

NICOLÒ ZANON

SU ALCUNI PROBLEMI ATTUALI DELLA RISERVA DI LEGGE
IN MATERIA PENALE

1. Faccio un'immediata *discovery* culturale, che serve da premessa e illustra lo spirito con il quale affronto il tema. Cerco di restare fedele a quelli che ritengo essere alcuni fondamenti del diritto costituzionale contemporaneo e perciò non accolgo con favore acritico mode e tendenze recenti. Ma proprio per questo, in ordine al tema del rapporto tra giudice e legge penale, e alla connessa "legittimazione" del giudice, sono costretto a registrare una serie di trasformazioni profonde, che appaiono quasi rivoluzionarie rispetto al tradizionale sistema concettuale utilizzato dai giuspubblicisti post-rivoluzione francese. Da questo punto di vista, la questione di fondo è comprendere se a queste trasformazioni si debba cercare di resistere, ovvero se si debba semplicemente prendere atto del loro "accadere", e piuttosto attivarsi per una loro razionalizzazione.

Quanto al rapporto tra giudice e legge (non solo penale, ovviamente), l'art. 101 è la disposizione che, nella nostra Costituzione, sintetizza alcuni degli elementi essenziali di questo sistema concettuale. La giustizia è amministrata in nome del popolo, e i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Il significato minimale della prima parte della disposizione è che la democrazia, quindi il potere del popolo (che si esercita nei limiti e nelle forme della Costituzione), è la giustificazione ultima anche della funzione giurisdizionale; e la seconda parte sottolinea che l'indipendenza del giudice nell'esercizio delle sue funzioni non equivale all'arbitrio ma ha senso solo nell'ambito di ciò che la legge prevede. Se il giudice abbandona il terreno all'interno del quale gli è possibile sussumere sotto norme generali e astratte la fattispecie concreta da decidere, «in tal caso non può più essere un giudice indipendente, e nessuna apparenza di giurisdizionalità può allontanare da lui questa conseguenza»¹. Indipendenza del giudice e sua soggezione alla legge, così si diceva, sono due facce della stessa medaglia.

Ora, sappiamo da tempo che non è più possibile ripetere in modo innocente questi assunti. Rischia di non avere molto significato limitarsi a sostenere che il giudice è soggetto solo alla legge, mettendo tra parentesi l'avverbio "solo" e sottolineando l'aspetto della soggezione, quale precipitato della divisione dei poteri

¹ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), trad. it. *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 37.

che identifica, nell'esperienza storica post-rivoluzione francese, il *proprium* della funzione giurisdizionale. Alla dottrina post-illuminista il "segreto della casa", per dir così, è da tempo svelato: ed ormai anche in materia penale si insegna che la soggezione alla legge non fa del giudice un mero applicatore, e che egli non è potere "neutro"².

Il fatto è che, nei tempi attuali, si è andati ben oltre queste constatazioni: sul piano teorico, vi sono ad esempio forti e diffuse tendenze ad abbandonare programmaticamente, e consapevolmente, ogni tentativo di fissare in principio il confine tra interpretazione giurisprudenziale e creazione di nuovo diritto, sostenendosi l'impossibilità teorica di tale operazione, ciò che si traduce non solo in una certa tolleranza per alcune disinvolture interpretative della giurisprudenza, ma anche talvolta in una certa indifferenza per i principi della distinzione tra poteri e funzioni³.

In dottrina, si è ormai portati, *bon gré mal gré*, a riconoscere che in tutti i settori del diritto, e anche nel diritto penale, l'esperienza giurisprudenziale e il diritto vivente che si forma nel concreto esercizio della funzione giurisdizionale, hanno non solo un ruolo centrale, com'è inevitabile che sia, ma finiscono quasi per esaurire l'essenza stessa del diritto.

Nota la dottrina costituzionale che in argomento ritengo più avvertita⁴ il diffondersi di un atteggiamento culturale che vede l'essenza del diritto assai più nella giuris-dizione che non nella legis-lazione. Non solo il diritto sarebbe molto più della legge, ma quel che davvero conterebbe non sarebbe tanto il "fare" la legge (la sua *latio*), quanto il "pronunciarne" il contenuto (la sua *dictio*). Ciò, osserva questa dottrina, si manifesta nella dommatica, nella teoria dell'interpretazione, nella teoria della forme di Stato e di Governo. Nella prospettiva dommatica, è frequente l'affermazione per cui anche nei sistemi di *civil law* le sentenze (non solo quelle della Corte costituzionale⁵) sarebbero ormai fonti del diritto (e analizzerò

² Per una disamina della problematica in materia penale v. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

³ Sono tendenze culturali che si disvelano, con piena consapevolezza, e senza mezzi termini, anche nella giurisprudenza. Tanto per fare un esempio, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili (15 giugno 2003 n. 11091), ha potuto affermare che "la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è di rilievo meramente teorico, in quanto – postulando che il giudice applichi non la norma esistente, ma una norma da lui creata – è figura che può ipotizzarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di formale produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa che, come si riconosce dalle più recenti ed accreditate teorie post-illuministiche, non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in opera creativa della volontà di legge nel caso concreto".

