



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## IL DIRITTO PENALE E L'INFLUENZA DEL COMMON LAW

---

*I possibili sviluppi dell'ordinamento penale interno rispetto agli ultimi arresti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, le cui pronunce pongono le basi per un sistema mediano tra il common law anglosassone ed il civil law dell'ordinamento indoeuropeo.*

---

di **Giuseppe Ferlisi**

IUS/17 - DIRITTO PENALE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

**Raffaele Giaquinto**

Publicato, Giovedì 3 Agosto 2017

Il nostro ordinamento, così come la maggior parte di quelli europei di matrice romanistica e diretta emanazione della Scuola di Bologna, appartiene alla macrofamiglia del **civil law**. Tale sistema - a cui sono dedicate fiumi di ricerche, scritti e considerazioni certamente più autorevoli di chi scrive - è caratterizzato da sistematicità ed organicità, determinate dal **principio della riserva di legge**. Tale principio, soffermandoci al diritto penale, viene descritto comunemente attraverso l'espressione nulla crimen sine lege. Negli ultimi tempi, tuttavia, tutto il panorama giurisprudenziale si pone il problema di un diritto che non riesce, molto spesso, a stare al passo con i tempi e con l'evoluzione criminologica; ciò sfocia, molto spesso, in una tendenza sempre crescente da parte delle Corti, di esplorare nuove forme di diritto lontane dal principio normativo. Tale fenomeno porta con se numerosi problemi, come quello del rapporto giudice - legge, della separazione dei poteri e della stessa dogmatica della scienza del diritto penale, messa in ombra dall'invadenza delle Corti sotto la spinta della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

### Le basi storiche del nostro modello

L'ordinamento penale moderno trae origine dalla derivazione ed **impostazione illuministica del diritto**: garanzia per l'individuo attraverso norme scritte e separazione dei tre poteri costituzionalmente previsti. Tale impostazione è alla base della nostra Carta Costituzionale: il giudice è soggetto alla legge, alla quale è riservata ogni pretesa punitiva ed a esso spetta solamente il compito di farla rispettare; alla magistratura spetta un ruolo neutro, subordinato rispetto alla legge ed al legislatore, il quale scrive la norma sulla base di un incarico elettivo. Da tali postulati derivarono alcuni assiomi oggi imprenscindibili: l'esistenza di codici, sistematizzazione del diritto, organizzazione delle fonti in un ordinamento, giudice come "notaio della legge". Dal punto di vista storico questo ragionamento prende le mosse dalla cultura sociale alla base dell'Illuminismo, ossia che l'ancient regime doveva parte del proprio demerito proprio all'indifferenza complice dei giudicanti. Addirittura per **Voltaire** non era concepito alcuno spazio alla "giurisprudenza" o all'interpretazione e lo stesso **Beccaria** nei "**Dei delitti e delle pene**" sosteneva che solo le leggi potevano decretare le pene stesse e che tale autorità spettava in maniera esclusiva al legislatore, che rappresenta tutta la società per contratto sociale. Da qui prese le mosse il c.d. **positivismo giuridico**, che ne esasperò sicuramente la riduzione del giudice a mero esecutore. **L'ordinamento italiano**

Il nostro ordinamento e la nostra Costituzione, come prima ricordato, è figlia di questa impostazione e pertanto ne porta i segni tangibili. Non volendo ripetersi, basta pensare al divieto di accesso della giurisprudenza fra le fonti del diritto ribadito dalla **sentenza n. 230 del 2012 della Corte Costituzionale** oppure al divieto imposto alla stessa Corte di poter emettere sentenze che creino od estendano una fattispecie penale c.d in malam partem. Tuttavia, con riferimento al principio di tassatività e determinatezza, un

orientamento costante della **Corte Costituzionale** (da ultimo **sent. 8.04.2014, n. 81**) ha decretato aperture in direzione del riconoscimento di un apporto quasi discrezionale del giudice, valevole a surrogare possibili deficit di precisione del precetto sul piano interpretativo, ammettendo quindi un compito di precisazione in capo allo stesso. I principi illuministici continuano comunque a campeggiare nel diritto italiano grazie al principio di irretroattività, tuttavia conservato solamente per le norme di diritto penale sostanziale, segnalando numerose aperture nell'applicazione della legge vigente al momento dell'applicazione o esecuzione, al campo delle misure di sicurezza o dell'esecuzione penale. **Il diverso modello di legalità penale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo prevede, invece, una concezione della legalità molto diversa, per certi versi rovesciata; essa, infatti, tende ad interpretare la Convenzione superando le paratie formali che limitano le potenzialità dei diritti e delle libertà in essa riconosciuti. Tale approccio viene chiamato da molti, come "**approccio aformalistico al diritto penale**", tale che la Corte di Strasburgo ha abbandonato l'impostazione tradizionale del nulla crimen sine lege, per approdare a contesti sempre maggiori di common law, dove è assente la distinzione tra sanzione penale ed amministrativa, per fare spazio ad una generale categoria di punishment. A tal riguardo ricordiamo la **sentenza Grande Stevens c. Italia**, in cui la Corte ha deciso per la ricevibilità del ricorso in merito ad una pronuncia di una autorità amministrativa quale l'Agcom. Altra dimostrazione della sostanziale differenza dal nostro ordinamento risiede nella autonomia riconosciuta come fonte alla giurisprudenza, incastonata nelle fonti del diritto. Tali differenze risiedono nella diversa impostazione di tale Corte, dove la salvaguardia della separazione dei poteri e la predeterminazione di norme parlamentari da cui far discendere la sanzione penale, non rivestono un ruolo chiave, per usare un eufemismo. I togati di Strasburgo mirano solamente ad una punizione che abbia una base legale che garantisca l'autodeterminazione dell'individuo, nella quale la centralità della giurisprudenza è perfino comprensibile trovandoci in un sistema di tutela di diritti umani. Ciò è stato dimostrato in altre sentenze ed argomenti differenti: a titolo di esempio, in tema di ne bis in idem, i giudici europei hanno aderito al criterio dell' idem factum, abbandonando il criterio formalistico dell'idem legale, attribuendo valore decisivo all'accadimento naturalisticamente inteso e non alla definizione legale dell'incriminazione.

