

TAVOLA ROTONDA

LE DUE LEGALITÀ: QUALE CONVIVENZA NEL DIRITTO PENALE?

Nota introduttiva di CRISTINA DE MAGLIE

Il rapporto tra l'art. 25, comma 2, Cost. e l'art. 7 CEDU oscilla tra il *bis in idem* precettivo, derivante dall'evidente somiglianza delle due disposizioni sovralegislative, e la marcata alterità funzionale, dovuta al metodo casistico del diritto convenzionale a fronte della centralità che assume, nell'architettura costituzionale, il diritto penale legislativo.

Da qui, la problematica coesistenza di due sistemi convergenti, ma non identici, nel presidiare i dettami della legalità penale, dalla determinatezza alla irretroattività. Si pensi alla radicale diversità di approccio alla questione della legittimazione democratica del diritto penale. Al principio della riserva di legge, affatto centrale a livello costituzionale, si contrappone la matrice prevalentemente giurisprudenziale della legalità convenzionale. Per dirla con altre parole: mentre l'approccio costituzionale alla materia penale è ispirato alla soggezione del giudice alla legge, il diritto penale convenzionale favorisce un dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali. Il crescente protagonismo della Corte EDU, nelle vesti di incisivo co-legislatore, altera il gioco degli equilibri interni e fagocita anche il ruolo di garanzia della Corte costituzionale, costruito sulla centralità del legislatore nazionale. In questo contesto, l'art. 117 Cost. ha aperto un varco attraverso cui possono essere by-passati i cardini costituzionali che hanno finora presidiato il diritto penale, con progressiva emarginazione della dialettica Parlamento-Corte costituzionale.

Di recente, il punto di maggiore tensione è apparso il tema della retroattività della legge penale (e della sua interpretazione) favorevole, che è stato spinto dalla Corte EDU oltre il confine tracciato tradizionalmente dall'art. 25, comma 2, Cost. Ne è conseguito un indebolimento della tenuta del giudicato nazionale. È ben vero che finora questo orientamento della giurisprudenza convenzionale ha prodotto pronunce *in bonam partem*. La Corte EDU ha superato cioè il diritto interno offrendo maggiori garanzie al *favor libertatis*. Resta il dubbio che l'art. 117 Cost. possa portare in futuro alla svalutazione operativa dell'art. 25, comma 2, Cost. e dei suoi controlimiti garantistici ritenuti oggi irrinunciabili.

Lo scenario che si dischiude è quanto mai stimolante per un dibattito, nel quale abbiamo ritenuto di coinvolgere Franco Fiandanese, Vincenzo Maiello, Silvio Riondato e Antonio Vallini ai quali chiediamo di soffermarsi su alcuni interrogativi di fondo:

a) come si concilia la legittimazione giurisprudenziale dell'art. 7 CEDU con la tradizione culturale che, nella gran parte degli ordinamenti europei, è ancorata al principio della riserva di legge?

b) può annoverarsi oggi la giurisprudenza, soprattutto, ma non solo, quella convenzionale, tra le fonti del diritto, con tutte le conseguenze che ne discendono in materia di intertemporalità?

c) può la Corte EDU introdurre interpretazioni che indeboliscano le garanzie offerte dalla legalità nazionale?

FRANCO FIANDANESE

1. Prima della pronuncia da parte della Corte costituzionale delle sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, che hanno riconosciuto alle norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, tramite il disposto dell'art. 117, comma 1, Cost. il valore di "norme interposte" del giudizio di costituzionalità, nel significato ad esse attribuito dalla Corte di Strasburgo, per lungo tempo la giurisprudenza sia civile che penale della Corte di cassazione aveva escluso una loro immediata rilevanza nell'ordinamento interno, attribuendo alla giurisprudenza della Corte EDU l'efficacia di un semplice precedente autorevole [così, Cass. pen., sez. un, n. 2 del 6 marzo 1992, *Giovannini*, Rv. 191150 e ancora nell'anno 2003, Cass. civ., sez. un., n. 6853 del 6 maggio 2003, Rv. 562666]. Quelle sentenze hanno aperto un varco attraverso il quale, in pochi anni, le norme convenzionali sono penetrate all'interno dell'ordinamento italiano, portate dalla giurisprudenza della Corte EDU, con effetti positivi in termini di accrescimento dei diritti nel processo penale, che si sono prodotti seguendo diversi percorsi: quello di sollecitare gli interventi di un legislatore spesso inerte o tortuoso, quello di imporre l'esecuzione delle sentenze di condanna per violazione delle norme convenzionali mediante adattamento e applicazione analogica delle norme processuali, quello di obbligare la Corte costituzionale a interventi demolitori o ricostruttivi della normativa contrastante con la CEDU, quello di stimolare i giudici ad interpretazioni adeguatrici alla normativa convenzionale.

2. Proprio a seguito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte europea, che aveva affermato l'obbligo dell'Italia di garantire, con le opportune misure, l'integrazione dell'ordinamento a tutela dei diritti dei contumaci [Corte EDU 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*], il legislatore modificò, con d.l. 212 febbraio

2005, n. 17, convertito in legge 22 aprile 2005, n. 60, la disciplina dell'istituto della restituzione in termini nel processo penale (art. 175 c.p.p.), riconoscendo all'imputato contumace il diritto ad essere restituito nel termine per proporre impugnazione, salvi i casi in cui emerga che egli abbia avuto conoscenza del procedimento o del provvedimento, e che abbia volontariamente rinunciato a comparire o a proporre impugnazione.

A fronte dell'inerzia del legislatore nell'introdurre nell'ordinamento istituti di carattere generale idonei ad assicurare l'ottemperanza alle decisioni della Corte EDU, bisogna registrare la apprezzabile apertura della giurisprudenza di legittimità, che ha seguito percorsi ermeneutici diversificati e comunque coerenti con l'intento di trovare soluzioni a specifiche e contingenti situazioni processuali pervenute al suo esame, giustificate dal vuoto normativo in materia. Si intende riferirsi all'utilizzo, con interpretazione analogica *in bonam partem*, dell'istituto del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625 *bis* c.p.p.), al fine di dare esecuzione alle sentenze della Corte di Starsburgo che abbiano accertato la violazione nel processo davanti alla Corte di cassazione di garanzie convenzionali, ancorché non dipese da mero errore percettivo [Cass. pen., sez. VI, n. 45807 del 12 novembre 2008, Drassich, Rv. 241753; Cass. pen., sez. VI, n. 36323 del 25 maggio 2009, Drassich, Rv. 244974; Cass. pen., sez. II, n. 37413 del 15 maggio 2013, Drassich, Rv. 256651; Cass. pen., sez. V, n. 16507 dell'11 febbraio 2010, Scoppola, Rv. 247244] ovvero all'impiego dell'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione (art. 175, comma 2, c.p.p.) per porre rimedio alle violazioni della CEDU collegate alla disciplina del processo contumaciale [Cass. pen., sez. I, n. 32678 del 12 luglio 2006, Somogyi, Rv. 235035].

Si tratta di soluzioni interpretative che, muovendosi nel quadro del sistema processuale vigente, non erano idonee a risolvere quelle situazioni in cui la *restituito in integrum* del soggetto leso nei suoi diritti fondamentali può essere ottenuta soltanto con una riapertura del processo, come nel caso Dorigo, in cui la Corte EDU aveva dichiarato la mancanza di equità del processo a causa della violazione dell'art. 6 p. 3 lett. d) in quanto l'accusato non aveva potuto esercitare il diritto di interrogare o di fare interrogare i testimoni a carico. A seguito delle numerose constatazioni di inadempienza da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, la Corte di cassazione pervenne ad una soluzione di "rottura" del sistema, con la dichiarazione di ineseguibilità del giudicato [Cass. pen., sez. I, n. 2800 del 1° dicembre 2006 – 25 gennaio 2007, P.M. in proc. Dorigo, Rv. 235447], che, per quanto criticabile, costituì una spinta fondamentale – sempre in presenza di inerzia legislativa nonostante gli inviti della Corte costituzionale [sent. n. 129 del 2008] – all'adozione di una decisione di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. [sent. n. 113 del 2011], con un intervento additivo che ha creato un modello processuale atipico di revisione, i cui connotati non potranno che delinearsi nel concreto della

esperienza giuridica [R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it], ma che la Corte di cassazione ha già esteso al procedimento di applicazione delle misure di prevenzione [Cass. pen., sez. V, n. 4463 del 15 novembre 2011 – 2 febbraio 2012, Labita, Rv. 252939]. In tal modo, è stata tolta – come la stessa Corte costituzionale precisa – la «*copertura del giudicato*» a quei vizi processuali che implicano compromissioni di particolare rilevanza dei diritti riconosciuti dalla Convenzione EDU, ponendo l'interessato in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza della Convenzione stessa.

3. Uno dei più rilevanti problemi emersi nell'ordinamento italiano concerne proprio il grado di resistenza del giudicato nazionale.

Resta fondamentale la Raccomandazione n. 2 del 2000 del Consiglio d'Europa, con cui si incoraggia gli Stati ad esaminare i rispettivi ordinamenti nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione e in particolare quando la parte lesa continui a risentire gravi conseguenze negative a seguito della decisione nazionale, non compensabili con l'equa riparazione, nonché quando la sentenza della Corte induce alla conclusione che: a) la decisione interna impugnata è nel merito contraria alla Convenzione; b) la violazione riscontrata è costituita da *errores in procedendo* o da altre mancanze di tale gravità da far sorgere seri dubbi sull'esito del procedimento nazionale considerato. Anche alla luce dei più vincolanti obblighi di conformazione alle sentenze della Corte di Strasburgo previsti dalle modifiche apportate all'art. 46 CEDU dal Protocollo n. 14, firmato il 13 maggio 2004 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010 [la l. 15 febbraio 2005, n. 280, ha autorizzato la ratifica e ha dato esecuzione al Protocollo n. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo], ciò significa che, in presenza di taluni presupposti, lo Stato non può invocare l'intangibilità del giudicato quale motivo idoneo ad esonerarlo dai propri obblighi. In definitiva, la sentenza della Corte EDU, pur priva di qualsiasi effetto rescindente rispetto al giudicato interno, può obbligare lo Stato a revocare tale giudicato.

Il dibattito sul tema è divenuto particolarmente acceso con la pronuncia della Corte EDU nel caso Scoppola [Grande Chambre, 17 settembre 2009, ric. num. 10249/03], con la quale è stato affermato che l'art. 7, par. 1, della Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo. Nel caso di specie il processo si era svolto nel vigore di tre norme,

una, quella del testo originario dell'art. 442, comma 2, c.p.p., che precludeva per i reati punibili con la pena dell'ergastolo l'accesso al rito abbreviato, l'altra, introdotta dall'art. 30 della legge n. 479 del 1999, la quale prevedeva che, se il reato commesso era punibile con la pena dell'ergastolo la pena da applicare in esito al rito abbreviato doveva essere pari a trenta anni di reclusione, un'altra, infine, entrata in vigore il giorno stesso della pronuncia di condanna di Scoppola in primo grado, dell'art. 7 D.L. n. 341 del 2000, che disponeva, quale interpretazione autentica, che l'espressione "pena dell'ergastolo" di cui al modificato art. 442 c.p.p. dovesse intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno.

La Corte di cassazione ha dato direttamente esecuzione alla sentenza della Corte europea con la procedura del ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.* con riferimento al caso deciso dalla Corte EDU [Cass. pen., sez. V, n. 16507 dell'11 febbraio 2010, Scoppola, Rv. 247244], mentre ha sollevato questione di costituzionalità con riferimento ai casi identici rispetto ai quali non era intervenuta una specifica pronuncia della Corte EDU [Cass. pen., sez. un., n. 34472 del 19 aprile 2012, Ercolano, Rv. 252933].

La Corte costituzionale, con sentenza n. 210 del 2013, ha pronunciato quella dichiarazione di incostituzionalità che ha consentito di incidere direttamente sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU.

4. Preoccupazioni per la tenuta del giudicato nazionale? Deve osservarsi, in primo luogo, che la resistenza del giudicato è stata ampiamente intaccata con riferimento alla materia civilistica dagli interventi della Corte di giustizia, non solo con riferimento all'ordinamento italiano [Lucchini, 18 luglio 2007, n. 119/05; Olimpiclub s.r.l., 3 settembre 2009, C 2/08, nonché Cass. civ., sez. I, 25 novembre 2009, n. 24784], ma anche in relazione agli ordinamenti di altri paesi europei ed anche con riferimento ai rapporti tra privati in tema di tutela del consumatore [Kuhne & Heitz, 13 gennaio 2004, C. 453/00; Asturcom Telecomunicaciones SL c. Rodriguez Nogueira, 6 ottobre 2009, C-40/08]. Nel campo penale una risposta decisa e rigorosa alla domanda si trova nella citata sentenza delle Sezioni Unite n. 34472 del 2012: *«Di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non possono essere di ostacolo a un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della*

persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare "dallo stigma dell'ingiustizia" una tale situazione».

Del resto, anche prescindendo dall'applicazione delle sentenze della Corte EDU, la possibilità che il valore del giudicato possa essere considerato recessivo, rispetto all'esigenza di far cessare l'esecuzione di una pena rivelatasi *ex post* illegittima, è emersa anche con riferimento a dichiarazioni di illegittimità costituzionale totale o parziale di una norma penale a suo tempo applicata dal giudice della cognizione. È il caso recente della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti) sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p. [sent. n. 251 del 2012], che ha determinato la Sezione I della Corte di cassazione a trasmettere alle Sezioni Unite il quesito relativo alla possibilità, in applicazione di quella sentenza di illegittimità costituzionale, di rideterminare la pena «vincendo la preclusione del giudicato» [Cass. pen., sez. I, ord. 20 novembre 2013, Gatto, questione fissata all'udienza delle Sezioni Unite del 29 maggio 2014]¹.

Non può non osservarsi, peraltro, che il caso Scoppola è un caso mancato di interpretazione sistematica della normativa vigente, che avrebbe consentito di evitare una condanna da parte della Corte di giustizia. Infatti, da un lato, deve rilevarsi che la fattispecie consentiva l'applicazione dell'art. 25 Cost., posto che allo Scoppola, nella successione di tre distinte discipline intervenute nel corso del processo, era stata applicata l'ultima legge sopravvenuta che sicuramente introduceva una norma penale sostanziale sfavorevole, in quanto comportante una modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio [per questa interpretazione dell'art. 25 Cost. da ultimo: Corte cost. sent. n. 236 del 2011], attraverso la autoqualifica come norma di interpretazione autentica, «non corrispondente alla realtà», come affermato dalla stessa Corte costituzionale nella citata sentenza n. 210 del 2013, in conformità ad identica affermazione contenuta nella sentenza Scoppola; fittizietà della autoqualifica della legge come di interpretazione autentica più volte censurata dalla giurisprudenza costituzionale, che esclude la possibilità di una modifica retroattiva delle leggi che incida «in modo irragionevole sul legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica» [sent. n. 155 del 1990, n. 15 del 1995, n. 374 del 2000 e n. 209 del 2010], determinando l'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia in contrasto con il principio dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU [sent. n. 78 del

¹ Decisa, dopo la redazione del presente scritto, con sentenza la cui motivazione non è stata ancora depositata, ma che, come risulta dalla notizia di decisione, ha dato risposta affermativa a quel quesito.

2012]. Dall'altro lato, anche non volendo richiamarsi all'art. 25 Cost. e volendo fare applicazione della norma più favorevole tra quelle succedutesi nel corso del processo Scoppola, soccorreva il principio costituzionale, riconosciuto con plurime sentenze della Corte costituzionale [da ultimo: n. 394 del 2006], della retroattività della legge più favorevole, il cui fondamento è stato individuato nel principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della *lex mitior*, sebbene tale principio sia ritenuto, a differenza della irretroattività della norma penale sfavorevole, suscettibile di deroghe, legittime sul piano costituzionale ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli: e nel caso di specie ragionevoli non erano, tanto più che era stato deluso il legittimo affidamento che l'imputato aveva risposto su una riduzione di pena in sede di scelta del rito speciale con conseguente rinuncia a diritti inerenti alla nozione stessa di processo equo.

Pertanto, deve riconoscersi che l'intervento della Corte EDU ha avuto il merito di portare ad emergenza una problematica di tutela di diritti fondamentali che ben avrebbe potuto trovare soluzione all'interno del sistema nazionale.

5. Per converso alla Corte EDU deve riconoscersi anche il merito di espungere dal catalogo dei diritti fondamentali alcuni istituti che, invece, nel nostro sistema sono considerati favorevolmente. E' il caso della prescrizione, che la sent. n. 393 del 2006 della Corte costituzionale aveva ricondotto nell'ambito della retroattività *in mitius*, qualificandola come istituto di carattere sostanziale. Ciò aveva indotto la Corte di cassazione, dopo la pronuncia della sentenza Scoppola, a proporre questione di legittimità costituzionale della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione. La Corte costituzionale [sent. n. 236 del 2011], per ritenere infondata la questione di costituzionalità, ha dovuto limitare la portata dei principi fissati dalla sentenza Scoppola, da un lato, ritenendo che tale pronuncia non escludesse la possibilità che la retroattività *in mitius* possa subire deroghe o limitazioni quando siano sorrette da una valida giustificazione, dall'altro lato, affermando che il principio di retroattività della legge più favorevole riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente le fattispecie incriminatrici e la pena, risultando, quindi, meno esteso di quello che emerge dall'art. 2 c.p., che si riferisce a tutte le norme sostanziali che, pur riguardando profili diversi dalla sanzione in senso stretto, incidono sul complessivo trattamento riservato al reo, come la prescrizione.

Un complesso percorso argomentativo quello della Corte costituzionale, che tende a conciliare legge ordinaria, principi costituzionali, parametri costituzionali interposti *ex art. 117 Cost.*, solo al fine di salvaguardare una formale coerenza in-

terna del sistema nazionale, ma che appare del tutto irrilevante alla luce della giurisprudenza sostanzialistica della Corte EDU, la quale ha affrontato la medesima questione di cui alla citata sent. n. 236 del 2011, con poche righe di una pronuncia di irricevibilità per manifesta infondatezza [Previti c. Italia, 12 febbraio 2013, ric. num. 1845/08], poiché le regole in materia di prescrizione sono norme di procedura e il regime transitorio di cui alla legge n. 251 del 2005 «*non appare irragionevole né arbitrario*».

Del resto la Corte EDU ha avuto modo di censurare l'applicazione dell'istituto della prescrizione con la sentenza pronunciata il 29 marzo 2011 Seconda Sezione caso Alikaj c. Italia, ric. num. 47357/08, che ha affrontato per la prima volta il tema della compatibilità del sistema italiano di prescrizione del reato con gli standards internazionali di tutela dei diritti fondamentali, affermando l'incompatibilità con gli artt. 2 e 3 della Convenzione di un meccanismo di prescrizione che, per effetto della durata del processo, impedisca ogni reazione sanzionatoria con funzione dissuasiva.

Anche di recente la stessa Corte ha affermato che «*La Cour rappelle que l'un des buts de l'application des sanctions pénales est de réprimer et de dissuader l'auteur d'une infraction d'en commettre davantage. Elle ne peut pas accepter que la fin d'une protection effective contre les mauvais traitements est atteinte lorsque la procédure pénale est classée en raison de la prescription de l'action publique*» [Ceachir c. Moldavia, 10 dicembre 2013, ric. num. 50115/06].

6. Sempre sul fronte del giudicato deve osservarsi che esso ha subito ulteriori flessioni ad opera di quelle sentenze che hanno fatto cadere le barriere del giudicato cautelare [Cass. pen., sez. II, n. 19716 del 6 maggio 2010, Merlo, Rv. 247113] e di quello esecutivo [Cass. pen., sez. un., n. 18288 del 21 gennaio 2010, P.G. in proc. Beschi, Rv. 246651] per effetto di un intervenuto mutamento giurisprudenziale, sulla base della osservazione che la giurisprudenza della Corte EDU «*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*» e che «*tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo*» [così la citata sentenza Beschi]. Certo tali sentenze distinguono la preclusione dal giudicato in senso proprio, avvertendo, peraltro, che la dimensione europea relativizza il giudicato nazionale «*in situazioni particolari in cui le corrispondenti modalità di attuazione siano strutturate in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile il concreto esercizio di diritti previsti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)*».

La Corte costituzionale, però, posta di fronte al problema della possibile incidenza del mutamento giurisprudenziale sul giudicato in senso proprio, con la sentenza n. 230 del 2012, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. censurato nella parte in cui non include tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna anche il mutamento giurisprudenziale determinato da una decisione delle sezioni unite della Corte di cassazione in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato, non sussistendo la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. per contrasto con gli artt. 5, 6 e 7 della CEDU. La Corte con analitica e, addirittura, puntigliosa motivazione, circoscrive la nozione di «*diritto vivente*» e il ruolo del giudice, affermando che nel nostro ordinamento assume centrale rilevanza il principio della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, comma 2, Cost., che «*demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, 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*». Pertanto, attribuire all'*overruling* giurisprudenziale favorevole la capacità di travolgere il principio di intangibilità della *res iudicata*, espressivo della certezza dei rapporti giuridici, sarebbe contrastante, prima ancora che con la riserva di legge, con «*il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, comma 2, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge*» e «*comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale*».

