato presupposto sul quale sarebbe incorsa la Corte nella pronuncia n. 3 (Contrada c. Italia), ovvero la qualificazione del "concorso esterno in associazione mafiosa" come reato di creazione giurisprudenziale, denotando, in questo modo, una mancata comprensione in tali sentenze – da parte della Suprema Corte – della questione centrale cui la Corte di Strasburgo volge l'attenzione: la prevedibilità in senso oggettivo, sia che il reato abbia origine normativa o invece giurisprudenziale (distinzione, per la Corte, del tutto irrilevante). Sul punto, cfr. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, p. 259, secondo la quale il concetto di "infraction d'origine jurisprudentielle *è solo fumo negli occhi destinato a svanire nel tempo di un repentino battito di ciglia*".

[8] Ci si permetta di richiamare il nostro Giordano, "*il «concorso esterno» al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*", in *Archivio Penale*, 2015.

[9] Così, in dottrina, sugli elementi vaghi e la compatibilità con il principio di determinatezza, Pagliaro, *Princìpi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2000, p. 50 e ss.

[10] Sul punto, ci sia consentito un richiamo al nostro Giordano, *Principio di legalità europeo e applicabilità retroattiva dei «punitive damages» in via transitoria: una "svista" del legislatore?*, in *Arch. pen.*, 2016.

[11] Sulla definizione in senso sostanziale del concetto di norma penale cfr. Manes, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 34 ss.

[12] Sentenza Engel e altri contro Paesi Bassi, caso n. 5100/71.

[13] Protocollo n° 16, Articolo 1

1. Le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente, designate conformemente all'articolo 10, possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli.

2. La giurisdizione che presenta la domanda può chiedere un parere consultivo solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad essa.

3. La giurisdizione che presenta la domanda deve motivare la richiesta di parere e produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente.

[14] ECHR 132 – 10.04.2019. Parere consultivo reso dalla Corte, in materia civile, su richiesta della Corte di Cassazione francese. Il Parere oggetto del presente commento, come già detto, costituisce il primo espresso dalla Corte in materia penale.

[15] V. nota n. 6.

[16] Carboni, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, 7.

[17] Vallini, *Clonazione e fecondazione assistita: ordinanze ministeriali contingibili e urgenti e nozione di "provvedimento" nell'art. 650 c.p.*, in *Leg. pen.* 1997, 880.

[18] Marinucci-Dolcini, *Codice penale commentato*, Assago, 2011, 6616.

[19] Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 317; Romano M., *Commentario sistematico del codice* penale, I, Milano, 1995, 37-38)

[20] La Corte fa riferimento a diversi casi che hanno riguardato la riqualificazione giuridica delle accuse formulate, sulla base di una versione modificata del Codice Penale (*G. v. France*, *Ould Dah*

v. France, Berardi and Mularoni v. San Marino, and *Rohlena v. the Czech Republic*), o sul principio di irretroattività delle sanzioni (*Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*). In entrambi i casi la Corte ha posto l'attenzione alle specifiche circostanze del caso concreto, ma non ha tenuto conto delle classificazioni formali o delle denominazioni date ai reati in base al diritto interno.

[21] Sulla natura sostanzialmente costituzionale dei primi tre commi dell'art. 2 c.p., cfr. Pagliaro, *Princìpi*, cit., p. 114 e ss.

[22] In questa direzione appare orientata la stesura del Protocollo n° 16, nel cui preambolo si legge: "[...]*Considerato che l'estensione della competenza della Corte a emettere pareri consultivi permetterà alla Corte di interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in tal modo l'attuazione della Convenzione, conformemente al principio di sussidiarietà* [...]".

[23] Viganò, *Il principio*, cit., 12 ss.

[24] Sul punto, cfr. Donini, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *RIDPP*, 2016, 346 ss.

[25] In questo senso, risulta inconferente ed ultroneo il passaggio della sentenza delle SS.UU. n. 8544/2020, che invece ascrive il concetto di prevedibilità proprio al piano del difetto di colpevolezza in senso soggettivo ("ignoranza inevitabile della legge penale *ex* art. 5 c.p.). Sulla *concezione normativa* della colpevolezza, cfr. Fiandaca-Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1999, 274 ss.

[26] Cfr. SS.UU. cit.

[27] Su una possibile lettura oggettiva dell'art. 5 c.p., cfr. Massaro, *Determinatezza*, cit., p. 166 e ss.