⁴ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it n. 3/2012 (3 luglio 2012).

⁵ Esprime in materia una posizione molto critica A. CARMONA, *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 717 ss.

più avanti un tentativo di applicazione di questa prospettiva al settore del diritto penale, opportunamente frenato dalla Corte costituzionale). In quella della teoria dell'interpretazione, è diffusa l'idea che l'interprete abbia quale principale funzione l'identificazione del corretto bilanciamento tra valori concorrenti, operazione nella quale il testo della disposizione finisce per avere un'importanza tutto sommato marginale. In quella della teoria della forma di Stato e di Governo l'attenzione è ormai posta solo alla giurisdizione, o meglio agli effetti istituzionali dell'attività delle giurisdizioni, italiane ed europee: effetti che derivano innanzitutto dal cd. "dialogo tra le Corti", nuovo paradigma culturale dominante al quale vengono dedicati da anni libri e convegni e sul quale ogni giovane studioso è chiamato a farsi le ossa. Secondo questa prospettiva è alla giurisdizione che viene accollato il fardello della decisione pubblica, mentre la legge resta solo sullo sfondo, come mero punto di avvio dell'opera del giudice.

2. Anche con riferimento specifico al diritto penale, la soggezione alla legge e la stessa riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.) vengono poste in forte discussione e minacciate da fenomeni di crisi, erosione e corrosione. Continuano a manifestare una certa capacità di resistenza, che si rivela attraverso omaggi non solo formali che la giurisprudenza, anche costituzionale, riconosce loro e che cercherò di illustrare attraverso qualche esempio. Ma non c'è dubbio che la linea di resistenza da essi sprigionata appare residuale, e indebolita assai la loro forza di legittimazione attuale.

Ciò vale per tutti gli aspetti della riserva di legge in materia penale, da quello democratico a quello garantista.

Il carattere democratico della riserva di legge è intaccato dalla crisi grave e profonda della rappresentanza politica e dalle istituzioni che ad essa danno forma⁶.

Come è noto, nella nostra tradizione dottrinale, di origine illuminista, il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, "unita per contratto sociale". La letteratura illuministica, più che affidare il monopolio della competenza penale alla legge in quanto atto-fonte, lo attribuisce all'organo-Parlamento⁷. E in Parlamento, il procedimento di formazione della legge penale – questo è il modello! – è aperto al confronto tra maggioranza e minoranza, ed è adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione, che può sindacare le scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza. La dottrina penal-illu-

⁶ Si v. sul punto il lucido quadro offerto da G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, XXXVI, 2007, p. 1281 ss.

⁷ V. per tutti, tra i penalisti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 64 ss.

ministica individua quindi il fondamento del principio di riserva di legge penale nel fatto che il soggetto-Parlamento, l'organo produttore della legge, vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano. In una famosa sentenza (la n. 487 del 1989), la Corte costituzionale individua in questa *ratio* l'incompetenza della legge regionale (o meglio: dei consigli regionali) in materia penale. La criminalizzazione comporta, anzitutto, una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società: e tale scelta non può esser realizzata dai consigli regionali (ciascuno per proprio conto), a causa della mancanza d'una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società.

Ancora di recente, nella sentenza n. 230 del 2012, sulla quale tornerò, la Corte costituzionale insiste sulla *ratio* democratica della riserva di legge in materia penale, e riafferma che il potere di normazione in materia penale è affidato al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale, il quale esprime le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione.

3. Ma se questi sono i fondamenti della *ratio* democratica della riserva, l'illustrazione dei fattori di crisi può apparire agevole⁸.

Sono fattori innanzitutto endogeni.

Sul piano istituzionale, vi è la tendenza alla marginalizzazione della produzione legislativa di origine parlamentare, a favore degli atti normativi del Governo.