### **Accoglimento di tale orientamenti presso la Corte Costituzionale Italiana**

Sicuramente la nostra Corte Costituzionale, sebbene lontana dai principi della Corte EDU, ha dimostrato di applicare le garanzie penalistiche dell'irretroattività oltre le apparenze; lo ha fatto con la sentenza n. 196 del 2010, nella quale ha sancito l'irretroattività della confisca del veicolo in caso di guida in stato di ebbrezza, riconoscendo in tale caso una natura maggiormente afflittiva. Viceversa, l'equiparazione fra giurisprudenza e legge non

è mai stata riconosciuta come mera possibilità: con la ricordata sentenza n. 230 del 12.10.2012, la Corte ha respinto il ricorso nel quale si chiedeva di equiparare all'abolitio criminis, qualunque mutamento giurisprudenziale favorevole a Sezioni Unite, reclamandone la retroattività in mitius. In tale sentenza, essi si sono inoppugnabilmente pronunciati ancora una volta riaffermando i principi della riserva di legge e della sottoposizione del giudice alla legge. I giudici costituzionali hanno infatti **escluso "una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale"**, affermando che il principio di separazione dei poteri non può cedere al cospetto di un mutamento giurisprudenziale favorevole, posto che "al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione non può dipendere da regole giurisprudenziali, ma soltanto da una precisa volontà del legislatore".

### **Pregi e difetti dell'influenza del common law sul diritto penale**

Che il potere giudiziario sia diventato co-protagonista della legalità è oggi fuori di dubbio, soprattutto pensando alle Corti Europee o alle Alte Corti nazionali. Certo, tale allontanamento dai principi cardine che hanno caratterizzato il nostro ordinamento inteso come europeo, è visto in cattivo modo soprattutto nell'alveo del diritto penale; questo perchè, secondo alcuni, comporterebbe una ridefinizione al basso delle garanzie individuali. Certo, questo approccio di massimizzazione della tutela da parte della Corte EDU, ha portato notevoli benefici; basti pensare che i giudici di Strasburgo sono coloro i quali hanno permesso l'inapplicazione di una misura punitiva senza previsione legale, oppure l'aver dato una nuova rilettura sia al principio di ne bis in idem, sia al principio di eguaglianza. Quello della Corte di Strasburgo, più che un appiattimento al common law, è l'accoglimento di tale sistema affianco ai principi di civil law, favorendo un sistema misto, lontano dalla semplice "americanizzazione" avvenuta nel diritto penale economico. Certo, il sistema italiano è quello probabilmente più difficile dove attecchire, pensando alla assoluta assenza della vincolatività del precedente, neppure nel caso in cui sia pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite. Il compito più difficile è quello di cointemperare anche il nostro ordinamento a queste nuove esigenze, pensando ad esempio alla **sentenza Contrada c. Italia**, dove la Corte Edu ha indicato l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite, come stadio minimo perchè possa essere richiamata. Questo, come sottolineato in precedenza, in un sistema dove l'arresto della Cassazione non è formalmente vincolante, avendo al massimo natura persuasiva e disattendibile dal singolo giudice. Probabilmente, assegnare l'attributo di stare decisis alla pronuncia della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite può essere funzionale alla stessa stabilizzazione del diritto giurisprudenziale e dunque alla certezza del diritto, con la consapevolezza che la scelta "italiana" può essere mediana tra varie posizioni ed esempi di altri ordinamenti, i quali permettono di aggirare all'occorrenza tale principio, di poterlo sovvertire o rimanere fedele al precedente senza esserne formalmente vincolato. Più urgente, dopo la sentenza Contrada, risulta essere

l'adesione ad un meccanismo che consenta l'esplicitazione di una nuova regola applicabile al caso concreto ma solo in futuro, con esclusione dunque della controversia di cui si sta decidendo, per tutelare l'affidamento delle parti e la certezza del diritto. Concludendo, le influenze del common law nel diritto penale sono oggi una verità inconfutabile, soprattutto nel panorama delle Corti Europee. **È solamente questione di tempo per l'ingresso di tali principi nell'ordinamento italiano con la stessa forza;** e questo non è per forza un male, spettando però alla dottrina stabilire criteri precisi e puntuali affinché il nostro sistema penale possa armonizzarsi a quello europeo, senza venirne travolto. Dovrà essere gestita la transizione, magari introducendo meccanismi di controllo democratico della funzione giurisdizionale, non intesa come elettività dei giudici, bensì con regole chiare: formazione ad aggiornamento non autogestito, impianto motivazionale delle decisioni ed aggravamento dei oneri argomentativi specialmente in replica alle argomentazioni difensive.

---