Tale costruzione, caratterizzata da parole molto forti («*sovversione di sistema*», «*foriero di aporie*»), presenta già al suo interno alcune “crepe”, laddove ad esempio lascia lo spazio aperto alla vincolatività di una nuova interpretazione favorevole di una norma penale, allorché «*il giudizio vertesse su un fatto commesso dopo la decisione delle Sezioni unite*», in ragione dell’“affidamento” generato nei consociati dalla decisione stessa; ciò equivale ad attribuire alla pronuncia delle Sezioni Unite un rapporto di preminenza al di fuori di un giudizio di rinvio, pervenendo proprio a quei risultati che, invece, la Corte costituzionale censura come «*marcatamente disarmonici, stante la estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell'ordinamento*».

Ma soprattutto è stata evidenziata la sproporzione delle argomentazioni rispetto al caso concreto in cui, in realtà, potrebbe ritenersi inesistente la premessa dell'intervento della Corte costituzionale, cioè che la decisione delle Sezioni Unite

costituisca un vero e proprio *overruling* giurisprudenziale, caratterizzato dall'attributo dell'imprevedibilità, in un quadro interpretativo precedente che possa ritenersi adeguatamente consolidato [A. MARI, *Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, 947 ss.; in senso analogo, ma con richiamo ai principi dell'abrogazione tacita e alla necessità di rimediare ad un errore giudiziario, O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 3464 ss.].

Si può ritenere che la Corte costituzionale, impegnandosi in una rigorosa apposizione di confini con il richiamo ai più alti principi di riserva di legge e separazione dei poteri, abbia voluto – ribadendo precedenti prese di posizioni sul punto [cfr. sent. n. 80 del 2011] – rafforzare la propria netta censura dei percorsi argomentativi, adottati anche da diversi giudici di merito, che portano alla sostanziale diretta disapplicazione di disposizioni interne ritenute in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali, scegliendo, peraltro, un tema che presenta aspetti molto delicati di contrasto tra il rigore delle soluzioni interpretative e le esigenze di giustizia sostanziale [su quest'ultimo punto si vedano le osservazioni di F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *www.penalecon-temporaneo.it*; F. BERTOLINI, *Dal confronto con ordinamenti "altri", la riflessione sulla propria identità*, in *Giur. it.*, 2013, 1911 ss.; nonché G.U. RESCIGNO, *Intorno ad interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di cassazione di disposizioni penali incriminatrici*, in *Giur. cost.*, 2012, 3795, che invoca l'applicazione nel caso di specie dell'istituto della revisione oltre i casi espressamente previsti per rimediare ad una «disuguaglianza ingiustificata e ingiustificabile»).

La Corte EDU, allorché afferma: «La nozione di "diritto" ("law") utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di "legge" che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità», si basa su una constatazione ineccepibile, che vale anche per gli ordinamenti di *civil law*: «Anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime non può presentare una precisione assoluta (...) Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà 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 cambiamenti di situazione. La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme. Del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurispruden-

za, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale» [Corte EDU, Grande Chambre, 17 settembre 2009, ric. num. 10249/03, Scoppola c. Italia].

Detto in altri termini: il giudice «*applica la legge che esprime la sovranità popolare, ricorrendo – ove la legge sia frammentaria, incerta, contraddittoria, ancorata a valori diversi da quelli costituzionalizzati – ad una interpretazione costituzionalmente orientata o all'analogia legis e ancor di più a quella juris, applicando pur sempre, con terzietà ed imparzialità, regole giuridiche (e non morali, religiose, ideologiche, politiche), perché l'eventuale assenza di una regola specifica o la presenza di una regola limitata o lacunosa non può determinare l'assenza di tutela giurisdizionale o la negazione della funzione di risolutore della lite*» [Relazione del Primo Presidente sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009].

Non si può trascurare, inoltre, l'osservazione – che non può essere approfondita in questa sede – che anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008, n. 130, quanto meno i principi della CEDU possono trovare diretta applicazione da parte del giudice allorché «*la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo, in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione*» [Corte cost. n. 80 del 2011], salva la possibilità di prefigurare l'adesione della UE alla Convenzione CEDU.

7. Rimane da esaminare l'ultimo percorso attraverso il quale le norme della Convenzione EDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, sono penetrate all'interno dell'ordinamento italiano: quello della interpretazione adeguatrice, individuata dalla Corte costituzionale, fin dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, come passaggio obbligato prima di pervenire a sollevare questione di costituzionalità, così da evitare nella misura più ampia possibile una decisione sfavorevole da parte dei giudici di Strasburgo, con le consequenziali ricadute in punto di esecuzione della sentenza europea e di travolgimento del giudicato.

Emblematico di un corretto modo di procedere nell'interpretazione delle norme interne alla luce della Convenzione EDU e del modo di porsi della giurisprudenza della Corte EDU nei confronti degli ordinamenti nazionali è quello che riguarda l'applicazione dell'art. 512 c.p.p.

La sentenza Cass. pen., sez. II, n. 43331 del 18 ottobre 2007, Poltronieri [v. P. TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878], pochi giorni prima della pronuncia delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, aveva esaminato la problematica delle dichiarazioni predibattimentali di

cui sia data lettura in giudizio per sopravvenuta impossibilità di ripetizione ed aveva ricostruito il sistema codicistico alla luce del nuovo testo dell'art. 111 Cost., ponendo rigorosi limiti all'acquisizione quale prova in dibattimento delle suddette dichiarazioni, affermando, in sintesi, che l'acquisizione in dibattimento dei verbali di dichiarazioni per sopravvenuta impossibilità di ripetizione è subordinata al rigoroso accertamento sia dell'irreperibilità del testimone, previo espletamento di accurate ricerche, sia dell'imprevedibilità dell'irripetibilità dibattimentale durante la fase delle indagini preliminari, sulla base del criterio della prognosi postuma, sia infine dell'estraneità dell'irreperibilità ad una volontaria e libera scelta del testimone di sottrarsi all'esame in contraddittorio. Ma la Corte, pur pervenuta a tali conclusioni interpretative in adesione ai principi costituzionali, non riteneva che il proprio dovere potesse dirsi totalmente adempiuto se non dopo avere verificato che le suddette conclusioni potessero dirsi rispettose delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e fossero idonee ad esonerare lo Stato italiano da responsabilità in sede internazionale.

La suddetta sentenza prendeva atto che la Convenzione era interpretata dalla Corte EDU nel senso che i diritti della difesa sono ristretti in maniera incompatibile con le garanzie dell'art. 6 quando una condanna si fonda esclusivamente o in misura determinante su deposizioni provenienti da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né allo stadio dell'istruzione né durante il dibattimento [Craxi c. Italia cit.; Luca c. Italia cit.; A.M. c. Italia cit.; De Lorenzo c. Italia, 12 febbraio 2004, n. 69264/01; Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005, n. 36822/02]. La stessa sentenza, quindi, riteneva che l'interprete non dovesse isolarsi in un contesto nazionale, ma dovesse cercare «una "osmosi" tra le diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale», e concludeva nel senso che «è conforme ad una interpretazione adeguatrice alle norme costituzionali e convenzionali, ritenere che il disposto dell'art. 526, comma 1-bis, c.p.p., sia una norma di chiusura, che impone una regola di valutazione della prova sempre applicabile anche con riferimento a dichiarazioni che risultino legittimamente acquisite alla stregua della disciplina sulle letture dibattimentali, le quali, quindi, non potrebbero, di per sé sole, fondare la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato».

Tale interpretazione è stata, poi, seguita dalla giurisprudenza successiva [Cass. pen., sez. I, n. 44158 del 23 settembre 2009, Marinkovic, Rv. 245556; Cass. pen., sez. V, n. 21877 del 26 marzo 2010, T., Rv. 247446; Cass. pen., sez. III, n. 27582 del 15 giugno 2010, R., Rv. 248053] e definitivamente sancita dall'intervento delle Sezioni Unite: «Le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono – conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della CEDU – fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità pena-

le» [Cass. pen., sez. un., n. 27918 del 25 novembre 2010 – 14 luglio 2011, D. F., Rv. 250199].

Ciò che importa rilevare è non solo il percorso argomentativo della sentenza citata per pervenire ad una interpretazione adeguatrice alla CEDU al di là e “in aggiunta” al sistema codicistico-costituzionale, con un accrescimento complessivo della tutela dei diritti dell’imputato, ma anche il modo di procedere della giurisprudenza della Corte EDU, che prescinde dalle caratteristiche del singolo ordinamento nazionale per andare al cuore della tutela. Nel caso di specie, appunto, alla Corte EDU non interessa che sia garantita la procedura di acquisizione della prova (e, nel sistema delineato, la garanzia apprestata dall’ordinamento italiano è massima), poiché essa non detta regole di esclusione degli elementi di prova, che sono riservate alle leggi e ai giudici nazionali, ma pone limiti alla loro utilizzazione e valutazione in danno dell’imputato.

Dunque, per prevenire censure da parte della Corte EDU, con riferimento all’applicazione dell’art. 512 c.p.p., è necessario, in primo luogo, che il giudice adotti una motivazione congrua ed esaustiva, che prescinda o che non dia peso determinante alla dichiarazione non assunta in contraddittorio; in secondo luogo, è opportuno un più ampio ricorso allo strumento dell’incidente probatorio con una interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata.

Il ricorso all’incidente probatorio consentirebbe di non incorrere nella violazione convenzionale. Infatti, anche se la richiesta non fosse espressamente riconducibile alle ipotesi indicate al comma 1 dell’art. 392 c.p.p., si porrebbe la questione dell’interpretazione convenzionalmente orientata e il giudice per le indagini preliminari potrebbe accogliere una richiesta di incidente probatorio in presenza di un fondato motivo che la persona potrà diventare irreperibile o che comunque la sua audizione in dibattimento non sarà agevole dovendosi, ad esempio, eseguire la citazione all’estero: nessuna violazione dei diritti fondamentali dell’imputato viene in essere, anzi ne viene assicurata una maggiore garanzia, e si eviterebbe, inoltre, di esporre lo Stato italiano a una possibile condanna a Strasburgo (con ulteriori effetti, come visto: la necessità di dare esecuzione alla decisione europea).

8. L’obbligo di interpretazioni orientate su testi e norme “nate altrove” non è nuovo nell’esperienza italiana, come dimostra il caso deciso con la sentenza 16 giugno 2005, Pupino, dalla Corte di giustizia UE. Il caso è il seguente: un’insegnante elementare era indagata per i reati di lesioni e maltrattamenti in danno di un allievo; il pubblico ministero aveva avanzato richiesta di incidente probatorio per l’audizione “protetta” del minore; il giudice per le indagini preliminari, tuttavia, l’aveva respinta perché l’incidente (comma 1-*bis* dell’art. 392 c.p.p.) è previsto solo per determinate ipotesi di reato, tra le quali non era compresa quella per cui si procedeva. Era perciò stata avanzata questione di interpretazione pregiu-

diziale alla Corte di Lussemburgo, che ha deciso nel senso che anche nei procedimenti diversi da quelli a sfondo sessuale, sussistono ragioni di tutela delle vittime analoghe a quelle che hanno ispirato la disciplina contenuta nel comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p., secondo il quale inevitabilmente la previsione sembra porsi quale regola in caso di testimone minore, non apparendo il dato "sessuale" sufficiente per una differenziazione con altre ipotesi criminose che abbiano ad oggetto beni giuridici diversi.

Se pure il caso Pupino va inserito in un quadro diverso, quello cioè del diritto comunitario, può verosimilmente costituire un riferimento esemplare nella direzione di un'interpretazione convenzionalmente orientata, ora autorevolmente indicata dalla Corte costituzionale con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

9. Altro caso da segnalare è quello del recepimento da parte della giurisprudenza della Corte di cassazione delle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo [sent. 5 luglio 2011, caso Dan c. Moldavia] sulla possibilità e sui limiti della riformabilità *in peius* in appello di una sentenza assolutoria di primo grado, nel senso che il giudice di appello qualora intenda riformare la precedente sentenza di assoluzione deve procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'audizione dei testimoni ritenuti inattendibili, a nulla rilevando che il procedimento in primo grado sia stato definito con il rito abbreviato [Cass. pen., sez. III, n. 5854 del 29 novembre 2012 - dep. 6 febbraio 2013, R., Rv. 254850]; pertanto, l'art. 603 c.p.p. non contrasta con l'art. 117 Cost. in rapporto all'art. 6 della CEDU, ove si interpreti detta norma nel senso di un'ampia possibilità di rinnovazione del dibattimento, su richiesta di parte o di ufficio, anche per procedere alla riassunzione di prove già assunte in primo grado [Cass. pen., sez. II, n. 46065 dell'8 novembre 2012 - dep. 27 novembre 2012, Consagra, Rv. 254726]. Peraltro, si è ritenuto che la rinnovazione del dibattimento sia necessaria soltanto quando il giudice di appello intenda procedere ad un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova orale, ritenuta in primo grado non attendibile [Cass. pen., sez. VI, n. 16566 del 26 febbraio 2013 - dep. 12 aprile 2013, Caboni ed altro, Rv. 254623; Cass. pen., sez. V, n. 28061 del 7 maggio 2013 - dep. 26 giugno 2013, Marchetti, Rv. 255580] e, comunque, il giudice di secondo grado non è obbligato a rinnovare il dibattimento quando compie una diversa valutazione di prove non dichiarative, ma documentali, tali dovendo ritenersi anche le conversazioni telefoniche oggetto di intercettazione [Cass. pen., sez. II, n. 29452 del 17 maggio 2013 - dep. 10 luglio 2013, Marchi e altri, Rv. 256467]. Si tratta di questioni sulle quali, peraltro, sarebbe necessario un ulteriore approfondimento, tenendo conto di una più rigorosa interpretazione dell'art. 6 CEDU che sul punto sembra emergere dalla più recente sentenza del caso Hanu c. Romania [4 giugno 2013, ric. n. 180890/04], in cui il ricorrente era stato

ritenuto colpevole sulla base delle deposizioni dei testimoni che erano state ritenute insufficienti dal Tribunale e che avevano motivato la sua assoluzione; la Corte ribadisce che «*uno dei requisiti per un processo equo è che l'imputato abbia la possibilità di confrontarsi con i testimoni alla presenza di un giudice chiamato, alla fine, a decidere la causa, in quanto l'osservazione diretta da parte del giudice dell'atteggiamento e della credibilità di un determinato testimone può essere determinante per l'imputato*», in tal modo affermando l'assoluta rilevanza ed imprescindibilità del processo di immediatezza della prova e, quindi, dell'assunzione di essa dinanzi al giudice che assume la decisione finale.

Anche in tal caso, spetta al giudice garantire, allo stato della legislazione vigente, quella "osmosi interpretativa" che elevi al massimo le garanzie dell'imputato, mentre spetterebbe al legislatore un intervento che ridefinisca, nel contesto nazionale, il ruolo dei due gradi di giurisdizione e la natura delle questioni che possono essere trattate in appello, nell'ottica di un processo accusatorio efficace e di ragionevole durata.

10. Altra importante applicazione dei principi della CEDU si può ravvisare nella sentenza delle Sezioni Unite n. 1235 del 28 ottobre 2010 – 19 gennaio 2011, Giordano, la quale interpreta il principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. alla luce del principio di legalità enucleabile dall'art. 7 CEDU, che deve ritenersi rispettato sulla base della «*prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale*», con una accentuazione, anche in questo caso, del ruolo decisivo della giurisprudenza nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale.

11. Un'interpretazione non condivisibile è, invece, quella che ritiene configurabile una nullità a seguito della riqualficazione dell'imputazione operata in sentenza senza il previo contraddittorio [Cass. pen., sez. I, n. 18590 del 29 aprile 2011, Corsi, Rv. 250275; Cass. pen., sez. VI, n. 20500 del 19 febbraio 2010, Fadda, Rv. 247371; alle quali può aggiungersi anche: Cass. pen., sez. V, n. 6487 del 28 ottobre 2011 – 17 febbraio 2012, Finocchiaro, Rv. 251730], poiché in tal modo si attribuiscono alle cause di non equità ritenute dalla CEDU [v. sentenza Drassich sopra citata], in relazione a situazioni concretamente lesive della garanzia della difesa, l'effetto di creare nullità corrispondenti a situazioni non tipiche, scardinando il principio di tassatività e aprendo la strada non ad interpretazioni adeguatrici, ma ad interpretazioni integratrici. Posto che la finalità dovrebbe essere quella di porre l'interessato in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata un'inosservanza della norma convenzionale, è sufficiente garantire il contraddittorio sulla diversa qualificazione giuridica anche solo nel giudizio di impugnazione [Cass. pen., sez. VI, n. 10093 del 14 febbraio 2012, Vinci, Rv. 251961;

Cass. pen., sez. II, n. 32840 del 9 maggio 2012, Damjanovic e altri, Rv. 253267; Cass. pen., sez. V, n. 7984 del 24 settembre 2012 – 19 febbraio 2013, Jovanovic, Rv. 254649; Cass. pen., sez. III, n. 2341 del 7 novembre 2012 – 17 gennaio 2013, Manara, Rv. 254135; Cass. pen., sez. II, n. 45795 del 13 novembre 2012, Tirena, Rv. 254357], con l'ulteriore importante precisazione che la difesa può contestare non solo in diritto ma anche in fatto la diversa qualificazione giuridica, con l'onere, peraltro, di indicare specificamente i nuovi elementi di fatto, non valutati e non prospettati perché non attinenti alla originaria qualificazione, che impongano, in appello, una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, o, in cassazione, un annullamento con rinvio al giudice di merito [Cass. pen., sez. II, n. 37413 del 15 maggio 2013, Drassich, Rv. 256652].

12. Se anche possa sostenersi che in alcuni casi l'applicazione dei principi elaborati dalla Corte EDU non abbia apportato un sostanziale accrescimento di garanzie all'interno dell'ordinamento italiano, come, ad esempio è stato sostenuto con riferimento al principio di pubblicità del giudizio [A. MACCHIA, P. GAETA, *Il rito camerale nel processo di prevenzione davvero incompatibile con il giusto processo?*, in *Cass. pen.*, 2008, 2658 ss.], che ha avuto ampio riconoscimento nell'ordinamento interno [Corte cost. sent. n. 93 del 2010 e n. 80 del 2011, con riferimento al procedimento di prevenzione, nonché sent. n. 214 del 2013 con riferimento al procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione, sebbene con pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza], nessuno è giunto ad affermare l'esistenza di casi in cui l'introduzione dei principi CEDU all'interno dell'ordinamento italiano abbia comportato una compressione di diritti e di garanzie, né la Corte costituzionale ha mai ravvisato un contrasto tra norme "interposte" e norme costituzionali, pur avendo riservato, fin dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, al proprio scrutinio di costituzionalità l'accertamento di tale profilo di contrasto.

13. In conclusione di queste note di sintesi, deve rilevarsi che il nostro sistema non può più dirsi costruito sulla centralità del legislatore nazionale né sulla semplice dialettica Parlamento-Corte costituzionale, tanto più che la medesima Corte, superando il proprio precedente negativo [sen. n. 536 del 1995] ha ritenuto di poter sottoporre essa stessa alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato [sent. n. 102 e ord. n. 103 del 2008].

L'orizzonte del giudice italiano ormai va ben oltre i confini nazionali, dovendo confrontarsi con normative sopranazionali che trovano precisi riferimento nell'assetto costituzionale (artt. 10, 11, 111 e 177, comma 1, Cost.), in un continuo dialogo, non più soltanto con il Giudice costituzionale, bensì, anche, con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e con la Corte di Giustizia. *«Il risultato è comunque*

la crescita di un “diritto globale”, di “giustizia e democrazia oltre lo Stato”, che contribuisce a creare un sistema giuridico nuovo, formando e selezionando i principi generali di base, a garanzia dei diritti delle persone, oltre la dimensione più ristretta della cittadinanza (ancora legata al rapporto tra stato, giurisdizione e territorio) (...). In questo nuovo scenario occorre prendere atto che la Giustizia italiana non può più essere considerata un “sistema a sé stante”, ma diventa elemento “formante” del sistema-Europa» [Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009].

Un sistema “a rete” di tutela dei diritti dell'uomo il cui risultato non potrà essere che quello di una crescita globale, nel senso dell'ampliamento della tutela dei diritti fondamentali, come ha chiarito la Corte costituzionale [sent. n. 317 del 2009] con parole nette ed inequivocabili: «Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali. L'accertamento dell'eventuale deficit di garanzia deve quindi essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al comma 1 dell'art. 117 Cost.».

Se il chiarimento sul punto è specifico con riferimento alla normativa CEDU, emerge, però, in modo altrettanto evidente con riguardo alla normativa UE, essendo inammissibile un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea finalizzato ad una disapplicazione della norma interna per contrasto con il diritto comunitario che si tradurrebbe in una interpretazione *in malam partem* con conseguenze penali sfavorevoli per i singoli destinatari dei precetti comunitari [Cass., pen., sez. un., n. 22225 del 19 gennaio 2012, Micheli, Rv. 252454].