Sul piano parlamentare, si osservano alcune frequenti distorsioni del procedimento legislativo – come ad es. la prassi dei cd. “maxiemendamenti”, poi magari blindati attraverso la posizione della questione di fiducia – che mettono in discussione proprio le virtù garantiste della procedura.

Sul piano dell'evoluzione del sistema politico, si assiste alla tendenza verso sistemi maggioritari o para-maggioritari, in cui l'accento si sposta, di fatto, dall'elezione di una rappresentanza politica alla individuazione del *Leader*, a prescindere da ogni valutazione sulla auspicabilità o meno di riforme costituzionali che vadano anche formalmente in questa direzione.

Sul piano della sociologia politica, non ha bisogno di essere sottolineata la crisi dei partiti e la drammatica perdita di autorevolezza e legittimazione delle classi politiche. Sul piano dei rapporti tra le fonti del diritto, la dottrina e la giurisprudenza descrivono frequenti fenomeni di etero-integrazione delle norme penali ad opera di fonti secondarie, e la presenza di norme penali che sanzionano la disobbedienza a provvedimenti della pubblica amministrazione (si pensi al cd. diritto penale “sin-

⁸ Cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, 2006, Milano, *passim*.

dacale”, ove la sanzione penale è irrogata per la violazione di ordinanze di necessità e urgenza emanate dal sindaco⁹).

Sul piano delle tecniche interpretative tipiche dell’attività giurisdizionale, come fattore di crisi della riserva di legge in generale, e anche di quella in materia penale, si pensi al fenomeno della cd. interpretazione “conforme a”: conforme a Costituzione, al diritto dell’Unione, a Convenzione europea dei diritti dell’uomo, al diritto internazionale. Limitandomi alla prima – sulle altre dirò a proposito dei fattori esogeni – è noto che la stessa Corte costituzionale ha avallato e incoraggiato la tendenza dei giudici comuni a fare da soli le operazioni interpretative volute, senza interpellare il giudice delle leggi: “*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali* (Corte cost. 356 del 1996)”.

Come si è efficacemente notato dalla dottrina meno entusiasta circa il fenomeno¹⁰, tutto ciò ha condotto: a) alla lacerazione della “legalità legale”, non più semplicemente modellata dalla legalità costituzionale, ma da questa sostituita; b) alla circostanza che il giudice comune si è sostituito al giudice costituzionale, il giudizio in via incidentale si è avvizzito (anche quantitativamente: basta ascoltare i dati statistici contenuti nelle sempre più allarmate conferenze stampa annuali dei Presidenti della Corte), per essere sostituito da un controllo paradiffuso di costituzionalità; c) la Corte costituzionale ha ridotto il raggio di applicazione di una disposizione, come l’art. 136 cost., che impone l’annullamento con effetto *erga omnes* delle leggi incostituzionali, e che è essenziale per la certezza del diritto.

La dichiarazione di incostituzionalità finisce così per essere sostituita, in troppe circostanze, da un sindacato caso per caso, con effetti imprevedibili, che anziché la

⁹ Sul tema, nella dottrina costituzionale, I. PELLIZZONE, *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, a cura di Elena D’Orlando e Laura Montanari, Torino, 2009, 3 ss.

¹⁰ M. LUCIANI, *op. ult. cit.* Lo stesso A. sottolinea i rischi dell’interpretazione conforme che diventi, in assenza di controlli, “normazione”, in *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”* (06-08-2007), in www.federalismi.it, 7 ss.

In tema di interpretazione conforme e diritto penale si v. anche, nella dottrina costituzionale, G. U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2412 ss. Per un approccio decisamente più disponibile, sempre in riferimento a un caso verificatosi in materia penale, v. invece M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1/2012 (20 marzo 2012).

Nella dottrina penalista, si v. inoltre, con specifico riferimento all’interpretazione conforme alle fonti sopranazionali, V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it (9 luglio 2012), che mette in guardia dai rischi segnalati nel testo.

certezza del diritto assicura, negli slogan delle dottrine entusiaste, la “certezza dei diritti”, la quale, nella realtà, è però spesso il trionfo del soggettivismo occasionalistico applicato alla giurisdizione, attraverso interpretazioni pretesamente conformi a Costituzione, che non di rado prescindono dal testo di legge¹¹.

È evidente come tutto ciò congiuri a favore di una crisi “istituzionale”, per dir così, della riserva di legge in generale e, per quel che a noi interessa, della riserva in materia penale.

4. Ci sono poi i fattori esogeni. Tra questi, il progressivo sviluppo del diritto penale dell’Unione europea: l’art. 83 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona) prevede ormai specifici ed espressi ambiti di competenza penale dell’Unione, sia in quanto competenza del tutto nuova ai fini della lotta contro forme di criminalità gravi e per loro natura transnazionali, sia in quanto espressione di un potere riconosciuto all’Unione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia – ricordo in particolare una nota sentenza del 2005 in materia di inquinamento ambientale – al fine di favorire il raggiungimento dei fini cui tendono normative extra-penali già emanate dall’Unione per regolare alcune politiche proprie (nelle materie dell’*ex primo pilastro*)¹². Questo potere si deve esercitare attraverso direttive, che certo richiedono l’attuazione negli ordinamenti interni attraverso normative nazionali: ma è facile osservare che, spesso, le nostre leggi delega comunitarie finiscono per attribuire ampi poteri all’esecutivo nel recepimento di direttive dell’Unione che impegnano lo Stato a preve-

¹¹ Tra i casi recenti ricordo soltanto la particolarissima operazione interpretativa realizzata dalla Corte di Cassazione sull’art. 275, comma 3, c.p.p., che impone di applicare la misura della custodia cautelare in carcere ai responsabili del delitto di violenza sessuale di gruppo. La Cassazione ha stabilito che possono essere applicate misure diverse quando siano stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte anche mediante restrizioni non carcerarie della libertà personale: e ciò fa in antiletterale applicazione “analogica” dei medesimi principi in base ai quali la Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionale la previsione della custodia cautelare in carcere obbligatoria per altri reati! Difficile negare che la scelta legislativa testuale finisca per essere alterata, nel caso specifico: e nessuna considerazione circa l’opportunità della scelta di merito operata dalla Suprema Corte può oscurare il problema. Sulla questione cfr. M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, cit.; T. E. EPIDENDIO, *Violenza sessuale di gruppo: la crisi dei rapporti tra Cassazione e Corte costituzionale* (Nota a Cass. sez. un. pen. 20 gennaio 2012, n. 4377), in *Quaderni costituzionali*, 2012, 408 ss.

¹² V. in tema di recente C. SOTIS, *La mossa del Cavallo. La gestione dell’incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 464 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Per un’illustrazione in concreto del livello di avanzamento dell’elaborazione di un diritto penale “europeo” cfr. A. VENEGONI, *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell’Unione attraverso la legge penale*, *www.penalecontemporaneo.it*.

dere sanzioni anche penali. Sicché, anche se è ormai meno forte il lamento per il *deficit* democratico dell'Unione, in virtù dell'affermarsi in essa di un procedimento normativo che vede necessariamente coinvolto il Parlamento europeo, e grazie alla presenza di penetranti controlli reciproci fra gli organi dell'Unione, la crisi istituzionale della riserva di legge "nazionale" in materia penale si aggrava.

D'altra parte, non è così facile pensare che il Parlamento europeo si sostituisca, puramente e semplicemente, a quello nazionale nel ruolo che la tradizionale *ratio* democratica della riserva affida a tale organo¹³.

Dico per inciso che altre democrazie si sono accorte del problema molto più di quanto sia accaduto l'Italia, che per vero – è vecchia, tradizionale questione – non conosce procedure che attribuiscono al giudice costituzionale un controllo finale sulla compatibilità costituzionale dei trasferimenti di competenza (o di sovranità!) dallo Stato all'Unione Europea (e anzi siamo l'unico Paese in queste condizioni: tutti gli altri Stati di democrazia matura e anche i nuovi si sono dotati di procedure apposite). In ogni caso, assai significative sono le parole del *Bundesverfassungsgericht* tedesco nella nota sentenza del giugno 2009 sul Trattato di Lisbona¹⁴. Secondo il giudice costituzionale tedesco, proprio per le caratteristiche che il Parlamento europeo esibisce, le norme che attribuiscono competenze penali all'Unione devono essere interpretate in modo restrittivo.

Afferma la Corte tedesca che, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione europea difetta di un organo di decisione politica formato attraverso elezioni eguali per tutti i cittadini dell'Unione e capace di rappresentare in modo unitario la volontà popolare. A tal riguardo manca un sistema di organizzazione del potere nel quale una volontà di maggioranza europea potrebbe reggere la formazione di un governo, ricollegandosi a decisioni libere ed eguali degli elettori e favorendo una competizione trasparente tra maggioranza e opposizione. Il Parlamento europeo, anche dopo la riformulazione dell'art. 14 paragrafo 2 TUE-Lisbona e contrariamente a quanto la lettera dell'art. 10 paragrafo 1 TUE-Lisbona sembra pretendere, non è un organo che rappresenta un popolo europeo sovrano. Il suo disegno istituzionale è quello di una rappresentanza dei popoli attraverso i contingenti nazionali dei deputati assegnati, non invece di una rappresentanza dei cittadini dell'Unione in quanto unità indistinta secondo il principio dell'eguaglianza del voto.