Certo è che la nuova dimensione europea ed anche extraeuropea nella tutela dei diritti fondamentali non consente più di chiudersi nei confini della sovranità nazionale, ma esige un confronto con ordinamenti e sistemi diversi, che può portare a rivisitare anche elementi fondamentali del nostro ordinamento e del nostro sistema, senza recepimenti acritici, ma con un costante e proficuo dialogo. Anche due culture giuridiche profondamente diverse come quella della *civil law* e quella della *common law* sono destinate a convivere nel quadro di un processo di integrazione di fonti europee e fonti interne.

In definitiva, deve osservarsi che anche secondo la Corte costituzionale il valore della certezza del diritto sotteso al giudicato è recessivo a fronte di «*compromissioni di particolare pregnanza (...) delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona*» [sent. n. 113 del 2011], come dire che la certezza del diritto deve farsi da canto, nella scala costituzionale dei valori, davanti alla certezza dei diritti costituzionali, vale a dire alla loro effettività, quale risulta in forza dei riconoscimenti fatti a beneficio dei diritti stessi dalla Corte europea. In tal senso, è stato detto [A. RUGGERI, *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”*, in www.europeanrights.eu] che il solo significato possibile della certezza del diritto è quello che si rende tangibile attraverso la sua conversione in certezza dei diritti fondamentali.

Si tratta di una importante e decisiva evoluzione del ruolo del giudice, che, pur tenendo sempre presente lo snodo essenziale del controllo di costituzionalità, è chiamato ad esercitare giustizia alla luce dei principi garantistici comuni ai cittadini europei: da giudice che assicura il rispetto della legalità a giudice che garantisce la tutela dei diritti.

VINCENZO MAIELLO

1. I temi evocati dalla scheda introduttiva di Cristina de Maglie meriterebbero un approfondimento ben maggiore di quello che può essere riservato in questa sede.

In medias res, dunque: non senza sottolineare l'opportunità di separare i primi due interrogativi dal terzo, definendo essi ambiti problematici con significativi tratti di divergenza.

In relazione agli uni, viene in rilievo una questione con prevalente caratterizzazione politico-istituzionale, relativa ai rapporti tra la riserva di legge statale e la funzione di arricchimento ermeneutico, e di integrazione tipologica, svolta dalla

giurisdizione, ancorché da quella affatto peculiare di fonte convenzionale; nell'altro, affiora con particolare pregnanza il tema del raccordo tra democrazia e tutela della libertà personale, al cui interno potrebbe essere isolato uno spazio per la configurabilità – a quali condizioni ed entro quali limiti – di obblighi di tutela penale, emergenti dalla concretizzazione casistica che la Corte EDU opera di taluni diritti fondamentali consacrati nella Convenzione.

Entrambe le questioni coinvolgono sensibilità e culture che – pur nella scontata condivisione dei valori del liberalismo penale e della loro evoluzione nel quadro del costituzionalismo novecentesco – trovano nell'adesione ai diversi modi di intendere il tema dell'interpretazione ed il ruolo della giurisprudenza il terreno che discrimina visioni 'classiche' e declinazioni nuove della legalità penale.

Senonché, piuttosto che ricavare da ragioni interne a un determinato paradigma ermeneutico la dimensione della legalità nazionale chiamata oggi a coesistere con l'omologo modello convenzionale, reputo più utile lasciarmi orientare da un approccio *realistico*, che faccia chiarezza sul profilo in discussione osservando la situazione "quale è", alla luce dei rapporti tra poteri che si sono venuti stabilizzando nell'esperienza costituzionale.

In quest'ottica, non appare seriamente dubitabile che la stagione repubblicana – con accentuazione del fenomeno negli ultimi decenni – si sia incaricata di diffondere, anche nel contesto di funzionamento della giustizia penale, un modello di legalità impegnato a fare i conti con un progressivo, entropico ridimensionamento (sui piani della pratica giuridica e della ricostruzione teorica) del sistema delle *fonti* a vantaggio di una rilevanza esponenziale assunta dal mondo delle *norme* e, quindi, dalla logica degli 'argomenti interpretativi'. Si è trattato di un modello di legalità che – per un verso – ha dovuto congedarsi (almeno a livello delle più 'persuasive' espressioni della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria) dalla grammatica epistemologica giuspositivistica; per l'altro, ha resistito – ai piani nobili della nomofilachia, non sempre, invece, nei luoghi della 'prassi', ove, al contrario, l'uso retorico dei principi ha smascherato spesso disinvolute operazioni di 'diritto libero' – alle tentazioni di annegare interamente la funzione (garantistica ed ordinante) delle *disposizioni nel mare magnum* delle 'buone ragioni' del diritto *case by case*.

Sono dell'opinione che in questo angolo visuale vada ambientato l'esame della questione posta, in particolare, con la prima domanda.

Occorre, in effetti, considerare che l'ingresso di un sistema di *case law* – quale è quello forgiato dagli arresti della Corte EDU – nelle strutture dell'edificio penalistico costruito dalla legalità formale non è avvenuto nella stagione di massimo splendore e di pieno benessere di quest'ultimo principio.

Sono state ampiamente discusse le ragioni per le quali molti fattori hanno reso solo formali ed illusorie – in ogni caso, poco performative – tanto la matrice democratica, quanto la natura deliberativo-discorsiva delle scelte legislative in materia

penale; così come resta acquisito alle nostre consapevolezze che il contenuto di tali decisioni – sia per gli intrinseci limiti epistemologici del linguaggio, sia per il frequente carattere argomentativo/dialettico dei tipi criminosi – è andato non di rado incontro a ‘riconfigurazioni interpretative’ da parte della giurisdizione, favorite dalla crescita di consenso sociale di cui quest’ultima da tempo gode sulla base della ritenuta maggiore autorevolezza e credibilità del suo agire istituzionale rispetto a quello del potere politico.

Insomma, il *diritto penale, a fondazione democratica, pre-Strasburgo* (antecedente, per intenderci, le sentenze nn. 348 e 349/07) – lungi dall’identificarsi nella mitica età dell’oro idealizzata dal progetto illuministico – si presentava nelle condizioni di un sistema ‘malfermo’ nel quale il ruolo della legge aveva subito un ben riconoscibile offuscamento del suo prestigio e marcato una erosione della propria capacità vincolante.

È noto come questo non sia ascrivibile soltanto ai fattori patologici e contingenti che hanno ostacolato l’inveramento della legalità nella concretezza della realtà istituzionale.

Il ‘declassamento’ della legalità parlamentare ha origini che riflettono il paradosso dei fenomeni di costituzionalizzazione del potere, in quanto il suo inserimento nella Carta repubblicana ne ha, inevitabilmente, sancito la soggezione al controllo giurisdizionale della sua legittimità.

Da allora, la legge è stata interessata da un processo di ‘detronizzazione’, ben rispecchiato – sul piano della teoria generale del diritto – nello sdoppiamento delle categorie del *vigore* e della *validità*. La massima espressione normativa delle fonti ordinarie non si considera più valida – né presunta tale – solo perché conforme alle disposizioni che ne presidiano la produzione, ma se ed in quanto rispetta ed attua i diritti fondamentali, i vincoli e le direttive di razionalità stipulati dalla Carta ed i ‘cicli funzionali’ nei quali si esercitano le prerogative di azione dei poteri dello Stato.

In pratica, essa non viene in evidenza quale fattore *fondante* l’ordine giuridico, bensì come entità *fondata* dalle pretese di validità positivizzate a livello costituzionale, vale a dire da parte di un *discorso normativo* felicemente definito *diritto sul diritto*.

Lo speculare *pendant* di questa impostazione sta nel fatto che – mettendo in circolo una idea forte del costituzionalismo anglosassone delle origini (quella che precede la *glorious Revolution* ed il regime della *sovereignty of Parliament*) – la giurisdizione viene investita del compito di ‘custode dei diritti fondamentali’; compito che, potendo indirizzarsi anche contro gli abusi del potere legislativo, la abilita a svolgere *discorsi sul diritto*.

Avallando un paradigma *diffuso* ed *orizzontale* di divisione dei poteri – che archivia la tradizione giacobino-rousseauviana del ‘potere assoluto, unico e indivisi-

bile' identificato nel soggetto "legittimato ad esprimere in sede politica la volontà generale" – i documenti costituzionali che nell'Europa del secondo novecento riscrivono le basi di legittimazione degli Stati reduci dalle tragiche esperienze dei totalitarismi (ai quali va aggiunta la recente legge costituzionale che, in Francia, ha introdotto il sindacato successivo di costituzionalità delle leggi) dislocano nelle Corti la garanzia ultima, ed effettiva, dei diritti.

Non sarebbe stato arduo pronosticare che, da questo quadro istituzionale, sarebbe scaturita una dialettica tra 'poteri' e 'organi' di garanzia non limitata alle relazioni tra Consulta e legislatore, se non nell'ambito del "seguito parlamentare" che 'viene dopo' le declaratorie di illegittimità costituzionale e le pronunce di rigetto con motivazioni 'monito'. Una sana dose di realismo avrebbe potuto lasciar prefigurare che il conflitto sulla legittimità costituzionale della legge avrebbe finito per interessare anche il giudice ordinario, smentendo quanti si erano affannati a sottolineare la natura meramente asseverativa delle valutazioni di competenza del giudice *a quo*, che un icastico Calamandrei definì il "portiere" del giudizio di costituzionalità, chiamato ad aprirne il varco di accesso.

Quel che è certo è che anche la più fertile fantasia avrebbe fatto fatica ad immaginare che i rapporti tra giudice costituzionale e giudice ordinario si sarebbero evoluti al punto da innescare un fenomeno di corrosione occulta della struttura accentrata del sindacato sulle leggi, oggi al centro delle preoccupazioni di molti. È, tuttavia, indubbio che – ancor prima che la Corte onerasse il giudice rimettente di sperimentare interpretazioni 'conformi a Costituzione' della norma censurata, costruendola quale componente del requisito di rilevanza della *quaestio* – il ruolo del giudice nella 'gestione' del *dubio legitimitatis* si era stabilmente emancipato in quello di 'co-amministratore' del conflitto (o, proseguendo nella metafora calamandreiana, di 'condomino' dell'edificio della Corte) svolgendo un'effettiva funzione di filtro.

Oggi, l'impiego del criterio dell'interpretazione 'costituzionalmente conforme' ha sepolto l'illusione che, scartando il modello del sindacato diffuso, la tutela dei *core rights* costituzionali fosse affare ristretto al confronto dialettico tra Corte e legislatore, con totale emarginazione del potere giudiziario.

Quel criterio ha, infatti, riscritto il contesto nel quale si gioca la partita della difesa costituzionale dei diritti fondamentali, istituzionalizzando una forma privilegiata di dialogo tra giudice delle leggi e giudice ordinario e responsabilizzando quest'ultimo nell'ufficio di primo baluardo della legalità costituzionale.

Peraltro, l'espansione delle aree e degli strumenti di influenza del giudice ordinario non ha riguardato solo il governo 'a monte' delle condizioni di accesso alla giustizia costituzionale. Anche le *ratio decidendi* delle questioni, e i loro esiti decisori, sono spesso condizionati dall'orientamento dei giudici; in particolare, dalle interpretazioni che, con indirizzo costante, essi esprimono sulla norma censurata.

Il mezzo teorico-argomentativo che ha spianato la strada verso questo genere di approdo, definibile di *giudiziarizzazione* delle garanzie costituzionali, è rappresentato dal paradigma del ‘diritto vivente’, assunto non già a filtro selettivo delle questioni, bensì a criterio di valutazione della fondatezza.

In ambito penale, l’impiego di questa categoria ha prodotto risultati paradossali e sconcertanti, portando alla sostanziale cancellazione degli spazi di ‘giustiziabilità’ costituzionale del principio di tassatività, *lato sensu* inteso; vale a dire di quella componente del *nullum crimen* che – proprio in quanto deputata a salvaguardare la dimensione politico-istituzionale della riserva di legge da ‘usurpazioni’ del potere giudiziario – esigerebbe che l’effettività della propria capacità di prestazione fosse affidata al governo di un organo ‘terzo’ rispetto al potere ‘saprofita’ che trarrebbe ‘giovamento’ dalla sua violazione.

Ed invece accade che la Consulta – individuando nell’esistenza di “un indirizzo giurisprudenziale costante” l’elemento in grado di escludere la carenza di tassatività di previsioni criminose (com’è accaduto per i reati militari di “attività sediziosa” e di “manifestazioni e grida sediziose” – sent. n. 519/00), ovvero di “identificare (...) la più puntuale valenza di un’espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa” (come sancito in tema di disastro innominato – sent. n. 327/08) – ponga di fatto l’epitaffio sul sindacato di costituzionalità di quel principio.

Qui l’incrinatura della *democrazia penale* tocca livelli realmente preoccupanti; di certo non inferiori al tasso di apprensione – a tratti fobica – che alimenta la discussione pubblica di questi anni sul rischio di indebolimento democratico della politica criminale nazionale rispetto all’incidenza delle fonti sovranazionali e della loro elaborazione ‘tecnocratica’ e ‘togata’. Sarebbe esercizio di ipocrisia tacere sulle nostre ‘interne’ debolezze, o sottovalutarle, per attribuire al ‘nuovo che avanza’ la responsabilità di averle prodotte. In breve: l’abdicazione da parte della Corte ad esercitare il controllo di legittimità sulle *norme penali imprecise* ha prodotto un effetto di pericoloso assorbimento di quel genere di valutazioni nel grembo della gestazione giurisprudenziale, provocando una singolare retrocessione del meccanismo di tutela dei diritti, tipico dello Stato costituzionale di diritto, verso logiche di un inedito Stato Costituzionale dei giudici!! In questa direzione, milita anche – *last but not least* – il principio della ‘libertà ermeneutica’ che la giurisprudenza delle SS.UU. (31 marzo – 17 marzo 2004, n. 23016, Pezzella) riconosce al giudice ordinario anche in contrasto con le decisioni interpretative della Consulta.

La sottolineatura di questi aspetti mi sembra necessaria nell’economia di un dibattito nel quale si agita – come l’ombra di Banquo – l’interrogativo ‘capitale’ sulla fine del nostro sistema penale – ‘a legalità formale’ – per mano degli indirizzi interpretativi di Strasburgo, di matrice pragmatico-casistica. In fondo, la vera domanda che ‘pre-comprende’ tutte le altre esplicitamente formulate è se il congegno istituzionalizzato dalle ‘sentenze gemelle’ abbia davvero creato le premesse di un

big bang, preparando il passaggio dal diritto penale della tradizione liberal-democratica a paradigmi *flou*, retti da pratiche discorsive orientate alla produzione di ‘buone ragioni’ ed al riconoscimento di valori declinati secondo intonazioni neogiusnaturalistiche.

La risposta sta, in primo luogo, in una rettifica del primo termine di riferimento dell’interrogativo: quel diritto penale ‘sta’ e ‘cade’ con una concezione giacobina dei poteri dello Stato, riflessa nel modello di “ordinazione verticale delle istanze di decisione” a sua volta connesso ad una visione ‘soggettiva’ della sovranità.

Quando, quindi, la CEDU e la sua proiezione giurisprudenziale entrano sulla scena delle relazioni interne al nostro Stato costituzionale, il *diritto penale della democrazia parlamentare* aveva ceduto il passo al *diritto penale del pluralismo conformativo*, essendosi emancipato in *prodotto di un’impresa collettiva* con forte apertura alle concretizzazioni tipologiche della prassi.

Ora, tenuto conto dei termini sui quali le sentenze gemelle hanno costruito il meccanismo di interazione tra diritto convenzionale e diritto interno, penso che la valorizzazione come parametro interposto di legittimità costituzionale della giurisprudenza di Strasburgo si collochi entro una linea di continuità – piuttosto che di frattura – di un diritto penale della Costituzione che l’attuazione della Carta e la sua evoluzione hanno già delineato, segnandone il distacco dall’idealtipo settecentesco della Modernità.

Insisterei molto sul modello delineato dalle sentenze n. 348 e 349 – ribadito, con opportuna messa a fuoco dei suoi meccanismi attuativi, dalle ‘seconde’ sentenze gemelle, le n. 311 e 317 del 2009 – perché dalla metabolizzazione del suo spirito dipenderà, negli anni a venire, la ‘virtuosità garantistica’ del dialogo tra diritto convenzionale e diritto interno. Due mi sembrano i capisaldi del discorso: a) l’attribuzione del rango *sub-costituzionale* al ‘contesto giurisprudenziale convenzionale’; b) la conseguente supremazia della garanzia ‘superiore’ nazionale, con conseguente retrocessione della norma CEDU avente un minor tasso di tutela (sent. n. 311/09; art. 53 CEDU).

In questa prospettiva, vorrei essere ottimista e dire che l’apporto della Convenzione alla qualità del diritto nazionale si iscrive nella parabola del costituzionalismo e della funzione delle giurisdizioni di garanzia, rafforzando una ‘rete’ di diritti che protegge il singolo e circoscrive l’area del potenziale arbitrio istituzionale.

Ed in questa direzione osservo che l’esperienza di questi anni si è orientata.

Sud Fondi, Scoppola, Varvara testimoniano, non senza addirittura una certa enfasi, le acquisizioni garantistiche di cui, a vari livelli, il nostro sistema penale si è dotato grazie al confronto con Strasburgo, in un’ottica che ha svelato, per un verso, le approssimazioni demagogiche ed i compromessi ‘al ribasso di ragionevolezza’ della legislazione penale nazionale; per l’altro, il livello non ottimale (da *maximum standard*) delle capacità di prestazioni del nostro sistema di giustizia costituzionale.

Se è vero che *Sud Fondi* non ha svelato una garanzia ignota al patrimonio dei diritti fondamentali di rango costituzionale, ma ha inciso positivamente, arricchendoli, sui contenuti della legalità convenzionale, è altrettanto vero che essa è stata strumento per la ‘messa al bando’ delle estremizzazioni paradossali di una giurisprudenza nazionale che – tuttora – farebbe fatica a non considerare percorsa da una visione ideologica della tutela penale del territorio e, segnatamente, del rapporto tra giudice penale e P.A. nella gestione dell’arsenale sanzionatorio.

Senza *Sud Fondi*, di quale tutela avrebbe goduto il proprietario che, pur assolto dal reato di lottizzazione abusiva per aver agito in carenza di colpa, si fosse visto applicare la confisca del bene in virtù della relativa natura ‘non penale’ che le attribuisce una ultraventennale giurisprudenza della Corte di Cassazione?

Quanto a *Varvara*, essa spazzerà inesorabilmente via quella giurisprudenza che, anche dopo *Sud Fondi*, ha continuato ad applicare la confisca di lottizzazione in caso di prescrizione del reato! Non so se la liquidazione di tale filone interpretativo avverrà in via di immediata e diretta conformazione al giudicato convenzionale (art. 46, comma 1, CEDU), oppure – implicando un onere di disapplicazione dell’art. 30, T.U. n. 381/00 – con rimozione di tale norma da parte della Corte costituzionale che venga investita della relativa questione di ‘convenzionalità’ (per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost.). Fatto è che, anche stavolta, l’innesto della *legalità materiale in action* della Corte EDU sul tronco del *diritto vivente* interno ha palesato capacità di prestazioni garantistiche delle quali il Giudice delle leggi statale non aveva francamente dato prova.

Significativi sono i passaggi che strutturano l’architrave della *ratio decidendi* e che vale la pena di riportare: sulla premessa che la confisca è una “pena” e che, dunque, è illegittima la sua applicazione “senza condanna”, la Corte dice di non comprendere “*come la punizione di un imputato il cui processo non ha portato a una condanna, possa conciliarsi con l’articolo 7 della Convenzione, disposizione che chiarisce il principio di legalità nel diritto penale*”. Dopo aver ribadito che non è permesso ai “*giudici nazionali di interpretare estensivamente la legge a scapito dell’imputato, altrimenti costui potrebbe essere punito per un comportamento che non è previsto come infrazione*”, i giudici alsaziani sono categorici nel concludere che “*la sanzione penale inflitta al ricorrente, mentre l’infrazione penale è estinta e la sua responsabilità non è stata registrata in un giudizio di condanna, non si concilia con i principi di legalità penale che la Corte deve spiegare e che sono parte integrante del principio di legalità che l’articolo 7 della Convenzione ordina di osservare*”.

È comunque con *Scoppola* (Grande Camera del 17 settembre 2009) che Strasburgo mostra di sapere, e di potere, ampliare l’ambito di tutela della legalità statale costituzionale, arricchendone i significati e, dunque, la dimensione di *Magna Charta*. Con una torsione innovatrice dei precedenti specifici della Commissione (6 marzo 1978, X. C. Germania; 5 dicembre 2000, Le Petit c. Regno Unito; 6 marzo

2003, Zaprianov c. Bulgaria) la Corte EDU afferma che l'art. 7 CEDU “*incorpora anche il corollario del diritto dell'accusato al trattamento più lieve*”, che si converte “*nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato*” (in senso conforme, anche 27 aprile 2010, Morabito c. Italia e 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)!! Facendo entrare la retroattività favorevole nel novero dei diritti fondamentali non attraverso la ‘finestra’ del principio di uguaglianza/ragionevolezza – come ha da sempre affermato la Consulta (sent. n. 6/78; più di recente, nn. 394/06, 215/08, 236/11, con peculiarità nella n. 393/06, che riconosce anche un fondamento nella normativa internazionale e comunitaria) –, ma dalla ‘porta’ del principio di legalità, il guardiano della Convenzione sembra aver sdoganato una nozione di retroattività *in bonam partem* che va ben oltre i confini disegnati dalla Corte costituzionale. Lo aveva ben colto la Corte di Cassazione nell’ordinanza di remissione della questione di ‘convenzionalità’ dell’art 10, terzo comma, della l. n. 251/05 sfociata nella sentenza costituzionale n. 236/11, allorché aveva osservato che dopo la sentenza Scoppola della Grande Camera doveva considerarsi mutato il criterio di valutazione della *retroattività in mitius* che era stato assunto a *ratio decidendi* della sentenza n. 393/06.