E in considerazione del fatto che le norme del diritto penale e della procedura penale toccano in modo particolarmente sensibile l'autodeterminazione democratica, le basi pattizie delle competenze relative a tali ambiti devono essere interpretate in senso stretto – in nessun caso in modo estensivo – e la loro applicazione

¹³ In direzione opposta v. A. BERNARDI, *op. ult. cit.*, 22 ss.

¹⁴ Decisione *BVerfG*, 2*BvE* 2/08 del 30/06/2009, in www.federalismi.it, con commenti di L. CASSETTI - R. DICKMANN.

richiede una giustificazione apposita. Il diritto penale nel suo nucleo normativo non si presta a essere strumento giuridico tecnico per rendere più effettiva una cooperazione internazionale, ma esprime una decisione democratica particolarmente sensibile sul minimo etico del diritto. Questo viene riconosciuto esplicitamente anche dal Trattato di Lisbona che prevede per le nuove competenze attribuite in materia penale il cd. freno d'emergenza, che consente al rappresentante di uno Stato membro nel Consiglio – in ultima istanza tenuto a rispondere al parlamento – di richiamarsi ad “aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale” per impedire con il veto almeno per il proprio paese che una direttiva incida sul diritto penale (art. 83 paragrafo 3 TFUE).

5. Ancora, contribuisce in notevolissima misura a erodere la *ratio* democratica della riserva di legge in materia penale la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e il suo conseguente utilizzo da parte dei giudici nazionali nell'interpretazione anche del diritto penale¹⁵. Come è noto, in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la nozione di “diritto” contenuta nell'art. 7 della CEDU comprende sia il diritto di origine legislativa che quello di origine giurisprudenziale: ed è estremamente significativo che entrambi i formanti, quello legislativo e quello giurisprudenziale, debbano possedere, per questa giurisprudenza, i requisiti della accessibilità e della prevedibilità¹⁶. È evidente che, a questa stregua, la nozione convenzionale di “base legale” non è affatto equivalente alla garanzia della riserva di legge in materia penale prevista dalla nostra Costituzione.

Nel giudizio sulla violazione dell'art. 7 della Convenzione un ruolo di spicco viene attribuito, in un orientamento da tempo consolidato della Corte europea, al preteso ruolo “chiarificatore” della giurisprudenza, chiamata, anche in assenza di patologie nella produzione normativa, ad applicare norme penali talvolta astrattamente suscettibili, per come sono formulate, di interpretazioni distanti tra loro.

Si può dire che, sulla base dell'art. 7 CEDU, la giurisprudenza della Corte europea accentua piuttosto le esigenze di garanzia assicurate da norme penali chiare e dal principio di irretroattività, ma trascura la riserva alla legge della decisione di politica criminale, quale prodotto di un organo democraticamente legittimato. Non potrebbe probabilmente che essere così, sia per la natura stessa della Corte EDU, che opera come giudice sovranazionale in un sistema privo di organi capaci di porre autoritativamente norme penali, al quale aderiscono ordinamenti alla cui

¹⁵ V. al riguardo O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2011, 2197 ss.; della stessa A., *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *www.penalecontemporaneo.it* (5 novembre 2012); V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

¹⁶ V. M. SCOLETTA, *El principio de legalidad penal europeo*, in *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, 245 ss.

tradizione è estranea la concezione democratica della riserva, sia perché è chiamata ad accertare la violazione di diritti in casi concreti. In questa prospettiva, la previsione di un reato da parte di fonti differenti dalla legge approvata dal Parlamento non conduce per la Corte EDU alla compressione di un diritto del singolo, purché tale fonte sia chiara, conoscibile da colui che ha posto in essere la condotta penalmente rilevante, e la sua entrata in vigore preceda la commissione del reato.

In tal modo, è evidente che la prevedibilità delle conseguenze dei propri comportamenti ben può essere assicurata da orientamenti giurisprudenziali costanti.

E quanto agli standard richiesti per la redazione delle disposizioni penali, la Corte europea riconosce, fin dal noto caso *Cantoni contro Francia*, di non poter imporre livelli minimi di precisione.

In dottrina si osserva efficacemente che, in ambito Convenzione europea, “la legalità risulta compatibile con una interpretazione oggettivamente estensiva (ed anche analogica) del testo legislativo qualora tale estensione normativa sia già consolidata nella giurisprudenza pregressa e, in quanto tale, sicuramente prevedibile *ex ante* dai potenziali destinatari”¹⁷.

Ora, come accennavo, è altrettanto evidente che l’abitudine culturale a utilizzare questa giurisprudenza, conduce i giudici comuni nazionali a mutuare atteggiamenti simili, influenzati da queste tendenze. È in altre parole l’uso che di questa giurisprudenza viene fatto dai giudici comuni e dalla nostra Corte di Cassazione che contribuisce in modo decisivo a delineare i nuovi termini della questione.

6. Credo che un esempio significativo di tutto questo, si trovi nella vicenda che ha portato alla sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale. Qui, la Corte, rigettando assai significative visioni che serpeggiano nella giurisprudenza comune – e che ai miei occhi hanno avuto almeno il merito di interpellare in proposito la Corte costituzionale, senza procedere autonomamente a innovazioni con la tecnica dell’interpretazione conforme – ha affermato che gli artt. 25, comma 2, e 101, comma 2, cost. costituiscono limiti all’applicazione del diritto vivente *in bonam partem* dopo il passaggio in giudicato della sentenza e ha giudicato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sull’art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede l’ipotesi di revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato.

Può risultare singolare che un’innovazione *in bonam partem* sia ostacolata dalla riserva *ex art. 25, comma 2, cost.*, per sua natura destinata a garantire contro inter-

¹⁷ M. SCOLETTA, op. cit., 264 ss.; A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2002, 690.

venti autoritativi *in malam partem*. Gli è che l'innovazione richiesta era vistosissima, giacché il giudice *a quo* sosteneva in pratica che il succedersi nel tempo di due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali possa equivalere ad un atto di produzione normativa. E, appunto, buona parte dell'assunto si basava sull'armamentario culturale derivato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Il giudice remittente argomentava sulla non manifesta infondatezza proprio osservando che la giurisprudenza della Corte europea ha “*inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso Kruslin contro Francia; 12/2/2008, caso Kafkaris contro Cipro; 15/11/1996, caso Cantoni contro Francia; 25/5/1993, caso Kokkinakis contro Grecia)*”¹⁸.

Come noto, la Corte costituzionale è intervenuta in modo piuttosto secco sulla questione così sollevata. La *consecutio* tra diversi orientamenti giurisprudenziali non equivale – afferma la Corte – ad un'operazione creativa di nuovo diritto oggettivo e

¹⁸ Prosegue il giudice remittente: “*Detto in altri termini: laddove non si considerasse la questione del mutamento giurisprudenziale alla luce dell'art. 7 CEDU, si rischierebbe, da un lato, di depotenziare la portata di quella norma (e la sua funzione garantista) e, dall'altro lato, di porre il nostro ordinamento in frizione anche con i principi ricavabili dagli artt. 5 e 6 della Conv.EDU. E un simile principio vale non solo con riguardo ai mutamenti giurisprudenziali (potenzialmente) sfavorevoli agli imputati (in relazione ai quali viene in gioco il valore della prevedibilità del contesto normativo). Ma una simile considerazione del valore dei mutamenti giurisprudenziali non può che valere anche con riferimento ai mutamenti giurisprudenziali favorevoli (in relazione ai quali viene in gioco il principio della retroattività del trattamento di maggior favore per le persone imputate e condannate).*”

Del resto, la necessità che un ordinamento ha di garantire la stabilità delle decisioni e, in definitiva, la certezza del diritto risponde non già ad un'esigenza di vuoto ossequio all'autorità delle decisioni statuali, bensì ad una profonda esigenza di garanzia per i diritti dell'individuo (che –giovà ribadirlo- ha la necessità di poter orientare i propri comportamenti in un contesto normativo e giurisprudenziale concretamente prevedibile ed affidabile).”