Non si può fare a meno di notare che nella sentenza n. 236/11, per superare la questione, la Consulta fa dire a *Scoppola* ciò che *Scoppola* non aveva inteso dire, alla luce del chiaro tenore letterale del principio di diritto enunciato. Ad avviso della Corte nazionale, *Scoppola* non avrebbe affatto affermato che la retroattività favorevole sarebbe un valore assoluto, che vive nella logica del *tutto o niente*, escludendo, pertanto, che esso sia un principio a struttura argomentativa, bilanciabile con controinteressi. È davvero singolare ed assai opinabile il sentiero lungo cui si avventura la Consulta per acclarare la propria tesi: “*Nulla la Corte ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività in mitius subisca deroghe o limitazioni: è un aspetto che la Corte non ha considerato, e che non aveva ragione di considerare, date le caratteristiche del caso oggetto della sua decisione*”. Si tratta di una lettura *sofistica* che disconosce l’evidenza assertiva delle affermazioni della Corte EDU nella parte in cui categoricamente statuisce che in caso di successione di più leggi il “*giudice deve applicare*” le disposizioni più favorevoli.

Se, quindi, la Corte Costituzionale non avesse letto *Scoppola* con l’obiettivo di conservare la propria giurisprudenza, avrebbe, con ogni probabilità, promosso a *regola rigida* il principio, sottraendolo (a mio avviso, meritoriamente) a quel regime di deroghe che, spesso, opera da schermo per mascherare con argomenti retorici valutazioni di mera opportunità (a mio avviso è questa la sostanza della ritenuta legittimità del limite alla retroattività dei nuovi termini di prescrizione previsti dalla

l. n. 251/05, ancorata all'esigenza di tutelare un supposto valore di "efficienza del processo", vale a dire un interesse privo di identità nella trama assiologica costituzionale).

Ma il merito di *Scoppola* sta anche nel fatto che, avendo qualificato senza tentennamenti le diverse formulazioni dell'art. 442 c.p.p. norme di diritto penale sostanziale, ha rilanciato la discussione relativa alla distinzione tra norme penalsostanziali e norme processualpenali, dai cui esiti dipende l'avanzamento semantico della funzione di garanzia della legalità.

Il valore positivo di *Scoppola* si coglie, inoltre, sul piano delle generali ripercussioni che ha propagato sull'ordinamento italiano, con un'onda lunga giunta – ad oggi – sino alla sentenza n. 210/2013, grazie alla significativa affermazione ivi racchiusa, secondo cui l'obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte EDU deve tendere al ristabilimento della situazione soggettiva lesa di tutti quanti abbiano subito una violazione identica a quella giustiziata dalla pronuncia di condanna, anche se quest'ultima non abbia i caratteri della 'sentenza pilota', né contenga la prescrizione a carico dello Stato di adottare 'misure generali'.

2. La seconda domanda catapulta nel dibattito un tema che, per i livelli e gli intrecci di sofisticata complessità raggiunti, è refrattario ai manicheismi dommatici implicati dall'uso di categorie tradizionali della teoria generale e/o del diritto costituzionale. Se dovessi collocarmi in quest'ultima prospettiva, risponderei ad essa senz'altro negativamente.

Nella cultura penalistica della Modernità, rafforzata e non rinnegata dallo spirito e dalla intelaiatura normativa dello Stato costituzionale, la riserva di legge penale integra un valore irrinunciabile, un tratto identitario, un carattere supremo.

Essa non si limita a riaffermare il principio della divisione dei poteri nella materia che, per antonomasia, disciplina le restrizioni in chiave coercitiva dei diritti fondamentali, né vuole corrispondere ad una generica *ratio* di garanzia, a sua volta permeata da pulsioni iscrivibili alla logica del *favor libertatis*. Piuttosto, quel canone si inserisce nelle viscere dello Stato costituzionale, da un lato, ed è direttamente strumentale all'implementazione delle linee di politica criminale di quest'ultimo modello di organizzazione socio-politica, dall'altro.

Sotto il primo profilo, l'art. 25, secondo comma, Cost. si colloca nell'alveo dell'art. 1, secondo comma, della Carta, rappresentando uno degli strumenti che concorrono a scolpire una nozione 'oggettiva' e non populistica della sovranità popolare, fondata, cioè, sui valori e sui mezzi 'discorsivo-comunicativi' per la loro attuazione, non invece su decisioni meramente potestative.

Quanto al secondo aspetto, la riserva di legge statale trae la ragion d'essere nel rapporto di mezzo a fine tra la sede parlamentare e la realizzazione di un diritto penale conformato sulle basi della doppia razionalità di matrice weberiana, *assiologi-*

ca e teleologica. Più precisamente, il carattere intrinsecamente ‘dialettico-argomentativo’ delle direttive materiali della politica criminale di matrice liberal-democratica (laicità delle incriminazioni, *extrema ratio*, *proporzionalità* pure rispetto alle tecniche di tutela ed ai titoli di imputazione) sollecita delicate operazioni di bilanciamento, sia per acquisire la *speciale legittimazione* implicata da quei principi, sia nell’ottica di legare gli ‘oggetti’ ed i ‘modi’ della tutela penale ai sentimenti diffusi di giustizia (sent. cost., nn. 394/2206 e 487/1989).

Come dicevo innanzi, l’esperienza dello Stato costituzionale intrecciata con l’affiorare, prima, ed il consolidarsi, poi, dell’anima ermeneutica (anche) dei rapporti giuridico-penali ha, però, rivoluzionato il complessivo panorama ordinamentale, alterandone le linee ricostruttive ‘classiche’. È accaduto, allora, che alle ‘fonti-atto’ si siano venute affiancando le ‘fonti-fatto’: le une espressive della cultura positivista delle ‘disposizioni’ e della ‘narrazione’ hobbesiana del nesso tra politica e diritto; le seconde ‘prodotto’ del protagonismo costruttivo/conformativo della giurisprudenza.

In quest’ottica, può dirsi senza dubbio che quest’ultima – *scilicet*, i suoi ‘filoni interpretativi’ muniti dei caratteri della *costanza* e della *ampia condivisione* che danno vita alla realtà del *diritto vivente* – partecipa della qualificazione di ‘fonte’ nella misura in cui, componendo la dimensione di concreto significato che segna il passaggio dalla disposizione (*Obersatz*) alla norma (la *Lebenssachverhalt* della metafora di Engisch), diviene l’oggetto su cui si esercita il sindacato di costituzionalità.

È chiaro come, sui movimenti impressi da queste accelerazioni, il discorso rischi di trascinarsi fino ad un punto che può essere di ‘rottura’ con gli equilibri del “parallelogramma di forze”, ‘centrifughe’ e ‘centripete’, su cui è costruito il sistema costituzionale della divisione dei poteri.

Il genere di problemi che quella accelerazione fa esplodere tocca il cuore della (fenomenologia contemporanea della) intertemporalità, nelle intersezioni che presenta rispetto alle vicende ‘tipo’ dei mutamenti giurisprudenziali, rispettivamente, *in malam* ed *in bonam partem*.

La sentenza costituzionale, che ne è stata ‘frontalmente’ investita (n. 230/2012), ha diradato talune nubi in materia. Ma – inutile nasconderselo – ha lasciato irrisolte vuoi le esigenze di tutela alla base della prospettata illegittimità dell’art. 673 c.p.p. nella parte in cui non comprende tra le ipotesi di revoca il caso in cui il fatto non costituisca più reato in conseguenza del mutamento di giurisprudenza asseverato dalla Sezioni Unite; vuoi quelle che sarebbero state coinvolte ove fosse stata sollevata la questione che avesse assunto a presupposto il problema della retroattività dell’*overruling* sfavorevole, da parte della medesima suprema espressione del potere di nomofilachia.

Nella richiamata pronuncia, la Consulta afferma assai opportunamente che, in effetti, la Corte EDU ha equiparato il ‘formante giurisprudenziale’ alla legge, per dedurne il comune effetto irretroattivo, nel solo caso in cui il primo determini un mutamento interpretativo *in malam partem*; “*ritenendo, in particolare, contraria alla norma convenzionale l’applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un’evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore*”. Precisa, invece, che “*la Corte di Strasburgo non ha mai sinora riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della lex mitior ai mutamenti di giurisprudenza*”.

A prescindere da questa non marginale sottolineatura (che ripropone il non secondario tema relativo all’obbligo dei giudici interni di isolare con la necessaria prudenza il principio di diritto convenzionale enunciato dalla Corte EDU, evitando, così, di ‘generalizzare’ affermazioni messe a fuoco in rapporto a specifici e pertinenti ‘casi tipologici’), mi pare che gli asserti della sentenza chiudano ogni spazio alla rilevanza degli *overruling* – di qualsiasi contenuto – sul piano delle fonti e su quello, correlativo, della disciplina della intertemporalità, successiva e abolitiva.

Forse occorre entrare in un ordine di idee che porti a considerare le vicende dei mutamenti giurisprudenziali *a sorpresa* alla stregua di fatti che alterano l’ordinaria implementazione dei programmi di tutela penale, in una prospettiva nella quale gli indirizzi dei giudici – pur con la loro intrinseca carica di performatività ermeneutica – devono restare entro un recinto di *ragionevole e prevedibile evoluzione* del campo semantico dei tipi criminali legali.

Quelle vicende vanno, di conseguenza, ‘trattate’ con uno *strumento straordinario di correzione integrativa* dei meccanismi di regolare attuazione del diritto penale, che – in uno studio di alcuni anni orsono – ho individuato negli atti di remissione sanzionatoria retroattiva, rifondati, ben vero, in un’ottica di conformità a prospettive di scopo orientate ‘nel senso della Costituzione’.

Prima che fossero emanate le sentenze gemelle e che, quindi, il diritto convenzionale entrasse in un circuito formalizzato di interazione con la agenzie nazionali di *enforcement* penalistico, intravidi nei “*mutamenti retroattivi di giurisprudenza in malam partem*” una causa di “*clemenza come strumento di correzione del diritto*”, dal suo canto tipologia della “*clemenza di ‘giustizia’*” (*Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, 432 ss.).

La destinazione funzionale di tale categoria di ‘remissione sanzionatoria’ sarebbe quella di recuperare, *ex post facta*, il valore ed i compiti di garanzia del *nullum crimen*, oltre a ripristinare il principio di uguaglianza, inteso come ‘limite interno teleologico’ della funzione di prevenzione integratrice.

È ovvio che, permanendo i vigenti *quorum* di approvazione parlamentare della remissione sanzionatoria, resterà impraticabile la prospettiva di affidare ai suoi tipici strumenti la gestione delle situazioni in esame.

3. Potrebbe un indirizzo interpretativo consolidato della nostra giurisprudenza ricevere definitiva consacrazione, in termini di legittimità costituzionale, dal principio convenzionale della *prevedibilità* dell'esito giudiziario, sbarrando la strada alla censura di 'imprecisione' della disposizione incriminatrice di riferimento?

Sono configurabili obblighi legislativi di tutela penale derivanti dalla interpretazione di diritti fondamentali della Convenzione, formalizzata dalla Corte di Strasburgo?

Ad entrambi i quesiti credo che occorra opporre una risposta negativa.

In rapporto alla prima delle due situazioni, tuttavia, tale risposta, mentre non suscita soverchie perplessità sul piano teorico, appare invece destinata ad avere scarsa attitudine vincolante su quello pratico, come accade – pressoché inesorabilmente – allorché il fascio di problemi analizzati è tutto interno al contesto interpretativo/applicativo del fenomeno giuridico.

Diverso appare il discorso che attiene al secondo aspetto, ove la dimensione teorica della questione è preponderante e 'comprensiva', così da non lasciare spazi a manovre di aggiramento da parte della prassi.

Ora: alcun dubbio che il significato 'giudiziario' della legalità convenzionale non possa, in astratto, sovrapporsi a quello normativo del testo della norma incriminatrice e, quindi, 'bloccarne' la *quaestio legitimitatis* sotto il profilo della imprecisione e della correlata carenza di tassatività.

Questo asserto si nutre di due argomenti, l'uno di diritto costituzionale; l'altro di diritto convenzionale.

Il primo sottolinea la relazione gerarchica di differente rango tra la legalità *ex* 25, secondo comma, Cost. e la legalità materiale di fonte convenzionale che rileva quale parametro interposto nell'ottica dell'art. 117, primo comma, Cost.; rispettivamente, principio costituzionale tra quelli concorrenti a definire l'identità dello Stato disegnato dalla Carta e principio *sub-costituzionale*.

Il secondo evidenzia che la grammatica della *prevedibilità*, quale senso convenzionale della legalità, non mette affatto fuori gioco il ruolo del *testo* ed il criterio dell'*interpretazione stretta* (Corte EDU, 17 maggio 2010, Kononov c. Lettonia), sicché sarebbe pur sempre possibile mettere in discussione l'interpretazione costante se contrastante, in modo chiaro ed evidente, con i principi di precisione e di stretta interpretazione (Cass., SS.UU., 12 settembre 2012, n. 34952).

Tutto lineare, quindi? Per niente. In primo luogo, in quanto la 'clausola di salvezza' appena richiamata – vale a dire il contrasto "chiaro ed evidente" con i significati del testo – non può che rinviare a casi di manifesto sviamento della funzione

interpretativa (realisticamente incompatibile con la sedimentazione di un indirizzo ermeneutico); in secondo luogo, per la pratica chiusura degli spazi di giustiziabilità costituzionale della tassatività e del divieto di analogia in seguito all'accoglimento da parte della Consulta del criterio del 'diritto vivente'.

Quanto alla configurabilità degli obblighi di incriminazione di fonte convenzionale, dissentirei dalla tesi che la sostiene, nonostante l'autorevolezza della dottrina che se ne è fatta promotrice e la sagacia degli argomenti esposti a supporto (F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, in *Studi Romano*). Mi piacerebbe discuterne, *funditus*, fondamento ed implicazioni, ma questo non mi è consentito nella presente sede.

Mi limito a richiamare, ancora una volta, l'argomento formale del rango *sub-costituzionale* della fonte convenzionale, per concludere che un eventuale obbligo di incriminazione forgiato nella fucina di Strasburgo è insuperabilmente recessivo rispetto allo 'statuto' della riserva di legge; dunque, in un orizzonte di 'controllimiti allargati'.

Sul piano politico-criminale, osservo che – alle obiezioni di principio che sono state avanzate nell'ambito di noti e particolarmente incisivi contributi dottrinali – si aggiunge il grave limite connesso all'approccio *case by case* della tutela convenzionale, un limite in radicale ed insanabile contrasto con la matrice democratica (con tutti i suoi malanni) della legge e con l'esigenza che l'intervento penale esprima una *coerenza sistematica di insieme*.

Il pericolo, inoltre, è la riesumazione di un modello penalistico di tutela schiacciato su *titoli di legittimazione necessari ma non sufficienti* – quale quello incarnato dal solo giudizio di *meritevolezza* e non anche di *bisogno di pena* – ed imperniato su visioni simbolico-espressive e retributive, ben lontane dalla *razionalità di scopo* che rappresenta un punto di non ritorno del processo di emancipazione, in senso laico e de-eticizzante, delle istituzioni coercitive.

SILVIO RIONDATO

Caso: «... fra magistrati e avvocati c'è un tacito accordo per difendere gli interessi di entrambi. Tengono in scacco gli italiani. L'ordine degli avvocati e tutte le varie associazioni o correntucole andrebbero spazzate via per legge, liberalizzando totalmente la professione che così come è adesso è un vero cancro della società. Gli avvocati sono come delle pustole infette. Non auguro a nessuno di doverne avere bisogno, come non auguro a nessuno di avere a che fare con un dipendente pubblico che di mestiere fa il giudice/pm! Molto meglio cercare di farsi amici fra le varie associazioni malavitose che avere a che fare con la mala-giustizia italiana:

giudici/pm e avvocati» (MR. LE GHIGLIOTTINE, in <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/12/08/la-incertezza-del-diritto-e-dei-diritti/805182/>).

I quesiti posti da Cristina de Maglie suscitano riflessioni in tema di fonti del diritto penale. Al fondo spicca la trasversale, complessa questione sulla creatività dell'atto interpretativo, sul rapporto tra legge e interpretazione, sulla dimensione *in action* della legalità penale, sulla crisi della riserva di legge penale e l'emergere della fonte o formante-giurisprudenza, in un quadro ordinamentale plurale. Si tratta in complesso di quanto già diffusamente è stato dibattuto in questo *Annuario* sotto i molteplici, difficili profili problematici da Fausto Giunta, Giovanni Fiandaca, Alberto Gargani e Carlo Federico Grosso [2011, risp. 77, 79, 99, 125], e poi ancora da Renato Bricchetti, Ombretta Di Giovine, Gaetano Insolera, Sergio Moccia, Vito Veluzzi e Nicolò Zanon [2012, risp. 261, 267, 285, 299, 305, 315. V. inoltre, di recente, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2ª ediz., Torino, Giappichelli, 2014; M. BERTOLINO, *Diritti, conflitti, Costituzione: la giustizia penale della Consulta tra giudici comuni e legislatore*, in *Dir. pen., proc.*, 2013, 1253; R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 573; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013, fasc. 1, 159; AA.VV., *IL ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. CHIODI e D. PULITANÒ, Milano, Giuffrè, 2013; i vari contributi sul tema *Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?*, a cura di G. D'IGNAZIO e A.M. RUSSO, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II, 2013, 423; AA.VV., *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. PALIERO e F. VIGANÒ, Milano, Giuffrè, 2013; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 15; AA.VV., *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. STORTONI e G. INSOLETTA, Bologna, Bononia University Press, 2012; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012; AA.VV., *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, a cura di P. MORO e C. SARRA, Milano, Franco Angeli, 2012; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011; M. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I,

Napoli, Jovene, 2011, 55; I. TRUJILLO, *Il ragionamento giuridico, tra autorità e ragioni. Un approccio filosofico-giuridico al valore del precedente*, in *La Magistratura*, 2010, fasc. 3-4, 104]. Qui postuliamo tale creatività, di cui si tratta di apprezzare le conseguenze tramite indagini sul suo concreto operare, rimodulando i valori penalistici senza rinunzie ma secondo le nuove esigenze che emergono al banco di prova dell'esperienza giudiziale [per una recente, completa trattazione critica di tutti questi temi, con indagine approfondita sulla giurisprudenza penale e correlata giurisprudenza extrapenale, e rispettive propulsioni neoregolatrici, v. R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, Padova University Press, 2013 e, *ivi*, la sterminata bibliografia]. Su talune questioni mi soffermerò per esprimere brevemente qualche opinione, rinviando in economia a miei "precedenti".

1. *Legittimazione democratica "per legge" del diritto penale.* – Pare ormai accertato (e non accettato) il ruolo sempre meno centrale che nel diritto costituzionale penale vivente spetta alla riserva di legge sotto il profilo dell'importanza che l'istanza democratica mostra [per tutti, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, ESI, 2012; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010]. Ciò non tanto per la concorrenza, soprattutto quella sleale e quella iniqua, del diritto "giurisprudenziale", quanto per il progressivo annientamento dell'(auspicato alto) tasso di democraticità effettiva della decisione penale di fonte parlamentare. Basti qui accennare all'integrale delegittimazione democratica dell'attuale Parlamento italiano, conseguente al metodo elettorale non democratico. Il metodo elettorale è appena stato gravemente censurato per varie incostituzionalità, alla stregua di basilari esigenze di democrazia/rappresentatività/eguaglianza (Corte cost., sent. n. 1/2014). Il che oltretutto non avrebbe secondo la Corte la forza di minare la sopravvivenza della vigente legislazione (anche penale) non democraticamente legittimata, né di impedire la creazione non democratica di nuovo diritto (anche penale) legislativo da parte dello stesso Parlamento, in base ai due superiori principi rispettivamente di salvezza dei rapporti esauriti e di continuità istituzionale [Corte cost. Servizio Studi, *Il principio di continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, dicembre 2013, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu257_continuita.pdf]. Di conseguenza parrebbe perire definitivamente ogni pretesa realistica di attribuire aprioristicamente alla riserva di legge penale e alla sua *ratio* di democrazia un rango privilegiato, compreso il ruolo di principio supremo con la funzione di contro-limite all'ingresso di diritto "alieno". Ci sarà sempre una qualche continuità istituzionale e rapporti pregressi da salvaguardare, o altro da conservare – a parte pure il rilievo che, fuori da improponibili

dogmatismi, ai contro-limiti si oppongono contro-contro-limiti e così via, come appunto stiamo verificando.