Ma anche le nostre Sezioni Unite della Cassazione hanno argomentato che “*l'art. 7 CEDU [...], norma apparentemente “debole” e scarsamente “incisiva” rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia), presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti, resi progressivamente espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha esteso la portata della disposizione, includendovi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia in malam partem (cfr. sentenza n. 32492/96, caso Coeme e altri e/ Belgio), il principio implicito della retroattività della legge meno severa (sentenza Grande Camera 17/9/2009, caso Scoppola c/ Italia), e ha enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di “legalità materiale”, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione. La Corte europea ha saputo “distillare dalla disposizione dell'art. 7 il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea”, conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi. In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di common law e quelli di civil law, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso “allargato”.*”

non giustifica la dilatazione del perimetro applicativo dell'art. 673 c.p.p. E la conclusione non cambia per il solo fatto che la nuova decisione delle Sezioni Unite andasse nella direzione della configurabilità di un'*abolitio criminis*: "al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (eius est abrogare cuius est condere)".

Significativo che in questa sentenza la Corte, sottolineando che gli artt. 25, comma 2, e 101, comma 2, cost. vadano letti a sistema, si spinga a evocare i fondamenti del sistema costituzionale: a opporsi all'equazione suggerita dal giudice *a quo* (successione di linee interpretative contrastanti da parte dell'organo di nomofilachia = atto di produzione normativa) è lo stesso principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge. Si potrebbe chiosare: a richiesta estrema, barriera di freno che evoca i principi di confine dell'ordinamento costituzionale, cioè la stessa separazione dei poteri.

Ora, sulla sentenza n. 230 del 2012, i commenti prevalenti della dottrina non sono entusiasti. Da una parte, si fa notare come la Corte costituzionale avrebbe potuto decidere semplicemente sottolineando che nella sentenza Scoppola della Corte europea viene rinvenuto, come limite alla retroattività in *bonam partem*, il giudicato. Dall'altra, si osserva che non era necessario, ai fini della decisione, il passaggio della Corte sull'art. 25, secondo comma, cost., e sulla *ratio* più antica della riserva di legge in materia penale, nonché sulla distinzione tra diritto legislativo e giurisprudenziale, che sarebbe "sterile" (commento questo tanto più significativo in quanto proveniente da un costituzionalista)¹⁹. Per questa dottrina, la Corte avrebbe potuto fare leva, per dichiarare infondata la questione, sul limite del giudicato penale. In questo modo avrebbe potuto evitare di incorrere nella contrapposizione tra tutela costituzionale, radicata nella riserva di legge in materia penale, e tutela convenzionale, secondo cui in materia penale la norma incriminatrice deve essere prevedibile e conoscibile.

Ma intanto la giurisprudenza continua nella sua opera. Il giudice dell'esecuzione di Torino, con ordinanza 30 gennaio 2012, successiva all'ordinanza di rimessione che ha dato luogo alla sentenza n. 230 del 2012, ha proceduto all'applicazione, per così dire analogica, della revoca della sentenza penale di condanna di cui all'art. 673 c.p.p. anche al caso di mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* delle Se-

¹⁹ A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), in www.diritticomparati.it, 15 ottobre 2012. *Ivi*, del medesimo A., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum. Non entusiasta sembra anche V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2012.

zioni Unite della Cassazione (il caso è identico a quello oggetto del giudizio in cui è stata invece sollevata la questione di legittimità costituzionale poi decisa con la sent. n. 230 del 2012: si tratta ancora del reato di omessa esibizione dei documenti di passaporto e permesso di soggiorno, ritenuto ascrivibile al solo straniero regolare e non più anche, invece, allo straniero illegittimamente presente sul territorio dello stato). Si è dunque in presenza di una fuga in avanti, a mio sommo avviso preoccupante, che incontra però sostegno in dottrina²⁰.

7. Questa situazione, sommariamente descritta, richiede rimedi? Torniamo alla domanda iniziale: la questione di fondo è comprendere se a queste trasformazioni si debba cercare di resistere, ovvero se di esse si debba semplicemente prendere atto e piuttosto attivarsi per una loro razionalizzazione.

Altre domande, tuttavia, si affollano. I criteri e i metodi attuali di “legittimazione” dei magistrati sono adeguati a questi mutamenti? Tutti ormai siamo abituati a rispondere di no. La legittimazione “tecnica” fornita dalla vittoria di un concorso, certo serio e selettivo, così come attualmente disciplinato, non sembra bastare. Al giudice custode dei diritti, si dice, non può essere sufficiente accedere allo *status* tipico del funzionario pubblico. Ma la questione, osservo, potrebbe essere rovesciata: giacché ad un magistrato – *rectius*: ad un giudice (essendo ancora diversa la questione per un pubblico ministero) – che ha (soltanto) una tale legittimazione tecnica non si potrebbero, né si dovrebbero, chiedere prestazioni che involgano ampi margini di discrezionalità, che sfiorano quella tipicamente politica, in tema di garanzia dei diritti.