2. *Origine e luogo di risoluzione del conflitto tra il quadro della legalità penale sancito all'art. 25, comma 2, della Costituzione italiana e quello delineato all'art. 7 CEDU (o altri principi sovranazionali e internazionali del genere: per es. l'art. 49 Carta Diritti UE).* – Nei due quadri in esame si riflettono in due rispettive dimensioni i rapporti tra i due ordinamenti con le correlate finalità. Non è però escluso che tale rapporto si delinei diversamente a seconda che esso sia trsguardato attraverso l'uno piuttosto che l'altro ordinamento. Ne discende l'eventualità del conflitto (che potrebbe darsi anche tra tre e più ordinamenti), al di là del rango che un ordinamento riveste per l'altro e viceversa, e delle conseguenti tecniche di composizione adottabili nell'uno e nell'altro (così come del resto in prospettiva endoordinamentale si costata il conflitto, *in primis*, fra diritti fondamentali) [A. RUGGERI, "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, novembre 2013, in <http://www.diritticomparati.it/2013/11/dialogo-tra-le-corti-e-tecniche-decisorie-a-tutela-dei-diritti-fondamentali.html>; ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, ottobre 2013, <http://www.diritticomparati.it/2013/10/salvaguardia-dei-diritti-fondamentali-ed-equilibri-istituzionali-in-un-ordinamento-intercostituziona.html>; G. PINO, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2010, fasc. 2, 287].

L'interprete, giurisdicente autoritativo penale compreso (giudice e anche requirente), si pone quale fattore imprescindibile di co-ordinamento, cercando la norma da applicare al caso. Crea/costituisce perciò un terzo polo ordinamentale, legato al caso. Il fenomeno si vede meglio qualora manchi, come si verifica oggi, un'autorità suprema costituita al fine di decidere su tali conflitti con validità *erga omnes*. Emerge spiccatamente l'eventualità della moltiplicazione indefinita dei criteri di soluzione del conflitto, moltiplicazione indefinita degli ordinamenti co-ordinanti, quanti sono gli interpreti e in particolare i giudici che si pronunzieranno al riguardo, le norme (davvero) giuridiche risolutive ancorandosi indissolubilmente al caso. È perciò che il c.d. "concordato giurisprudenziale" tra le Alte Corti si propone come rimedio (parziale, di terzo polo, e, volendo, *extra ordinem*), ovviamente non sempre conseguibile/conseguito, com'è finora per la questione sulla legalità penale [S. RIONDATO, *Sguardo alla pluralità di fonti e formanti del diritto penale dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Processo penale, lingua e Unione Europea*, a cura di F. RUGGERI, T. RAFARACI, G. DI PAOLO, S. MARCOLINI, R. BELFIORE, Padova, Cedam, 2013, 30; ID., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1996, 112].

Si apre il campo a un' indefinita pluralità di declinazioni normative risolutive anche quando il conflitto grava sul quesito, appunto, nostro, concernente “*an, quid, quomodo, quando* della legalità in diritto penale”. Taluno potrebbe scorgere la paradossale ricerca del principio che alla stessa ricerca dovrebbe presiedere. Comunque, se il principio o la regola è il caso problematico, il caso non trova quello stesso principio risolutivo preesistente, *occorre creare un principio, una regola*. Non importa se non hai l'unità di misura e nonostante ciò vuoi misurare qualcosa; intanto, *inventati in qualche modo la misura*, e quindi procedi; adatterai/modificherai secondo le emergenze. Si consultano allora le Carte fondamentali, alla ricerca della misura. Le Carte o, il che è praticamente lo stesso, le Corti si esaltano nel momento stesso in cui si umiliano, se si riconoscono come “*Carte-parziali*”, non già “*Carte-totali*”, che dicono sempre *tutto su tutto* e lo dicono al meglio. La mancanza di umiltà si ritorce contro se stessa, perché non di rado impedisce l'ottimale realizzazione della dignità umana, un costo che viene pagato sulla pelle degli esseri umani, specie di quelli più deboli ed esposti [A. RUGGERI, “*Dialogo*”, cit.]. C'è che uno strumento dell'apparato di ricerca, progettato e costruito per gli scopi della ricerca normale, non riesca a funzionare nella maniera aspettata, rivelando un'anomalia che, nonostante i ripetuti sforzi, non può venire a conformarsi all'aspettativa, il che fa finire fuori strada. La scienza normale sopprime spesso novità fondamentali, perché esse sovvertono necessariamente i suoi impegni basilari. Nondimeno cominciano quelle indagini straordinarie che conducono a nuovi impegni tendenti a costituire la nuova base della pratica scientifica [T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962 e 1970), trad. it. A. CARUGO, Torino, Einaudi, 1999, 24].

3. *Pluriverso giuridico, pronunzia giudiziale e oggetto della scienza giuridico-penale*. – La legge statale, dunque, non è il principio, mentre è parte del caso [S. RIONDATO, *Influenza del diritto comunitario sul diritto penale dell'economia (influenza, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 1135]. La pluralità ordinamentale più di altre emergenze ha scosso sia pur lentamente, con grave ritardo di maturazione, e tuttora con plateali fraintendimenti, il tradizionale impianto monista dell'assetto ideologico-dogmatico giuspenalistico, con a capo la “legge penale” e più su lo Stato sovrano, quest'ultimo fosse pure più modernamente concepito, per esempio come popolo sovrano in regime costituzionale democratico di diritto, supremazia della Costituzione, etc. Il passaggio dal sistema kelseniano al sistema romaniano contamina la purezza peraltro semplicistica dell'astrattismo unificante [cfr. G. MESSINA, *Diritto liquido? La Governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2012, 241 ss. e *passim*]. La Corte costituzionale assegna alle pronunzie della Corte di giustizia UE il ruolo di vere e

proprie fonti del diritto di forza “paracostituzionale”, e a certe sentenze della Corte EDU di Strasburgo il ruolo di fonti quanto meno negli effetti [ord. n. 150/2012 (sentenza europea come *ius superveniens*); sent. n. 210/2013 e ord. n. 235/2013 di cui *infra* par. 4].

Si costata che certezza e garanzia giocano una serie inesaurita di partite con se stesse e con vari controinteressi prevalentemente correlati alle (a loro volta) molteplici e non astrattamente conciliabili finalità della pena e del processo penale, sui variabili terreni dei campi costituiti dai casi concreti, con vari risultati. Da molte parti si costruiscono, con varietà notevole, meta-principi dottrinali corredati di pretese universali. Ma le partite si vincono non già in allenamento né in spogliatoio, bensì solo sul campo, ferma restando la necessità dell’allenamento e dello spogliatoio, entrambi però “mirati” – a parte l’estetica e la poesia del gesto “sportivo”.

Fuor di metafora, c’è tra l’altro un problema di definizione dell’oggetto della scienza giuridico-penale, ovvero un diffuso malessere quando si tratta di assumere tra i legittimi oggetti la norma penale che “si fa” nel caso concreto, quindi anche l’esito giudiziale, incessantemente cangiante – Carrara però notava che l’unità della giurisprudenza è un “sogno dorato”, mentre “giova l’attrito delle opinioni” [F. CARRARA, *Unità di giurisprudenza* (1871), in F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, 3^a ed., vol. V, Lucca, 1874, 46 ss.]. Pianamente Tommaso d’Aquino osservava che il termine diritto prima stava a indicare «la cosa giusta in se stessa», ma poi fu impiegato per indicare «l’arte con la quale il giusto si conosce», e in seguito indicò il «luogo in cui si rende giustizia», per poi infine designare «la sentenza data dal giudice [...] anche se quanto egli decide è un’iniquità» [TOMMASO D’AQUINO, *Summa*, II-II, q. 57, a. 1, ad 1, *corsivo nostro*]. Le odierne reti neo-medievali richiedono ricuciture che le teoriche del “Libro”, Codice o Costituzione o altro che sia, non sono in grado di offrire [S. RIONDATO, *Sull’arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell’Unione europea*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione Europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, Giuffrè, 1999, 97].

Nel complesso, da non molto tempo si iniziano ad ascoltare a mente sgombra risalenti mōniti, per esempio quello di Nuvolone che nel 1946 aveva favorevolmente previsto, anche in contrapposizione all’astrattismo germanico (tuttora persistente, chiaramente nazionalistico e corredato da mai sopite, acritiche e perniciose aspirazioni universalizzanti), taluni effetti dell’influenza anglosassone, tra cui sia quello di svincolare dal dogma statualista “che intristisce la vita del diritto”, accentuando invece l’interesse scientifico per il problema delle fonti e tra queste la giurisprudenza, sia quello di orientare la scienza del diritto verso la ricerca di categorie logiche sostanziali, altrettanto certe, seppur più difficili da scoprire, di quelle formali [P. NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Arch. pen.*, 1946, I, 281]. Oppure, più di recente, ma già un quarto di secolo fa, la Corte costituzionale nella “storica” sentenza

n. 364/1988, relatore Dell'Andro, che delineava una situazione in cui «l'assoluta, "illuministica" certezza della legge si dimostra assai vicina al mito» perché è sempre necessario riferirsi al mediatore-interprete (par. 18 sent. 364 cit.); peraltro la stessa Corte, non ridimensionando realmente il mito, incorreva nelle aporie giuslegalistiche foriere di grave difetto quanto a garanzie logico-sostanziali contro la variabilità sincronica e diacronica delle mediazioni interpretative [S. RIONDATO, *Retroatività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in, *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, a cura di U. VINCENTI, Padova, Cedam, 2000, 239].

4. *Opportunità di disciplina del diritto giurisprudenziale in funzione di certezza e garanzia.* – Riguardo alla concorrenza del diritto giurisprudenziale, il punto non è, nel valutarla, che si debbano necessariamente abbandonare le sacrosante esigenze sottostanti all'ideale afflato costituzionale strettamente penal-legalitario, come parrebbero intendere coloro che si oppongono a qualsiasi riconoscimento della pronuncia giurisprudenziale quale fonte del diritto penale, e perfino di riconoscerla almeno a certi effetti di certezza e garanzia "come se" fonte essa fosse, poiché ritengono che altrimenti quelle esigenze sarebbero disattese o comunque contraddette, che in definitiva la legalità classica perderebbe ogni valore e si finirebbe per legittimare l'esistente (cfr. S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1097). Gli è invece che, accanto ai tradizionali, sacrosanti presidii, che pure tuttavia necessitano di revisione a scopo di rinforzo, se ne potrebbero aggiungere di nuovi e coordinati, in conseguenza della constatazione non solo della inevitabile creatività dell'apporto interpretativo anche in ipotesi di sufficiente precisione della legge (fisiologia), ma anche della creatività evitabile ma non evitata, compresa quella "sleale" e comunque iniqua (patologia). L'irriducibilità sotto i vari profili della fonte-interprete non preclude anzi sprona a perseguire anche nei confronti di questa fonte e per quanto possibile gli obiettivi sostanziali classici, secondo l'esigenza etica che promana dal troppo trascurato principio, non solo nazionale ma anche europeo, di umanità (art. 27 Cost.; art. 3 CEDU; art. 1 Carta dir. fond. UE), laddove si gioca la concezione penalistica della dignità umana, concezione però problematica di principio (*in dubio pro reo*). Prevedibilità concreta e ragionevolezza sono gli obiettivi (problematici) che pure l'Europa indica [S. RIONDATO, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Iuris 2000*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 967]. E la scienza penale si valuterà non per l'osservanza di un metodo ricevuto, ma per la capacità di recepire e superare la crisi dei propri dati fondanti, proponendo praticabili soluzioni che assicurino coerentemente i valori in cui dice di credere. Tali obiettivi vanno riflessi su qualsiasi manifestazione del diritto penale, senza quelle preclusioni che finiscono paradossalmente per paralizzare più adeguate garanzie penalistiche. La *prudenza*

giuspenalistica anzitutto giuris-prudenziale ma anche dottrinale può derivare oggi solo dal *principio di problematicità della pena* e dal *principio di problematicità della correlata certezza e garanzia*, da utilizzare in funzione di incremento sia della certezza che della garanzia.

Le cennate preclusioni celano un *gap* culturale come quello dimostrato dalla Corte costituzionale che nella sentenza n. 230/2012, relatore Frigo, tenta di ostacolare la lunga marcia della concezione della giurisprudenza quale fonte/formante (anche) del diritto penale, opponendosi, tramite una ritrovata maestà del giudicato e un lucidato principio *nullum crimen nulla poena sine italica lege parlamentaria*, trionfante anche *in malam partem*, alla retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole, nella difesa del giudicato nazionale dagli esiti di una (diversa) lettura della legalità europea e del *favor* europeo [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.giurcost.org, sezione Studi e commenti, 2012. V. anche Corte cost. sent. n. 210/2013, relatore Lattanzi e ord. n. 235/213, relatore Frigo, e al riguardo rispettivamente i due commenti di F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU, e Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 e 26 luglio 2013; Cass. SS.UU. pen., 23 ottobre 2013, Ercolano, e al riguardo il commento di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 maggio 2014]. Analoghi rilievi valgono, *mutatis mutandis*, per molto altro, per esempio in tema di irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, irretroattività ora sancita anche per la fase esecutiva della pena, da parte della Corte EDU [sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. n. 42750/09a. Cfr. S. RIONDATO, *Retroattività*, cit.].

La Corte costituzionale stessa, del resto, ha ampiamente valorizzato il ruolo della giurisprudenza, per esempio quando ha posto il principio di offensività in Costituzione come ancorato all'art. 25 "quale risulta dalla lettura sistematica a cui fanno da sfondo, oltre agli artt. 3, 13, 24, 112, *l'insieme dei valori connessi alla dignità umana*", e ne ha postulato "l'ininterrotto operare dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello dell'applicazione concreta da parte del giudice", "con conseguente *distribuzione dei poteri conformativi tra giudice delle leggi e autorità giudiziaria*, alla quale soltanto compete di impedire, con un *prudente apprezzamento della lesività in concreto*, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale" [Corte cost., sent. n. 263/2000, relatore Mezzanotte, *corsivo nostro*]. Questa pronunzia è significativa quanto alla conce-

zione della legalità penale da parte della Corte, ben lontana dal mito dell'assoluta autonomia del diritto penale costituzionale a fondamento strettamente legalitario. Si vede che la dignità umana preme vincendo sulla pur stretta legalità penale che finisca per negarla; meglio: la legalità *ex art. 25, comma 2, Cost.* è legalità da intendere al contempo come formale ma anche sostanziale, e il controllo non grava interamente sulla Corte costituzionale (sarebbe, del resto, ineffettivo). Ne è ragione profonda che la nostra non è una democrazia soltanto procedurale, ma è una democrazia sostanziale, per cui non può darsi il caso in cui la dignità umana sia legittimamente annientata con decisione (pur massimamente) democratica; sicché per questi casi è molto opportuno che di principio ogni individuo abbia il potere di ripristinare la legittimità costituzionale sostanziale, a partire dalle autorità. Così è regolata e può vivere anche quell'"obiezione di coscienza" che Bettiol pretendeva costituzionalizzata in nome del Diritto (in ultima: della dignità umana) che non ammette la legge ingiusta; anche perciò l'antigiuridicità non può esser colta bene fuori dell'esperienza applicativa (S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, Cedam, 2005, 3, 25 ss., 164]. Giocoforza si impongono quei "poteri conformativi" che veicolino il precipitato della dignità umana e nei quali il formante giurisprudenziale si contrappone alla (o meglio raffina il rozzo anche perché generale e astratto esito della) legalità parlamentare (se intesa) nella concezione "classica" (tanto più quando la legge non riesca ad assolvere ai suoi compiti). Con tutti i rischi, compresa la riproduzione, *mutatis mutandis*, dei rischi connessi alla concezione classico/esclusiva della legalità parlamentare. Il rischio però sta sempre e solo nell'uomo che produce diritto, comunque lo produca. Ovviamente, la concezione vivente del rapporto legalità/offensività può non piacere [cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 46 ss., 48 ss. Non afferro il senso del rilievo che l'A. muove in nota 103, laddove imputa ad una mia teoria la devalorizzazione della legalità "tradizionale" che costato come scaturente dalla giurisprudenza costituzionale. Donini tenta di (ri)fissare il limite della tipicità rispetto a reati formali sostenendo che la Corte costituzionale avrebbe negato a se stessa, *ex art. 25, comma 2, Cost.*, il potere di oltrepassarlo. A me pare che la Corte non si sia affatto posta il problema di tale limite nei termini tradizionali giuspenalistici. Ha invece concepito diversamente i limiti in una concezione della legalità, della democrazia e della distribuzione/bilanciamento dei poteri molto diversa da quella sottesa alla teorica di Donini, attribuendo/distribuendo i menzionati poteri conformativi, oltretutto in un caso di delitto indubbiamente formale come la violata consegna (art. 120 c.p.m.p.), e con la molto significativa precisazione che l'impianto escogitato prescinde da pregiudiziali inquadramenti secondo dogmatiche del reato – tutti, del resto, altrettanto conformativi, aggiungo. Prevedo, per

l'ipotesi in cui l'offensività si riveli ineffettiva in giurisprudenza, che la Corte procederà in senso censorio con riguardo e alla legislazione e/o al diritto vivente].

Comunque, pare inconciliabile che la Corte dia "in mano" alla giurisprudenza l'offensività, cuore sostanziale del diritto penale, e poi combatta battaglie di retroguardia giuslegalistica in tema di *favor* derivante da mutamenti del diritto penale nel tempo.

5. *Democrazia "giuridica" e diritto di accesso alla formazione della norma penale.* – La c.d. "crisi" della legalità penale non è perciò solo crisi del Diritto, poiché è connaturata allo stesso regime giuridico costituzionale in cui essa si inserisce, che pone una problematicità di principio trasformando la natura della legalità stessa che in definitiva sta sempre *sub iudice*. Vi è sindacato costituzionale, pur se accentrato, ma anche interpretazione conforme diffusa, e correlata pluralità di questa interpretazione, accanto ad una pluralità di concezioni della costituzione stessa. Più in sostanza, tendenze anche interpretative autoritaristico-moniste contrasterebbero oggi, se non altro, con i fondamentali diritti consustanzianti a una società democratica che esige di preservare l'uno e il molteplice senza negare l'essenza dell'individualità, e senza nemmeno negare quindi uno tra i tanti esiti della democrazia "giuridica", la frammentazione dell'autorità, la relativizzazione dell'autorità, quindi la pluralità della decisione normativa e la conseguente incertezza e incessante problematicità della garanzia, che si aggiunge alla problematicità della pena. Il diritto penale plurale e pluralista si scopre *per tabulas* prima ancora che nel momento applicativo.

In particolare, nel quadro della cennata democrazia "giuridica" costituzionalmente recepita, in cui pure la giurisdizione dovrebbe collocarsi in prospettiva servente (e invece non lo fa: questa è una grande radice di creatività evitabile e di creatività sleale), distinguendosi dalle forme autoritarie e autoreferenziali di epoca precostituzionale, il richiamo alla *giustizia* contenuto nel secondo comma dell'art. 101 Cost. potrebbe suggerire una lettura secondo cui i giudici non già "sono soggetti *soltanto* alla legge" *tout court*, il che in definitiva li pone *ingiustamente* troppo deresponsabilizzati *sopra* la legge intesa in senso formalistico, come si verifica comunemente, bensì sono soggetti alla legge *nel render Giustizia*, essendo a questa, e alle sue imprescindibili strutture sostanziali e strumentali costituzionalmente sancite, anzitutto assoggettati per amministrarla applicando *soltanto* la legge, a partire appunto da quella costituzionale. Il quadro armonico è presieduto da quell'aspettativa di "pace e giustizia" in ambito sia interno che internazionale, delineato dal Costituente nei principi fondamentali (artt. 1-12) a fini sia di pieno sviluppo di ogni persona umana con i suoi diritti inviolabili, sia di conseguente effettiva partecipazione di ognuno alla vita collettiva, produzione del Diritto compresa. Tutto ciò vale per chi riconosca che la Giustizia meriti qualcosa per il Diritto, come parrebbero intendere la nostra Costituzione e le altre Carte [G. DE FRANCESCO,

Pauca dicta sui fundamenti e sui principi del diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1339]; chi invece preferisce il divorzio tra diritto (anche penale) e *Dike*, cioè l'affrancamento dalla "mitologica illusione" di "fare giustizia", dovrà spiegare perché il diritto svolga ciononostante, e nonostante sia inteso come privo alla sua base di "alcuna verità compiuta", "un ruolo insopprimibile, senza il quale le basi stesse della convivenza civile potrebbero dissolversi" [U. CURI, *I paradossi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1085]. Da parte mia sento veramente che il Diritto, e il diritto penale in particolare, continua a rispecchiare la verità compiutissima dell'inafferrabile condizione umana che pervicacemente attende/tende all'inafferrabile Giustizia, compresa la pur anche tragica verità della fallace giustizia umana.