E allora: si dovrebbe pensare ad introdurre forme di reclutamento alternativo, come ad esempio la cd. ventilazione, con accessi laterali in magistratura dalle altre professioni legali? Ma l’esperienza dice che queste misure non sembrano godere di sufficiente *appeal* e attrattiva nei nostri contesti professionali e sociali.

Vi sono poi questioni attinenti alla formazione iniziale e permanente dei magistrati. È attualmente in corso il passaggio dei compiti formativi dal CSM alla Scuola superiore della Magistratura, finalmente messa nelle condizioni di iniziare a svolgere la propria funzione, come la legge richiede. Ed è ancora troppo presto per dire se la Scuola potrà segnare una opportuna discontinuità con vecchie prassi, e in particolare con una formazione talvolta auto-referenziale, governata con l’attento bilancino di un pluralismo talvolta più di “corrente” che non culturale.

²⁰ F. VIGANÒ, *Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?*, 19 ottobre 2012, in www.penalecontemporaneo.it, il quale, pur riconoscendo come la soluzione in questione sia in frontale contrasto con quanto affermato nella sent. 230/2012 dalla Corte costituzionale, osserva che il giudice ordinario non è vincolato all’interpretazione che la Corte costituzionale fornisca di una norma ordinaria, e ritrova nel principio di uguaglianza la sostenibilità di un’applicazione analogica dell’art. 673 c.p.p.

Andrebbero inoltre, e ovviamente, affrontati i delicati problemi relativi al tipo di responsabilità che un giudice dotato dei poteri descritti dovrebbe accollarsi. Una responsabilità vista non solo nell'ottica della sanzione disciplinare o civile, ma soprattutto professionale: ciò che aprirebbe a considerazioni, qui non possibili, sulle valutazioni di professionalità assicurate dal CSM alla luce della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005-2006²¹.

Ma, infine, la sfida più importante, che è prima di tutto sfida teorico-culturale, consiste oggi, in un sistema a tradizione europeo-continentale, nel segnalare con sufficiente approssimazione, alla luce delle mutate condizioni in cui opera la funzione giurisdizionale, i nuovi confini della discrezionalità giudiziaria. Sottolineo che questo è innanzitutto un compito culturale della dottrina, giacché non avrebbe senso immaginare ora un improvviso intervento, *ab externo*, di un legislatore probabilmente non all'altezza del compito.

Ritengo in particolare che questo sia un compito di rilievo costituzionale. Non perché limitato al diritto costituzionale come settore scientifico, ovviamente, ma perché orientato a segnare nuovi confini e rapporti tra poteri e funzioni all'interno di una democrazia pluralista.

Se le decisioni politiche del legislatore sono oggettivamente insufficienti, è certo che al giudice, come si è detto, spettano oggi con evidenza funzioni un tempo non immaginabili: ma ciò non può ovviamente significare né che le sentenze siano divenute *tout-court* fonti del diritto, né che esse abbiano legittimamente un contenuto creativo, né, infine, che i criteri dei quali il giudice si serve nella sua nuova opera siano criteri politici, omogenei a quelli utilizzati da organi politici. Per questo, è necessario dire se i canoni ermeneutici tradizionali sono insufficienti e, in caso affermativo, identificare con precisione i canoni di una "nuova" ragionevolezza tipica della funzione giudiziaria, e, infine, circoscrivere all'interno di questa l'ammissibilità degli interventi del giudice²². Questa riflessione va condotta dai teorici del diritto, ma applicata ai casi concreti di diritto positivo che la pratica e la giurisprudenza esibiscono²³.

E proprio alla luce di quel che si è detto sulla crisi della legalità nel diritto penale, è necessario altresì distinguere, da questo punto di vista, tra settore e settore del diritto, poiché vi sono ambiti nei quali la discrezionalità giudiziaria deve avere spazi più limitati: e torniamo così proprio al diritto penale, e dunque al significato fondamentale della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, cost., cui è augurabile possa essere concessa, se ve ne saranno le condizioni, una stagione di rinnovata vitalità.

²¹ In argomento cfr. ad esempio alcuni degli scritti raccolti in N. ZANON - G. DI RENZO VILLATA - F. BIONDI (a cura di) *L'ordinamento giudiziario a cinque anni alla riforma*, Milano, 2012.

²² A partire dall'insegnamento di A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, *passim*.

²³ Ad esempio secondo il metodo utilizzato negli scritti raccolti da V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2012.