La concezione della legge non solo formalmente ma anche sostanzialmente legittimata dalla sua Giustizia sta dunque scritta nella Legge fondamentale. L'intima essenza del dettato costituzionale e l'afflato etico del giusdicente dovrebbero sostanziarsi nella ricerca della dignità umana. Le norme obiettive e astratte, per quanto valide, sono insufficienti a cogliere la soluzione nel momento della decisione; l'abisso che separa gli stessi principi costituzionali dalla scelta è colmato, in ultima, nella coscienza del singolo che dovrebbe prudentemente scoprire la "Giustizia" da amministrare (art. 101 Cost.). Richiamare i giusdicenti a riflettere sulla propria coscienza (e quindi anche sui prodotti della medesima) in funzione di Giustizia è fondamento dell'innescio di un processo auto-critico che la *sancita* problematicità dei principi impone anche corrispondendo alla problematicità della coscienza stessa [Cfr. D.C. DENNET, *Coscienza. Che cosa è* (1991), Roma-Bari, Laterza, 2009]. La magistratura italiana fatica ad intraprendere un processo del genere, fasciata com'è, a parte le troppe pigrizie mentali e l'inaccettabile sovraccarico di lavoro e tanto altro di impediente, soprattutto da illusioni legalistiche deresponsabilizzanti nonché da illusioni granitiche sull'utilità della pena, comunque da dogmatismo che inoltre troppo spesso si sposa machiavellicamente con aspirazioni al (mal)"governo" penale, quando non con esasperati corporativismi [allo scopo di favorire qualche ravvedimento, sarebbe utile una riforma "pratica" dei primi due articoli del codice penale; cfr. S. RIONDATO, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1541].

La Giustizia penale non è affare soltanto del giusdicente, e nemmeno soltanto del Parlamento, né del solo connubio tra i due. Ogni individuo umano ha interesse alla Giustizia, ad amministrare la giustizia e all'amministrazione della giustizia, anche partecipandovi direttamente [S. RIONDATO, *Introduzione breve ai delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di G. FORNASARI e S. RIONDATO, Torino, Giappichelli, 2013, XXVII]. Emerge l'importanza della congiunzione tra diritto penale e processo penale, che taluno vorrebbe perfino inscindibile [una panoramica sul tema in Res Iu-

dicata. *Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, a cura di C. SARRA e D.V. VELO DALBRENTA, Padova, Padova University Press, 2013]. Ogni individuo è portatore di una sua idea sia di giustizia che di amministrazione della giustizia medesima, ed è titolare primario dell'interesse alla Giustizia e all'amministrazione della medesima a fine di Giustizia. La stessa giurisdizione, nel regime di uno stato costituzionale democratico di diritto, si costituisce in un col diritto di accesso e partecipazione attiva (nonché passiva) alla giurisdizione, che è un diritto costituzionale fondamentale, poiché ognuno e tutti – persone fisiche nonché giuridiche private o pubbliche, etc. – hanno diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, mentre la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, “principio supremo” dell'ordinamento costituzionale [Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232]. Questo principio detto supremo ha tradizionalmente un aspetto processuale, ma più modernamente si rivela dotato di fondamento sostanziale che ancor meglio regge la sua supremazia. L'individuo è (integratore del)la Giustizia, tutti lo sono. L'individuo ha interesse proprio e primario alla Giustizia, contribuisce imprescindibilmente a costruire la Giustizia e quindi anche la giurisdizione; è insomma formante imprescindibile del Diritto che anche ma non solo tramite la giurisdizione si afferma in funzione di Giustizia, con tutta la problematicità che “Giustizia” comporta, e non risolvibile soltanto dalla *parte* dell'individuo-autorità. *Iura novit curia* va alquanto relativizzato interrogandosi sulle fonti e sui legittimi processi di formazione del Diritto nell'amministrazione della Giustizia in sede giurisdizionale. Strumenti processuali di certezza e garanzia effettiva sulla formazione del diritto penale *in action*, a partire da un effettivo controllo sull'imputazione, sono ancora musica del futuro. L'obbligatorietà dell'azione penale è un monumento all'ipocrisia, foriero del massimo arbitrio (T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1092). La pronuncia giurisprudenziale deve convogliare (anche) la partecipazione “dal basso” alla costruzione del diritto penale: la legalità penale, compresa quella “ideale”, non assicura sufficiente democrazia se questa non si incunea vivendo anche nel processo. Il contraddittorio costituzionalmente tutelato, e in modo rafforzato nel processo penale (ancora da adeguare efficacemente), esprime l'imprescindibile confronto anche delle opinioni sul diritto e quindi sulla giustizia che il giudice è chiamato a riconoscere scervo da interessi propri o altrui, compresi gli interessi dell'intera collettività (agisce *in nome*, non già nell'interesse del popolo), e in tempi accettabili, considerando anche quanto gli propongono le parti, e di cui deve rendere conto in ossequio all'obbligo costituzionale di sostanziale e non soltanto formale motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, comma 6, Cost.).

6. *Altri rimedi, controlli, legittimazione democratica diretta del giudicante.* – Se pur il diritto è ciò che il giudice dice essere, tuttavia il diritto preme a dire chi è

il giudice [R. BIN, *Ordine e disordine in una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013, 69].

È di estrema complessità e difficoltà il tema dei rimedi e controlli da incardinare sull'ordinamento giudiziario o altrove (tra autoriforma e eteroriforma), a partire da un più incisivo controllo disciplinare sui magistrati, al miglioramento della loro non soddisfacente professionalità [V.M. CAFERRA, *Il magistrato senza qualità*, Roma-Bari, Laterza, 1996], e compresa la questione concernente una seria misura di non necessariamente integrale legittimazione democratica diretta del giudicante autoritativo (che a noi piacerebbe) [per un primo orientamento v. M. VIETTI, *Intervento al XXXI Congresso Nazionale dell'Associazione Nazionale Magistrati*, <http://www.associazionemagistrati.it/doc/239/relazione-michele-viotti-vice-presidente-consiglio-superiore-magistratura.htm>; G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2009; L. MEZZETTI, *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte costituzionale italiana*, in *Pensamiento Constitucional*, XIV, 2010, 70]. Ma non solo la magistratura è deficitaria; ancor di più lo è l'avvocatura il cui grado di professionalità è in complesso per ampie parti alquanto scadente. Basti in generale qui limitarsi ad osservare che probabilmente il tutto è al momento indecidibile seriamente in (nel vuoto della buona) politica, forse tollera modesti aggiustamenti migliorativi, e comunque richiede ulteriori studi.

7. *Riassunto e soluzione del caso.* – L'ordine intercostituzionale anche penale si apprezza compiutamente sul piano delle dinamiche giudiziali, laddove si connota come intergiurisprudenziale. La sua costruzione e il suo incessante sviluppo si vorrebbero fondati, in ultima analisi, su una competizione *culturale*, non *positiva*, tra gli organi chiamati a somministrare giustizia, il che non esclude l'eventualità del conflitto o della diversificazione, quando non funzioni il dialogo tra le Corti e non si vada oltre [A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in www.gruppodipisa.it, 22 marzo 2012. V. inoltre G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Aracne, 2011; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, Il Mulino, 2010]. Comunque, siamo ben oltre il *soft law*. Il primato passa *sperabilmente* alla cultura, «il diritto è cultura» [G. BETTIOL, *Diritto penale*, 11^a ed., Padova, Cedam, 1979, 13 e 12]. Il dialogo può sfociare in positivizzazione, *sperabilmente* secondo ragionevolezza [cfr. D. PULITANÒ, *Quale ragionevolezza nel penale?*, in AA.VV., *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, a cura di S. RIONDATO, Padova, Padova

University Press, 2012, 43; J. HABERMAS, *Tra scienza e fede* (2005), Roma-Bari, Laterza, 2008].

Se non c'è né dialogo, né coscienza, né cultura ... che risposta daremo al Mr. Le Ghigliottine del nostro caso? Del resto, perché dovrei *rispondere*? È *responsabilità* mia? Una risposta lui se l'è già data ... cioè, più o meno, la ghigliottina. La ghigliottina, rilancio tecnico-egalitario operato a sua immagine dall'Illuminismo della Ragione dominante, fredda affilata tagliente scientifica, in cui uomini senza Testa tagliano teste d'uomo, si ripropone immancabilmente anche nella disperazione come strumento di chiusura rivoluzionaria giustiziante ingiustamente chi non fa Giustizia (<http://www.lolandesevolante.net/blog/2013/04/come-costruire-una-ghigliottina-in-pochi-facili-passaggi/>). Si avvicina un futuro costellato di ghigliottine non più solo virtuali.

ANTONIO VALLINI

1. «*No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, [...] democracy is the worst form of government except all those other forms that have been tried from time to time*»¹. Con pochi tratti di *humour* britannico, Winston Churchill liquidava gran parte delle critiche alla democrazia, proprio in un momento in cui la democrazia gli rivelava amare implicazioni.

Sulla scorta di ben altra mole di argomenti, Karl Popper delineava i tratti della sua “società aperta”, così compendiatamente da Dario Antiseri: «nessun individuo o gruppo o razza o classe è venuto al mondo con l'attributo della *sovranità sugli altri*. È quindi [...] sviante la domanda “chi deve comandare”?, mentre razionale [...] è la domanda “Come possiamo organizzare le istituzioni politiche in modo da impedire che i governanti cattivi o incompetenti facciano troppo danno?”. È questa la domanda sottesa alla società aperta. Non *chi* deve comandare, ma *come* controllare chi comanda: questo è quanto vogliono sapere *uomini fallibili* che costruiscono, proteggono e perfezionano le istituzioni democratiche»².

La legalità penale non solo partecipa della democrazia, almeno della sua declinazione “continentale”, ma molto le assomiglia. La riserva di legge, in particolare, non è concepita per garantire positivamente la qualità dei contenuti e della forma delle scelte legislative, bensì per predisporre strumenti e processi di *limitazione e correzione*. Quel principio non trova tanto legittimazione nell'auspicio ottimista che, per suo tramite, sia perseguibile una qualche legislazione penale ideale – un

¹ Discorso alla Camera dei Comuni, 11 novembre 1947.

² D. ANTISERI, *Premessa alla seconda edizione italiana di Karl Popper, La società aperta e i suoi nemici*, I, Roma, 1996, 13.

connubio perfetto tra razionalità e rappresentatività – bensì nella realistica constatazione che il potere di normazione penale, per le sue componenti simboliche e le sue elevate implicazioni politiche, tende fisiologicamente a suscitare la tentazione di abusi punitivi (in senso lato, e in senso stretto), che devono essere circoscritti. Appurare che la produzione legislativa è per lo più qualitativamente pessima o almeno deprecabile, ed anche individuare le ragioni strutturali di talune degenerazioni, non è argomento utile per decretare il fallimento del principio di riserva di legge, bensì un motivo per chiederne, semmai, un ripensamento, una rifondazione e un potenziamento funzionale³. Oppure, se proprio si auspica un superamento della riserva di legge⁴, bisogna proporre sistemi dotati di una maggiore capacità limitativa e correttiva. Non certo affidarsi alla credenza – minacciosamente ingenua – che esistano istituzioni (ed esempio giurisdizionali) ontologicamente dotate di “maggiori capacità” di informare i processi di criminalizzazione a *standard* più elevati. Non *chi* deve produrre norme penali, ma *come* controllare la produzione del diritto penale: questa è la domanda.

Peraltro, la bontà della legislazione penale non è questione puramente tecnica, ma fondamentalmente politica, ed è soprattutto per questo che appare poco sensata la prospettiva di affidarla a una tecnocrazia di illuminati manipolatori del giure punitivo. Quel che si può fare – e quel che la riserva di legge prova a fare – è creare i presupposti migliori acciocché, se esistono premesse positive per una buona politica penale, esse abbiano modo di esprimersi. Da questo punto di vista, ad esempio, l'affidamento all'organo comunque *più rappresentativo di ogni altro* – anche se certo *non perfettamente rappresentativo* – che decide secondo una regola di maggioranza nel confronto dialettico con istanze contrapposte, dovrebbe *meglio garantire di ogni altro* – anche se è lungi dal garantire *in assoluto* – una corrispondenza tra le scelte politiche di incriminazione e orientamenti valoriali diffusamente riconoscibili, in modo da far funzionare apprezzabili canoni di “prevenzione positiva”⁵. Soprattutto però, come dicevamo poc'anzi, fine della riserva di legge è quello di predisporre un sistema di controrimedi nel caso in cui quelle ed altre qualità positive non si esprimano. La riserva di legge apre i processi di criminalizzazione all'interlocuzione dialettica e al controllo delle forze di minoranza; espone le dinamiche e i risultati di quei processi alla verifica dell'opinione pubblica e alla pos-

³ Cfr. S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in questa *Rivista*, 2012, 299. Ripensamento, anche nella prospettiva di “metabolizzare”, entro l'orizzonte valoriale di quel principio, quel che di buono o di necessario può promanare dalle dinamiche globalizzanti attivate dalla adesione alla Convenzione europea: A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2011, 123 s.

⁴ Su tale tendenza, per tutti, criticamente, N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in questa *Rivista*, 2012, 316 ss.

⁵ W. HASSEMER, vari contributi: da ultimo *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, 2012, 96 ss.

sibilità di interventi abolitivi (mediante *referendum*); racchiude la scelta di incriminazione nella sola fonte che si espone al giudizio di costituzionalità. Anche le obiezioni mosse alla riserva di legge in ragione della ridotta rappresentatività del parlamento (a causa ad es. della legge elettorale e del fenomeno della c.d. “partitocrazia”) e/o perché i processi decisionali poco o solo apparentemente risentono del criterio di maggioranza parlamentare (per la subordinazione al governo, per i condizionamenti di *lobbies*, potentati economici, *inputs* sovranazionali, ecc.), e/o perché gli strumenti di controllo diffuso restano sostanzialmente sulla carta⁶, appaiono dunque degne della massima considerazione (segnalando problemi reali e gravi), ma alla fine non del tutto pertinenti per giustificare un superamento del principio. Per il semplice fatto che, per sostenere simili prospettive, bisognerebbe o negare il valore della rappresentatività dell’organo chiamato a orientare il “potere punitivo” e l’importanza di sistemi di vigilanza democratica e costituzionale su quel potere, oppure individuare organi *più rappresentativi* del Parlamento e fonti *meglio “controllabili” e “correggibili”* della legge.

Altro aspetto, tutt’altro da sottovalutare, è quello della *responsabilità politica* ex post. Tale responsabilità è ovviamente massima (il giudizio è, ancora una volta, relativo e comparativo) per l’organo che si rinnova mediante elezioni popolari. È minima per istituzioni che si costituiscono per concorso, costituzionalmente preservate da qualsiasi influenza e subordinazione di carattere politico. I giudici, per intendersi, sono programmaticamente sottratti a una responsabilità politica, se non a una responsabilità *tout court*⁷. Orbene, sempre nell’ottica del “contenimento negativo” del potere punitivo – ma anche in quella, volendo, della valorizzazione positiva della qualità del sistema penale – è meglio affidare i processi di criminalizzazione (che sono politici) a chi poi, in qualche modo, dovrà darne conto, o a chi invece è esente da una simile validazione anche *ex post*? La riserva di legge è una risposta anche a questa domanda retorica.

Si badi, ci stiamo muovendo in una prospettiva di sistema e di principio, non di esegesi di dinamiche concrete. Non siamo così ingenui da non cogliere che, in realtà, dietro l’atto interpretativo più neutro si collocano *inevitabilmente* opzioni di va-

⁶ Cfr. F. PALAZZO, vari contributi, ad es. *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2013, 122 ss.; ID., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. fiorentini*, XXXV, 2007, 1281 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *questa Rivista*, 2011, pp. 84 ss.; F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Milano, 2000, I, 66 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 23ss. V. altresì A. GARGANI, *op. cit.*, pp. 99 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2013, 164 ss.

⁷ G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *questa Rivista*, 2012, 291.

lore e quindi “politiche” *lato sensu* (talora *stricto sensu*, se non *vulgari sensu*), sicché il ruolo della giurisprudenza naturalmente (e, in certe contingenze storico-politiche, in modo particolarmente accentuato) si pone in un rapporto di tensione con il paradigma della riserva di legge, quasi svelandone una natura ideologica⁸. Bisogna tuttavia decidere se attribuire a quella tensione centripeta un avallo istituzionale, ovvero chiedere all’ordinamento di predisporre misure di contenimento. Sul punto torneremo nel finale.

Inoltre, ribadire che la giurisprudenza *non deve avere* potere di intervento positivo nei processi di criminalizzazione, non significa estraniarla dalla teleologia della riserva di legge, bensì meglio e più degnamente collocarla in quello stesso orizzonte. È proprio in ragione della sua apoliticità e della sua estraneità a processi di carattere più strettamente politico-criminali che il giudice può trovare una collocazione essenziale e insostituibile nelle logiche complessive della riserva di legge.

Approfondiamo i nessi tra artt.25 Cost., 101, comma 2, Cost, e l. cost. 9.2.1948 n. 1. Se le opzioni penali devono esprimersi mediante legge, è anche perché, in tal modo, la loro concretizzazione viene poi istituzionalmente affidata al filtro di un organo – il giudice – che ne è l’interprete elettivo, dedicato e specializzato, privo di responsabilità e, dunque, di *potestà* politica, ma prevalentemente ispirato dalla Costituzione e interlocutore essenziale della Corte costituzionale. In tal senso soggetto *soltanto alla legge*: egli, cioè, *deve dare come acquisita la decisione politico-criminale* cristallizzata nella legge, ed espressione del criterio decisionale privilegiato in un contesto democratico, senza ad essa sostituire altre decisioni o opzioni, personali o di altra fonte. In tal senso soggetto *alla legge*: sottoposto prima di tutto alla *suprema legge*, la Costituzione, cui deve orientare la propria attività interpretativa, e di cui deve garantire, per così dire, l’effettività nella sua funzione esclusiva di “giudice rimettente”. In altri termini, il criterio di riserva di legge, quale presupposto (in materia penale) per una individuazione del giudice come *agente decisivo di concretizzazione del precetto* normativo, è anche funzionale ad una allocazione razionale e virtuosa tra competenze e potestà (positive) *politico-decisionali* (necessariamente dell’organo rappresentativo), e competenze e potestà (negative) di *garanzia dei diritti individuali contro abusi della maggioranza* e aberrazioni delle dinamiche decisionali (necessariamente di un organo che non cerca legittimazione in una maggioranza, ma semmai in fonti deputate a contrapporre barriere al potere punitivo). Osservata in questa sua ulteriore forma di manifestazione, ecco che appare la strettissima parentela tra riserva di legge e democrazia. Quella, come que-

⁸ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007, *passim*, e spec. pp. 71 e ss.; G. FIANDACA, *op. cit.*, 93 ss.; F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale*, cit., 69 ss.; A. GARGANI, *op. cit.*, 116 ss.; S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica. Per l’analisi della decisione del caso*, a cura di U. Vincenti, Padova, 2000, 241 ss.

sta, lungi dall'esaurirsi nel criterio maggioritario, è sistema di equilibri per preservare le ragioni e diritti della minoranza, e in specie della più paradigmatica delle minoranze, cioè l'individuo.

Tanto premesso, e venendo finalmente all'oggetto di questo *forum*, se le sinergie tra l'ordinamento interno e il sistema CEDU valorizzano il ruolo della giurisprudenza, sarebbe opportuno contribuire (anche nelle sistematizzazioni "scientifiche") a veicolare questa sollecitazione in modo che essa *incrementi la capacità (istituzionale, ed effettiva) della giurisprudenza di fungere da limite garantistico alle opzioni di politica penale del legislatore*. Potenziando, in particolar modo, il ruolo del giudice come interprete non più soltanto costituzionalmente, ma anche "convenzionalmente" orientato; e come interlocutore funzionale non più soltanto della Corte costituzionale, ma anche (v'è da precisare in che modo e in che misura) di un'altra "Corte dei diritti"⁹. Così introiettata, quella sollecitazione sarebbe del tutto in linea con le logiche più profonde della riserva di legge nazionale, la cui portata garantistica risulterebbe ulteriormente accresciuta, insieme all'importanza istituzionale della magistratura.

Frizioni col principio di riserva di legge si possono invece verificare – e di gravi – se l'interlocuzione con la CEDU dovesse invece, alternativamente o, peggio, cumulativamente:

- a) legittimare un ruolo *politico-criminale* della giurisprudenza, complementare o addirittura sostitutivo rispetto a quello dell'organo rappresentativo
- b) far operare la giurisprudenza non più soltanto come *limite negativo* alle scelte di incriminazione, espresse mediante la legge, ma anche come *pungolo ad opzioni positive di criminalizzazione*.

2. Misuriamo, dunque, quanto di virtuoso, e quanto di rischioso vi sia, nelle sinergie ormai essenziali tra sistema penale interno e fonti CEDU, con particolare riferimento al tema della legalità. A questo proposito bisognerebbe considerare distintamente varie espressioni di quelle sinergie.

Interessa, in primo luogo, come l'*idea di legalità penale* contenuta nell'art. 7 CEDU ed elaborata a Strasburgo si confronti con il concetto di legalità desumibile dall'art. 25 Cost.

Altro problema è come disposizioni convenzionali distinte dall'art. 7 – che non riguardano processi di formazione e operatività della norma penale quale che sia, bensì definiscono diritti fondamentali come possibili oggetti di tutela penale – possano incidere sul *merito* delle scelte di incriminazione, limitando la discrezionalità politica dell'organo legislativo, fino a prefigurare *obblighi di tutela penale*. Tema

⁹ Compie uno sforzo in tal senso, di recente, il contributo di G. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula 'bella e infedele'*, in corso di pubblicazione su *Dir. pen. proc.*

di grande rilievo, strettamente correlato a quest'ultimo, è come e quanto le tecniche di bilanciamento tra diffuse pretese di incriminazione (istanze di "sicurezza", o di conferma simbolica di diffusi orientamenti etici) ed esigenze di salvaguardia del singolo dal potere punitivo (tutela in generale della libertà personale, salvaguardia di più specifici diritti e libertà le cui forme di espressione possono essere oggetto di repressione penale) promosse dalla Convenzione europea possano interferire sulle corrispondenti tecniche di bilanciamento ispirate dalla Costituzione, eventualmente alterandole.

Ultima fondamentale questione, che prescinde dalla dimensione formale e sostanziale della legalità penale prefigurata dalla Convenzione, e più risente di regole e prassi di implementazione di quella Carta internazionale: come e quanto l'elevazione della Corte EDU ad attore costante e privilegiato del sistema penale impatta sui reciproci equilibri tra soggetti costituzionali (in particolare tra legislatore, giudice e giudice delle leggi), riassetandone i ruoli rispetto a quelli astrattamente assegnati dal principio di cui all'art. 25 Cost.?

3. Cominciamo, dunque, dall'art. 7 CEDU.

Secondo una lettura, per così dire, "ottimistica", l'idea "convenzionale" di legalità *rafforza* il paradigma delineato dall'art. 25 Cost.¹⁰. Le due disposizioni opererebbero, insomma, in termini *cumulativi*, ognuna aggiungendo profili di garanzia non pienamente valorizzati dall'altra, così che ne risulterebbe infine una nozione di legalità potenziata nella sua portata liberale e garantistica.

L'art. 7 CEDU non valorizza la riserva di legge e riconosce alla giurisprudenza un ruolo paraordinato rispetto al legislatore (*Grande Chambre* del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; C. Edu, *S.W. c. Regno Unito*, 22.11.1995, § 35; C. Edu, *C.R. c. Regno Unito*, 22.11.1995, § 35; C. Edu, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, 8.7.1999, § 36). Si dirà, tuttavia, che ciò avviene perché è norma pensata per adattarsi a sistemi di *common law* (e lo stesso operare della Corte EDU rispetto alla propria fonte di legittimazione, la CEDU, coltiva stilemi da *common law*). Non c'è dunque da temere: a garantire il monopolio legislativo, nel sistema penale interno, ci pensa l'art. 25 della Costituzione, che non può essere sminuito dalla disposizione convenzionale. La quale è pensata per adattarsi, lei, a ordinamenti profondamente diversificati, non certo per pretendere l'adeguamento dei sistemi continentali a logiche britanniche, o viceversa.

¹⁰ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes - V. Zagrebelsky, 107. In una prospettiva più cauta, cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite?*, cit., a parer del quale, pur potendosi intravedere un indebolimento del principio di riserva di legge, nel contesto dell'attuale sistema "multilivello" la discrezionalità del giudice non risulterebbe particolarmente potenziata; anzi, per certi versi (specie se ben intesa) risulterebbe più vincolata.

L'interpretazione che dell'art. 7 CEDU dà la Corte si lascia peraltro apprezzare per l'energia con cui promuove *l'accessibilità e la prevedibilità* della norma incriminatrice¹¹ (tra le ultime C. eur. dir. uomo, quarta sezione, sent. 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta, ove si valorizza in particolar modo anche l'esigenza di prevedibilità della *misura* della pena). Il sistema CEDU, dunque, potenzia i principi di determinatezza e tassatività (intesa come divieto di analogia: C. Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, 25.3.1993, § 25), non esplicitati nell'art. 25 Cost., così come la regola della irretroattività, di cui si estende la *ratio* sino a comprendervi il "formante giurisprudenziale" (diversamente dall'art. 25 Cost.).

Altro profilo garantistico irrobustito dall'art. 7 CEDU, e del tutto estraneo all'art. 25 Cost., è costituito dal criterio di retroattività della norma favorevole, come noto recentemente declinato nei termini di un vero e proprio *diritto della persona*, dunque in una dimensione "soggettiva" strutturalmente più resistente a bilanciamenti valoriali (e non solo di oggettiva coerenza dell'ordinamento, fatalmente esposta alle pressioni di esigenze che possano rendere ragionevoli disparità di trattamento tra fatti commessi in tempi differenti: v. Gran Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia)¹². Ancora, la nozione di "legge penale" elaborata dalla Corte EDU – riguardo all'art. 7 CEDU come già all'art. 6 – è "autonoma" (v. in origine C. Edu., GC, *Engel c. Paesi Bassi*, 8.6.1976, §§ 81 ss.; successivamente, *ex plurimis*, C. Edu, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*, 21.2.1984, §§ 50 e di recente C. Edu, *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 20.1.2009; Sent. 27 settembre 2011; A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia (ric. n. 43509/0). Essa, in sostanza, non è condizionata dal *nomen* apposto nell'ordinamento nazionale a questa o a quella fattispecie, a questa o a quella sanzione. Bada alla sostanza penale di talune opzioni punitive, per come essa è rivelata, tra l'altro, dall'impatto che esse hanno su diritti fondamentali della persona, ed è insensibile a possibili "frodi delle etichette". Tanto si addice a

¹¹ A. BERNARDI, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, 2001, 253, 260 ss.

¹² V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, diretto da Bartole-De Sena-Zagrebelski, Padova, 2012, 284 ss.; F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in MANES- ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., 426 ss.; C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 69 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 217 ss.; F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 ss. Nondimeno, vi sono implicazioni della retroattività *in mitius* non valorizzate in sede europea, e che dunque si prestano a trovare più solido fondamento nel sistema italiano, ad es. *ex art. 3 Cost.* Così, restano esclusi dall'ombrello protettivo dell'art. 7 CEDU le norme in materia di prescrizione, mentre l'effetto retroattivo non viene ritenuto idoneo a superare il giudicato. Sul punto F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ss.

un giudice sovranazionale, non condizionato dalle forme giuridiche dei singoli ordinamenti statuali, che ha contribuito virtuosamente ad incrementare analoga insensibilità anche nella nostra Corte costituzionale¹³.

In conclusione, senza attentare alla portata *istituzionale* della legalità (quella espressa nel principio di riserva di legge, e privilegiata nell'art. 25 Cost.), l'art. 7 CEDU incrementa le implicazioni *personalistiche* di quello stesso paradigma, e dunque – dalla visuale dell'ordinamento italiano – i nessi tra art. 25 ed art. 27 (commi 1 e 3) Cost.¹⁴.

Non può, tuttavia, darsi così per scontata la *compatibilità* funzionale (e, dunque, la virtuosa sovrapposibilità) tra l'idea costituzionale e quella convenzionale di legalità. Perché se si sposta la fonte di legittimazione dell'opzione incriminatrice dal criterio (formale) della riserva di legge a quello (sostanziale) della *prevedibilità*, il contributo del giudice – che può essere prevedibile tanto quanto altre fonti – risulta potenzialmente *sostitutivo* della legge. In questo modo, sostanziali inottemperanze interne, da parte dei giudici, dei corollari della riserva di legge potrebbero trovare invece una legittimazione nella CEDU, purché per la loro diffusione, o comunque *per la loro intrinseca "ragionevolezza" nonostante la loro novità*, vadano a costituire un orientamento "prevedibile" e "accessibile".

Insomma, interventi del giudice di carattere analogico, o comunque "creativamente" intesi ad attribuire un significato ad una disposizione in sé ambigua o indeterminata, quindi non saldamente ancorati al lessico legislativo, possono trovare un sostegno a Strasburgo (fino a divenire, per questa via, oggetto addirittura di un obbligo di interpretazione "convenzionalmente orientato") giusto perché in grado di delineare fattispecie la cui criminosità sia "prevedibile" (ad es. C. Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, 25.3.1993; C. Edu, GC, *Cantoni c. Francia*, 15.11.1996, § 34 e di recente Dec. 14 giugno 2011, *Jobe c. Regno Unito*; e v. poi Cass., Sez. Un., n. 34952 del 19.4.2012, che nonostante la dubbia compatibilità con il tenore letterale dell'art. 628, comma 2, c.p., ha ritenuto penalmente rilevante il tentativo di rapina impropria, in quanto fattispecie "prevedibile" ai sensi dell'art. 7 CEDU¹⁵). Non a caso, nella prospettiva dell'art. 7 CEDU, non si fa distinzione tra "analogia" e "interpretazione estensiva". Una tale distinzione è sensata soltanto dando la giusta importanza alle parole utilizzate dal legislatore nel descrivere il fatto tipico¹⁶.

¹³ Cfr. la sentenza in tema di confisca della Corte cost. n. 196/2010, in *Cass. pen.* 11, 70, con nota di V. MANES.

¹⁴ G. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 227 ss.

¹⁵ Cfr. le note critiche di G.L. GATTA, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁶ Cfr. A. BERNARDI, *Art. 7, cit.*, 263 ss.; A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Ced)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 258 s.

Possiamo persino preconizzare un avallo sovranazionale di applicazioni retroattive di disposizioni incriminatrici, laddove il materiale normativo coevo alla commissione del fatto rendesse “prevedibile”, già allora, una qualifica di criminosità della condotta corrispondente a quella poi “meglio esplicitata” nella disposizione penale sopravvenuta. Le sinergie con il sistema CEDU e la sua idea di legalità, in altri termini, potrebbero fornire una legittimazione ad interpretazioni che volessero “forzare” i confini applicativi di fattispecie previgenti al momento della condotta, in modo da far risultare come “successione modificatrice” (in ipotesi *in bonam partem*, dunque suscettibile di retroagire) quella che, a una interpretazione rigorosa del testo normativo, dovrebbe piuttosto ritenersi una ordinaria ipotesi di incriminazione inedita e sopravvenuta (dunque non applicabile retroattivamente). Senza neppure una piena garanzia del giudicato: c’è infatti chi teme che la figura della c.d. “revisione europea”, per come costruita dalla Corte costituzionale, ancora una volta nell’urgenza di armonizzare sistema interno e CEDU, non sia del tutto refrattaria a ipotesi di revisioni *in malam partem*¹⁷.

Morbose fantasie? Proprio di recente (Sent. 6 ottobre 2011, Soros c. Francia) la Corte europea ha ritenuto compatibile con l’art. 7 CEDU una condanna francese per *insider trading* ai danni di chi poteva ritenersi *insider* secondario, munito di informazioni privilegiate, ai sensi di una legge *successiva al fatto*, non altrettanto chiaramente (e, però, “prevedibilmente”, dall’ottica “professionale” dell’imputato) in virtù della diversa legge *antecedente al fatto*. Già nella nota decisione C. Edu, S.W. c. Regno Unito, 22.11.1995, la negata applicazione a un cittadino inglese condannato per violenza sessuale ai danni della moglie della causa di non punibilità correlata alla relazione coniugale, elaborata in un remoto precedente, è stata ritenuta non in contrasto col divieto di efficacia retroattiva della “norma penale” sfavorevole, essendo comunque espressione “ragionevolmente prevedibile” di una evoluzione della coscienza sociale (di segno analogo C. R. c. Regno Unito).

Quest’ultima sentenza, assieme ad altre, disvela dettagli ancor più conturbanti, perché lascia intendere che forme possa assumere la “prevedibilità” quale essenza della “legalità” europea. Essa non è segno soltanto di una “soggettivazione” personalistica dei presupposti della responsabilità, ma anche un criterio che può attivare una *sostanzializzazione* del concetto di legge (che è tutt’altra questione, rispetto alla già ricordata elaborazione di una nozione sostanziale e autonoma di “materia pe-

¹⁷ V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit, 244. Si veda, per vero, la genericità del dispositivo della sentenza della Corte cost. n. 113/2011, con la quale si «dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva [quale che sia?] della Corte europea dei diritti dell’uomo».

nale”). La Corte EDU declina, a volte, una “prevedibilità” che non si apprezza dal punto di vista del singolo (ad es. in ragione della sua specializzazione professionale: v. anche C. Edu, *Flinkkilä e a. c. Finlandia*, 16.4.2010, § 67), ma è parametrata a supposti, diffusi orientamenti “etico-sociali-culturali”, di cui la Corte EDU si erge, in fondo, a interprete privilegiato (non si sa bene in virtù di quale legittimazione). Non a caso, è riguardo a *mala quia prohibita*, di diritto penale accessorio, che si è fatta realmente valere la garanzia della irretroattività (ad es. C. Edu, *Pessino c. Francia*, 10.10.2006). Per i *mala in se*, per definizione “intrinsecamente” conoscibili per le loro solide corrispondenze etico-sociali, essa pare del tutto depotenziata – come appunto rivelato dalla già citata sentenza *S.W. c. Regno Unito*¹⁸ – così tracciandosi una linea di continuità con l’opzione, espressa nel testo dell’art. 7 CEDU, secondo la quale le garanzie della legalità non valgono per i più connotati dei *mala in se*, e cioè i crimini internazionali¹⁹.

Un orizzonte culturale neogiusnaturalista (come quello cui può ricondursi, con cautela, la Formula di Radbruch che ispira l’art. 7, comma 2, CEDU²⁰), entro il quale fonte della norma penale non è l’*auctoritas*, bensì la *veritas*, eventualmente “rivelata” da liberi responsi della giurisprudenza, persino con esiti *in malam partem*?

4. V’è di più. Tale dimensione “sostanziale” della legalità penale *ex art. 7 CEDU*, idealmente sottratta al filtro valutativo dell’organo rappresentativo, ed anzi consegnata a una implementazione prevalentemente “prasseologica”, è oltretutto esposta ad altre pressioni convenzionali che le imprimono movimenti *espansivi*.

È una idea di legalità che si fa apprezzare non solo come *limite*, ma anche come *sollecitazione* del potere punitivo, proveniente *aliunde*, che non dalle aule di un Parlamento. Si può dire anche il contrario: la non essenzialità, nel sistema penale prefigurato dalla CEDU, di un monopolio politico-parlamentare dei processi di criminalizzazione, *apre spazi* per una legittimazione di carattere sostanziale, e in chiave estensiva, di quei processi.

La nota desumibilità da diverse norme CEDU di veri e propri *obblighi di incriminazione* (già a partire dal *leading case X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985, §§ 23 ss.), e la prefigurazione di un’idea sostanziale della legalità che ne mortifica la

¹⁸ Se ne accorge V. VALENTINI, *op.cit.*, 138 s.

¹⁹ Sul punto cfr. ancora le acute considerazioni di V. VALENTINI, *op. cit.*, 108 ss.; v. però la recente tendenza a interpretare molto restrittivamente quella eccezione: C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*.

²⁰ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, *passim*, spec. 279 ss.; G. DE FRANCESCO, *Crimini di Stato, filosofia politica, diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2001, 731.

dimensione istituzionale, sono due facce della medesima medaglia. Due fenomeni che, reciprocamente, “si tengono”.

Quale complesso “sillogismo” sorregga la presenza di obblighi di incriminazione è cosa nota²¹:

– la Convenzione tutela diritti fondamentali individuali contro offese promananti dallo Stato;

– lo Stato può offendere quei diritti non solo direttamente, ma anche non ottemperando all’obbligo positivo di salvaguardarli da lesioni terze;

– per altro verso, l’onere di salvaguardia dei diritti fondamentali – lo si desume già dall’art. 1 CEDU – ha da essere *practical and effective*; non ci si accontenta, insomma, di dichiarazioni d’intenti;

– da tali premesse deriva, prima di tutto, un *obbligo di predisporre effettivamente le più efficaci sanzioni dissuasive* di condotte offensive di diritti fondamentali;

– *la più efficace sanzione dissuasiva è la minaccia penale*;

– *ergo*, in diversi casi sussiste, per lo Stato, un obbligo di incriminazione (oltre ad altri obblighi di carattere processuale, organizzativo e amministrativo, anch’essi utili ad una efficace prevenzione).

Nella prassi della Corte EDU, nondimeno, questi doveri positivi dello Stato sembrano orientarsi specialmente a salvaguardia di diritti fundamentalissimi – alla vita, a non essere sottoposto a tortura e trattamenti degradanti, a non essere ridotto in schiavitù, alla integrità sessuale quale espressione del diritto al rispetto della vita privata – soprattutto quando titolari ne sono soggetti peculiarmente esposti (ad es. minori, detenuti, soggetti affidati allo stato, e in genere “*other vulnerable individuals*”, come in particolare persone disabili)²², e se la condotta illecita appare qualificata, perché commessa volontariamente, o perché proveniente da agenti dello Stato. Gli obblighi di incriminazione, dunque, hanno l’attitudine ad operare rispetto a *mala in se*, la cui criminosità di principio può supporre già riconosciuta dagli ordinamenti nazionali; sicché quegli obblighi tendono in realtà a convertirsi nel *divieto di prevedere esimenti* che configurino “eccezioni” alla generale punibilità di gravissime figure criminose (si pensi, ad es., al “nostro” art. 53 c.p.). Tutto questo riduce in qualche modo lo “scandalo”, anzi a tratti suscita l’entusiasmo, anche di giuristi avvezzi a trattare di un ordinamento che salvaguarda la discrezionalità poli-

²¹ F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., 247 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 167 ss.

²² Per un quadro aggiornato di riferimenti alla giurisprudenza CEDU v. M. PELAZZA, *Sugli obblighi di prevenzione e di repressione di tortura e trattamenti inumani e degradanti: una poco conosciuta sentenza di condanna dell’Italia da parte della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it.

tico-criminale del Parlamento. Oltretutto, è la stessa Corte costituzionale ad essersi attrezzata per censurare figure irragionevoli di “non punibilità”²³

Chi scrive è (sia pur problematicamente) perplesso, in particolare, circa l’opportunità di invocare con la consueta enfasi garantistica il baluardo della “legalità formale” per preservare spazi di sostanziale impunità di organi dello Stato che gestiscono scampoli rilevanti di “potere punitivo” (repressivo o preventivo). Perché la legalità è limite *al* potere statale-punitivo, a salvaguardia dei diritti *dell’individuo*; potere punitivo inteso nelle sue varie forme, perché la norma incriminatrice, direttamente o indirettamente, limita le strategie di tutte le agenzie di controllo penale. Ebbene, quando la CEDU pretende effettività di *prevenzione* (e dunque effettività di repressione) degli abusi di potere di polizia ai danni dei cittadini, davvero “contraddice” le logiche della legalità penale, ovvero ne implementa ulteriormente la portata garantistica? Non è certo un caso che l’unico obbligo costituzionale di incriminazione contemplato dalla nostra Costituzione – quella stessa Costituzione che sancisce la riserva di legge – riguardi, appunto, «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», da parte di quelle autorità cui l’art. 13 Cost. si riferisce.

Bisogna però stare attenti ad abbassare la guardia di fronte a quella che, ad ogni modo, è fondazione impositiva e non democratica di precetti sanzionati col carcere. Perché, ad esempio, il sillogismo di cui sopra è viziato in un passaggio almeno, in specie quando assume che quella penale sia, per definizione, la più efficace ed opportuna delle tutele preventive. Così si mortifica, in un sol momento, tutto il grande tema della *sussidiarietà* dell’intervento penale.

Quel sillogismo, ancora, se finora è stato declinato con una certa cautela e “senso di giustizia”, non contiene in sé limiti logici capaci di frenarne il potenziale espansivo. Così, sia pure in casi ben più limitati, le *positive obligations* di fonte CEDU impongono allo Stato obblighi di prevenzione anche di offese *tra privati*, che scivolano fatalmente verso obblighi di incriminazione. L’Italia è stata di recente destinataria di un ammonimento circa la necessità di «adottare misure volte ad assicurare che gli individui sottoposti alla propria sfera di giurisdizione non siano soggetti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, anche da parte di *soggetti privati*» (C. eur. dir. uomo, II sez., sent. 31 luglio 2012, M. e altri c. Italia e Bulgaria). Posto, poi, che anche i termini ristretti di prescrizione possono segnalare una inadeguatezza preventiva, e considerato altresì che quei termini sono naturalmente correlati alla gravità dell’illecito, le pressioni CEDU possono incidere non solo sull’*an* della rilevanza penale di certi comportamenti (rilevanza che si può supporre in qualche forma già sussistente, per le ragioni di cui sopra), ma anche sul *quantum*

²³ Sent. 394/2006: v. AA.VV., *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, a cura di L. Zilletti e F. Oliva, Pisa, 2007.

e il *quomodo*; imponendo, così, non solo l'*espunzione* di ipotesi speciali *in bonam partem*, ma anche l'introduzione di ipotesi speciali *in malam partem*, predisponenti trattamenti penali differenziati per eccesso. Presto, forse, dovremo confrontarci seriamente con tale prospettiva, se ci sarà "un giudice a Strasburgo" che vorrà sanzionare il nostro Paese per la dimostrata inattitudine (a dire il vero eclatante) nel predisporre una adeguata reazione punitiva ai gravissimi abusi della polizia perpetratisi a Genova nel 2001²⁴.

Sempre quel sillogismo, inoltre, per la sua ispirazione fondamentalmente vittimocentrica, si presta ad essere declinato in chiave *securitaria*, addirittura secondo stilemi tipici delle teorie sul "diritto penale del nemico", una volta che si assuma il diritto dei cittadini "alla sicurezza" tra i "beni fondamentali" bisognosi *ipso facto* di una salvaguardia mediante pena. Secondo un recente studio, sorretto non certo da illazioni e vaghi timori, questa deriva sarebbe da tempo sotto gli occhi di tutti²⁵. Alcune più recenti decisioni sembrano forse ridimensionare l'allarme (Corte eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. n. 42750/09²⁶); ma un qualche allarme è bene che resti.

Anche senza delineare veri e propri obblighi di incriminazione, infine, la Corte EDU in altre occasioni non lesina spunti per fornire un crisma di conformità convenzionale a scelte punitive che conculcano espressioni di diritti fondamentali per corrispondere a "vaghe" e diffuse istanze "etiche". Appartengono a questo filone tutte le sentenze in cui la Corte europea manifesta un peculiare *self restraint* a fronte di scelte nazionali di incriminazione che, intervenendo in settori ad elevata complessità bioetica, limitano pesantemente e, talora, in modo incongruo il diritto a procreare e formare una famiglia (art. 8 CEDU). In questi casi, le argomentazioni proposte dai giudici di Strasburgo non muovono tanto dal riconoscimento di diritti altrui "minacciati" dalla condotta criminalizzata (come le prerogative del nascituro, cui in realtà la CEDU stenta ad attribuire uno statuto significativo), quanto piuttosto dall'idea, spesso dichiarata, che gli organi statali godano in simili ambiti di una ampia discrezionalità punitiva (che si traduce in una limitata possibilità di muovere censure di irragionevolezza, *rectius* di "sproporzione"), essendo il livello nazionale quello in cui meglio si apprezza il *fondamento etico* di talune scelte di incrimina-

²⁴ A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1801 ss.

²⁵ V. VALENTINI, *op. cit.*, 33 ss.

²⁶ In www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. MAZZACUVA.

zione (ecco emergere, ancora una volta, la sensibilità per una legittimazione etico-sostanziale del diritto penale)²⁷.

5. La pariordinazione alla legge del formante giurisprudenziale non è soltanto predicata dall'art. 7 CEDU, ma è da tempo ampiamente *praticata*.

In primo luogo, è bene evidenziare che il diritto CEDU è esso stesso giurisprudenziale, cioè creato da un “giudice” che trova una fonte di legittimazione in una Convenzione programmaticamente bisognosa di integrazione, adotta stilemi tipici della *case law*, e si ritiene assoggettato al vincolo del precedente²⁸. Ebbene, è questo “diritto” che la nostra Corte costituzionale ha elevato a fonte *sub-costituzionale*, vincolando il giudice italiano, come se stessa, all'interpretazione che della Convenzione dà la Corte di Strasburgo²⁹. Il giudice interno si trova, insomma, assoggettato *allo stesso modo* tanto a disposizioni scritte generali e astratte, quanto a *pronunce* (sovranazionali) relative a *casi concreti* (anche se non succube dei casi concreti: le ermeneutiche sono per lo più generalizzanti)³⁰. L'esegesi di quelle disposizioni ancora utilizza, in linea di principio, le tecniche di sussunzione della fattispecie concreta sotto una predata fattispecie astratta. La subordinazione alle “interpretazioni” della Corte Edu impone, invece, una estrapolazione della *ratio* di atti di giurisdizione, quindi un adattamento di quella *ratio*, declinata in termini generali, rispetto al nuovo “fatto storico” bisognoso di soluzione, attraverso la rilevazione di analogie ed esercizi di *distinguishing*. La Corte costituzionale ha, insomma, invitato i giudici, e se medesima, ad allenarsi a gestire un paradigma sia pur peculiare di *stare decisis*. Quasi una prova generale di *common law*, che certo contribuisce, verrebbe da dire già sul piano “culturale”, all'acquisizione di un sentimento di accresciuta rilevanza della propria funzione (a discapito della funzione della legge) da parte del potere giudiziario, che si è sentito per altro verso gravato del compito di assicurare una efficace implementazione delle spinte garantistiche della CEDU, a fronte della tradizionale inerzia del legislatore. Con un qualche fraintendimento della regola secondo la quale il potere

²⁷ Per i necessari riferimenti, e per alcune considerazioni critiche, si consentito rinviare ad A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 127 ss., spec. 136 ss.

²⁸ F. VIGANÒ minimizza, tuttavia, la portata casistica delle pronunce della Corte EDU: da ultimo v. ad es. *L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.

²⁹ Tra le più recenti Corte costituzionale n. 39 del 27 febbraio 2009, n. 311 del 26 novembre 2009, n. 317 del 4 dicembre 2009, n. 80 del 11 marzo 2011, tutte reperibili in www.giurcost.org, con rimandi a dottrina *on line*.

³⁰ Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 101 s. Più tranquillizzanti le riflessioni di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 151 ss.; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di Corso e Zanetti, Roma, 2010, 636 ss.

giudiziario, in quanto espressione dello Stato, è co-obbligato a dare soddisfazione ad obblighi internazionali di cui lo Stato è titolare, quali quelli che promanano dalle sentenze della Corte europea. Quella regola non può, infatti, alterare i reciproci confini tra i ruoli attribuiti ai diversi organi costituzionali nell'ordinamento interno. In altri termini, la giurisprudenza può e deve contribuire a garantire l'esecuzione delle decisioni CEDU, ma soltanto entro i limiti delle proprie attribuzioni³¹; tra i quali, appunto, quello segnato dalla legalità, nelle sue varie espressioni.

Invece ben oltre le attribuzioni del potere giudiziario sembrano essersi spinte, ad esempio, certe prese di posizione in materia di garanzie processuali, dalla portata obiettivamente *contra o praeter legem* (di carattere analogico, si dirà con un eufemismo), dichiaratamente assunte per assicurare conformità dell'ordinamento interno a puntuali pretese della Corte EDU³². Non mancano poi esempi, anche recenti, di vera e propria *disapplicazione* di divieti legali, non privi di implicazioni penali, sanzionati in sede europea (v. il caso "Costa-Pavan", sul quale più ampiamente *infra*)³³

La Corte costituzionale, è noto, sin dalle sentenze gemelle del 2007³⁴ ha cercato di governare simili pulsioni veicolandole su binari più convenienti, in particolare attribuendo a se medesima la competenza esclusiva di adeguare la legislazione interna agli *inputs* convenzionali, valorizzando tuttavia il ruolo del giudice come interlocutore tanto della Corte EDU (ai cui orientamenti deve ispirare la propria interpretazione), quanto della Corte costituzionale (cui può porre questioni di costituzionalità *ex art. 117*). Il giudice è, peraltro, destinatario di un *divieto di disapplicazione*, e gli spazi dell'interpretazione convenzionalmente conforme sono i medesimi di qualsiasi altra tecnica interpretativa. Su altro fronte, proponendo una teoria dei "contro-limiti" costituzionali interni, la Consulta si è assunta il compito di fungere non solo da momento di composizione tra ordinamento interno e sistema CEDU, ma anche da barriera contro tendenze espansionistiche e *non componibili* di

³¹ P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2004, 234 ss.

³² Si pensi alla nota sentenza sul caso "Dorigo" (Cass., sez. I, 1 dicembre 2006 n. 2800). Allude (criticamente) ad una avvenuta disapplicazione di norme processuali nel caso "Dorigo": DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*, in *Cass.pen.*, 2007, 1453. Ritiene invece che, in quel caso, si sia realizzato un peculiare modello di interpretazione conforme *praeter legem*: F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di Corso e Zanetti, Roma, 2010, 657 s.

³³ Tribunale di Roma, Sezione prima civile, ordinanza 23 settembre 2013, Costa e Pavan contro Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna (giudice Galterio). Al riguardo A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della corte edu in tema di diagnosi preimpianto*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁴ Sentenze n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007, in www.giurcost.org/decisioni, con numerosi richiami a commenti dottrinali *on line*.

quel sistema. Un quadro che, sulle polverose lenti degli occhiali del penalista, ancora riflette i tratti di un sistema di legalità “continentale”, *sub specie* di riserva di legge assoggettata a un vincolo di adeguatezza al superiore parametro di una costituzione rigida.

Il problema è che la legge, ma non la giurisprudenza, né tantomeno la Corte EDU, sono davvero sensibili al controllo della Corte costituzionale. In altri termini, la Corte costituzionale scommette (sinora con una discreta fortuna) su esercizi di autodisciplina da parte dei giudici, e su una ragionevole intesa coi colleghi di Strasburgo. Ma quel tribunale che voglia discostarsi dalle autorevoli indicazioni del giudice delle leggi, ben può farlo, senza temere sanzioni di sorta: a meno di non voler immaginare un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Corte costituzionale di fronte a se medesima. Dall’altro lato, niente vieterebbe alla Corte di Strasburgo di confermare in ultima istanza una condanna contro lo Stato italiano, ritenuto inadempiente rispetto ad un precetto convenzionale che pure la Corte costituzionale abbia, in ipotesi, ritenuto inconciliabile con la Costituzione italiana.

In questo spazio di libertà e di irresponsabilità, il giudice nazionale può facilmente rivendicare il ruolo di controparte elettiva della Corte EDU, la quale può stare al gioco, dal canto suo. Non mancano espedienti praticabili. Ne è un esempio la appena citata vicenda “Costa-Pavan”. A fronte di profili di illegittimità costituzionale e convenzionale della legge 40/2004, nella parte in cui impedisce a coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili, e però fertili, di ricorrere alla diagnosi preimpianto – quando invece sono permessi dalla legge 194/78 la diagnosi prenatale e il ricorso all’aborto – due coniugi drammaticamente “toccati” dal divieto ricorrevano *direttamente* alla Corte EDU, senza prima rivolgersi a un giudice italiano. La Corte EDU ammetteva il ricorso, sul presupposto che si possano ritenere esaurite le tutele giurisdizionali interne (come è necessario che sia, *ex art.* 35, comma 1, CEDU), quando la norma di legge motivo di doglianza abbia un significato tanto univoco da non potersi sperare in un’interpretazione adeguatrice del giudice ordinario, a nulla rilevando l’astratta possibilità di proporre questione di costituzionalità e di ottenere eventualmente una pronuncia di illegittimità costituzionale (Camera CEDU, II sezione, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, ma v.già. Brozicek c. Italia, 19 dicembre 1989, § 34; Cofferati c. Italia, 24 febbraio 2009, § 48). Ne seguiva una condanna per l’Italia, e il riconoscimento del diritto di ottenere la fecondazione assistita e la diagnosi preimpianto. Costa e Pavan, a quel punto, adivano *ex art.* 700 c.p.c. il Tribunale di Roma ed ottenevano non già un rinvio alla Corte costituzionale per giudicare della illegittimità della l. 40/2004 anche *ex art.* 117 Cost., bensì una disapplicazione delle norme censurate in sede sovranazionale, e una intimazione alla ASL di Roma di provvedere a soddisfare le istanze dei ricorrenti. Un meccanismo inesorabile: la Corte costituzionale viene aggirata nella sua funzione istituzionale di unico “giudice delle leggi” *ex ante*, ed *ex post*, senza avere occasio-

ne di imporsi. È vero che poco dopo si è assistito, di nuovo, a un esercizio di auto-disciplina dei giudici (è stata successivamente sollevata questione di costituzionalità, ex art. 117 Cost., di quelle norme della legge 40/2004 precedentemente disapplicate³⁵). È altrettanto vero, però, che si è disegnata una strada che potrebbe essere facilmente ripercorsa, sussistendone le premesse, anche su sollecitazione di strategie difensive di *forum shopping*: ogni qual volta, cioè, su certi temi risulti più promettente l'atteggiamento dimostrato dalla Corte EDU, che non quello manifestato dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale ha speso in vari casi parole piuttosto nette circa l'estraneità della Corte EDU all'ordinamento cui ineriscono i giudici interni, sicché questi ultimi non possono interpretare la funzione di "esecutori" delle decisioni di Strasburgo, quasi che intervenissero in una medesima procedura. Nondimeno, la disapplicazione della norma di legge motivo di condanna dell'Italia a Strasburgo, da parte del giudice che si trovi a dirimere *il medesimo caso* da cui la condanna ha tratto spunto, è eventualità che la stessa Corte costituzionale almeno in un'occasione ha implicitamente avallato: quando ha fatto propri, senza obiezioni di sorta, i contenuti della decisione che "eseguiva", a favore del sig. Scoppola, quanto decretato in sede europea su ricorso dello stesso Scoppola, sostanzialmente dando luogo a una disapplicazione di legge (cfr. sent. n. 210 del 3 luglio 2013, nella quale si legge di una «radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà»³⁶).

6. Tiriamo le fila.

Sinora tanto di positivo ne abbiamo ricavato, dall'adesione alla Convenzione CEDU. Si profilano tuttavia serie possibilità di far cadere in desuetudine *il vincolo della riserva di legge, il correlato sistema di controllo accentrato di costituzionalità*, sostituibile con dinamiche fattuali che mimano un controllo diffuso, espresso mediante (sedicenti) atti interpretativi costituzionalmente e convenzionalmente adeguati, cui la stessa convenzione CEDU può imprimere pressioni espansive e *in malam partem*, e capaci di sconfinare, in certi casi almeno, nella disapplicazione della legge. Un controllo diffuso orientato da una Corte sovranazionale che non è affatto un buon surrogato della Corte costituzionale, perché si colloca in un sistema differente, persegue finalità distinte, opera con modalità d'altro tipo e, diciamo, *in diversi casi offre minori garanzie*.

Sinora si colgono solo avvisaglie, niente di eclatante. Ma le premesse ci sono tutte, non solo tecniche, ma anche culturali. Autorevoli magistrati scrivono libri in

³⁵ Trib. Roma, ordinanza 1/1/2014.

³⁶ Per precisazioni v. A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia?*, cit., 15 ss.

cui, con dovizia di argomentazioni, si proclama l'esigenza di incrementare il ruolo del giudice quale attore fondamentale delle dinamiche di adeguamento dell'ordinamento italiano alle pretese CEDU³⁷. Studiosi pure fortemente critici rispetto alle derive "vittimocentriche" della Corte di Strasburgo, e ben consci dei rischi insiti in quelle dinamiche, riconoscono che in virtù dell'attuale art. 6, comma 3, TUE, che tramuta in diritto dell'unione europea le norme CEDU, si dovrebbe ammettere un potere di disapplicazione del giudice nazionale in caso di contrasti con la Convenzione non componibili in via ermeneutica³⁸. Altri autori offrono buoni argomenti per sostenere che, lasciando da parte il tema della disapplicazione, l'interprete italiano possa direttamente applicare norme di origine "convenzionale" ove nell'ordinamento sussistano "spazi vuoti" che si prestano, in tal modo, ad essere riempiti³⁹. La Cassazione penale finalmente, rompendo gli indugi, facendosi forte degli orientamenti sovranazionali di cui si è detto, dichiara espressamente che la giurisprudenza è *fonte del diritto* ("vivente")⁴⁰.

La Corte costituzionale, lo abbiamo visto, ha per certi versi favorito simili processi. Al di là di quel riconoscimento implicito del potere di disapplicazione, che ben può essergli "sfuggito" (di una cripto-disapplicazione si trattava), ha più volte accreditato l'interpretazione "orientata ai principi" dei giudici come strumento di elusione del giudizio di costituzionalità⁴¹, nel mentre valorizzava il potere-dovere di interpretazione convenzionalmente conforme, inteso anche come dialettica costruttiva con l'attività ermeneutica della Corte EDU, elevata a paradigma subcostituzionale nonostante la sua fisionomia di *case law*.

La stessa Consulta, tuttavia – quasi tessendo e disfacendo la trama che congiunge sistema italiano e sistema CEDU, novella Penelope⁴² – oppone ad ogni occasio-

³⁷ R. CONTI, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011. In dottrina, suggestiva la proposta di S. RIONDATO, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1551 ss.

³⁸ V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2012, 167 ss.; In tema, altresì, C. SOTIS, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto comunitario*, in *La Convenzione europea*, a cura di Manes e Zagrebelsky, cit., 109 ss.

³⁹ F. VIGANÒ, *L'adeguamento*, cit., 5 ss.

⁴⁰ Cass., sez. un., 21 gennaio 2010-13 maggio 2010, n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.* 11, 26 ss., nota RUSSO, secondo la quale «l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente"».

⁴¹ N. ZANON, *op. cit.*, 319. Dal canto suo la Cassazione aveva buon gioco a svincolarsi dall'onere di rispettare le interpretazioni suggerite dalla Corte: cfr. G. INSOLERA, *op. cit.*, 291 ss.

⁴² A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suo rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto*

ne utile una elegante ma strenua resistenza a difesa della dimensione *formale* della legalità intesa prima di tutto come *riserva di legge*, anche a costo di sortire decisioni che possono suonare conservatrici di opzioni meno garantistiche e “non al passo coi tempi”. Così, nelle decisioni che escludono il potere di disapplicazione nonostante il Trattato di Lisbona (nn. 80 e 303 del 2011), o in quella che ha relativizzato il principio di applicazione retroattiva della norma favorevole *ex art. 7 CEDU*, ammettendo che *il legislatore* possa contemperarne ragionevolmente la valenza, in modo in fondo non dissimile a quanto accadeva quando quel principio era “soltanto” espressione dell’art. 3 Cost. (236/2011). Così, ancora più esplicitamente, quando in nome addirittura del *principio di separazione dei poteri* ha frustrato *apertis verbis* la pretesa di attribuire alle decisioni giudiziali la natura di “fonte del diritto”, e dunque l’adeguatezza di eventuali mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem* di operare retroattivamente anche oltre lo schermo del giudicato (sentenza n. 230 del 2012). Non siamo, in fondo, molto lontani dall’evocazione del “principio di riserva di legge” come “controlimite” costituzionale alle sollecitazioni promananti dall’Europa⁴³, auspicata da autorevole dottrina⁴⁴. Mentre l’immediata, provocatoria decisione con cui il Tribunale di Torino ha “disubbidito” alle chiare indicazioni della Corte, estendendo analogicamente l’art. 673 c.p.p. anche all’ipotesi di mutamento *in bonam partem* degli orientamenti delle Sezioni Unite, dà davvero la sensazione che sia in atto, se non uno scontro frontale, almeno una piccola guerriglia tra poteri⁴⁵.

Osservando tutto questo fermento dalla visuale angusta che ci consente il nostro piccolo ruolo, continuiamo a intravedere valide ragioni per sostenere simili movimenti della Corte costituzionale, cioè per resistere scientificamente – ma senza eccessi di rigidità, e con qualche ragionevole concessione – all’idea di assecondare ingovernabili acquisizioni spurie di ruoli “paranormativi”, o normativi *tout court*, da parte del “potere giudiziario”, quali quelle che traggono spunto dalla disincantata constatazione di indubbe degenerazioni della riserva di legge (ma c’è mai stata un’età dell’oro della riserva di legge?), o dal fatto che, inevitabilmente, l’atto interpretativo è “valutativo”, è “norma”. Il reale ha per forza una misura di razionale, è

alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012), in www.diritticomparati.it.

⁴³ Così in effetti legge quella sentenza 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 *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, 173.

⁴⁴ G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, 2003, 61 ss.

⁴⁵ Sezione GIP, ord. 30 gennaio 2012. Il confronto “culturale” è acceso anche tra gli “scienziati” del diritto: v. ad es. la nota sostanzialmente adesiva di F. VIGANÒ, *Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?*, in www.penalecontemporaneo.it.

vero, o comunque pretende forme di razionalizzazione; ma non al punto di confondere l'essere col dover essere. Una buona razionalizzazione potrebbe essere quella di assecondare un assestamento forse già in atto, un compromesso tra le forze in campo, per cui è possibile *disapplicare* la legge *soltanto* in esecuzione di una pronuncia di condanna della Corte EDU che riguardi *esattamente quel medesimo caso concreto*⁴⁶. Così si eleverebbe il giudice a interlocutore privilegiato della CEDU, assoggettato in quell'occasione più ai parametri sovranazionali che non a quelli legali interni, ma sempre nei limiti di un atto di *giurisdizione*, mantenendo così ferma la distinzione tra *provvedimento* e *norma generale e astratta*⁴⁷.

Per il resto, realisticamente constatando che la tendenza ad una confusione tra giurisdizione e normazione effettivamente vi è – fisiologicamente e perché sollecitata da pulsioni sovranazionali – e che la riserva di legge è un modello sempre più screditato, dobbiamo semplicemente *decidere* se funzione dell'ordinamento debba essere quella di *promuovere* idealmente simili processi, oppure di *frapporvi ostacoli* deontici e di principio, quale necessario presupposto, tra l'altro, per l'attivazione di esercizi di autocontrollo, e di controllo diffuso⁴⁸.

Per ispirare quella decisione, ci sia concesso un aforisma: la riserva di legge è canone ingenuo, obsoleto, ideologico, mistificatorio e velleitario. È oggi senz'altro la peggiore fonte di legittimazione del potere punitivo. Eccettuate tutte le altre.

⁴⁶ Cfr. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *www.diritticomparati.it*; più problematicamente A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia?*, cit., 21 ss.

⁴⁷ Sugli spazi immaginabili di espressione di un potere giudiziale di "disapplicazione" v. altresì F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 659 s.

⁴⁸ Su come il vincolo di legalità (specie se presupposto di una deontologia, singolare e diffusa, della legalità) tutto sommato consenta ancora di "vincolare" e caratterizzare l'atto interpretativo, distinguendolo dall'atto liberamente valutativo (politico): C. LUZZATTI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005, *passim*. Cfr. anche V. VELLUZZI, *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *questa Rivista*, 2012, 308 ss. Fermo nel ribadire l'esigenza di mantener fede alla "riserva di legge" nella sua "tradizionale" connotazione: C.F. GROSSO, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *questa Rivista*, 2011, 137.