

Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione

Sommario

1. INTENTI DIMOSTRATIVI. – 2. LE SENTENZE GEMELLE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IL PASSAGGIO DA UN SISTEMA LEGALISTICO DI TIPO VERTICALE AL WEB (AND FUZZY) SYSTEM COSTITUZIONALE. – 3. LE SECONDE SENTENZE GEMELLE DELLA CORTE COSTITUZIONALE DEL 2009 E LA BREVE ILLUSIONE DEL MAXIMUM STANDARD DI GARANZIA. – 4. UNA VERIFICA SUL CAMPO PENALISTICO: QUALI CONSEGUENZE PER LA LEGALITÀ? IL DECLINO DELLA RISERVA DI LEGGE. – 5. SEGUE. L'EFFICACIA DELLA LEGGE PENALE NEL TEMPO: IL DIVIETO DI RETROATTIVITÀ DELLA NUOVA INCRIMINAZIONE. – 6. SEGUE. IL CASO DELLA LEX MITIOR. 7. – SEGUE. IL CASO DELL'ABOLITIO CRIMINIS. – 8. SEGUE. TASSATIVITÀ DELLA NORMA PENALE. 9. – LA (DIFFICILE) STABILIZZAZIONE GIURISPRUDENZIALE A LIVELLO EUROPEO. – 10. CONCLUSIONI.

1

INTENTI DIMOSTRATIVI

In questo scritto* torneremo sugli effetti che gli sviluppi della legalità convenzionale europea producono sulla fisionomia di quella interna.

Attraverso una carrellata della giurisprudenza ordinaria e costituzionale cercheremo in particolare di chiarire le ragioni dell'apparente paradosso per cui, nel giro di pochi anni, nel diritto penale si sarebbe verificato il passaggio da un sistema di evidente ispirazione giuspositivistica, fondato sulle fonti legislative, ad un sistema basato invece sull'argomentazione¹, che fa peraltro ampio ricorso a valori e che quindi evoca (secondo

*. Il presente lavoro sviluppa la relazione svolta a Napoli il 17 maggio 2012, presso il Corso di perfezionamento "Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo" organizzato dalla Camera Penale di Napoli, dal Dipartimento di discipline giuridiche ed economiche della Seconda Università degli Studi di Napoli e dall'Ufficio del referente per la formazione decentrata della Corte di appello di Napoli. Esso è quindi destinato ad essere pubblicato in A. ESPOSITO - A. PAGLIANO (a cura di), *Convenzione europea dei diritti umani. Percorsi giurisprudenziali europei e nazionali*, Editoriale scientifica.

1. All'interno della dottrina costituzionalistica, insiste su questo aspetto A. RUGGERI, ad esempio in *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in *Dir. pubb. comp. Europ.*, 2011, pp. 1757 ss., dove (a p. 1763) osserva: "Ogni norma, quale che ne sia l'origine, che, in relazione al caso, si dimostri essere maggiormente conducente alla realizzazione dei valori suddetti può, all'esito di un'operazione di bilanciamento che richiede di essere ogni volta rinnovata e verificata, affermarsi a discapito di altra norma meno adeguata alle esigenze del caso stesso". Sicché "si ha qui nuovamente conferma del fatto che ragionare delle fonti e dei loro rapporti giova poco alla pratica giuridica ed appare – se posso esprimermi con franchezza – rozzo per l'aspetto teorico-ricostruttivo. Ciò che infatti conta sono le norme, non le fonti; e le norme si colgono ed apprezzano – come si sa – al piano della teoria dell'interpretazione, piuttosto che a quello della teoria delle fonti" (p. 1773). V. peraltro già A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2010, pp. 3 ss., in cui l'A. illustra le difficoltà teoriche implicate dal tradizionale ragionamento giuridico "per fonti"; ID., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. Un. Europ.*, 2010, pp. 125 ss. Sempre in ambito costituzionalistico, esprime invece un giudizio più critico (parla di "entropia" del sistema delle fonti) A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *AIC*, n. 3, 2011, p. 10.

Anche tra gli studiosi del diritto pubblico comparato il fenomeno non sembra destare allarme. V'è anzi chi cerca di scongiurare l'immissione di ulteriori "dosi di costituzionalismo" nel dibattito in tema di giurisdizione europea proprio per evitare che il discorso finisca intrappolato nei termini rigidi ed improduttivi delle impostazioni formali, verticistiche di stampo kelseniano. Così, in conclusione della loro indagine, O. POLLICINO-V. SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Cedam, 2011, pp. 93 ss. cui si rinvia altresì per un quadro del modo e delle logiche di funzionamento delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

Nel settore penalistico, prevalgono ovviamente posizioni caute. V., tra gli altri, V. MANES, *Introduzione*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione*

molti, inquietanti) scenari di tipo gius-naturalistico².

Ci chiederemo inoltre se per caso sia già in corso o quantomeno si prospetti una ulteriore inversione di tendenza e ci interrogheremo sulle sue possibili ragioni.

2

LE SENTENZE GEMELLE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IL PASSAGGIO DA UN SISTEMA LEGALISTICO DI TIPO VERTICALE AL WEB (AND FUZZY) SYSTEM COSTITUZIONALE

In un passato ancora vicino, la Carta Europea dei Diritti dell'Uomo rappresentava un testo dai nobili e rassicuranti contenuti del quale le giurisprudenze nazionali facevano un uso citazionale e *letterario*, spesso cioè opportunisticamente orientato in chiave retorica e/o *ad adiuvandum* rispetto ad argomentazioni desunte dal sistema interno.

Poi, il *big bang* rappresentato dall'emanazione, da parte della nostra Corte costituzionale, delle due sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007.

Sappiamo come l'intenzione che pervase la Consulta nell'affermare che la CEDU era norma costituzionale, seppure in posizione subordinata ed interposta, fosse tutt'altro che *altruistica*. In quelle occasioni, furono passate in rassegna le diverse ipotesi interpretative sul tappeto e scartate quelle che avrebbero condotto ad affermare una rilevanza *diretta* delle norme convenzionali, a partire dalla posizione di Quadri che, come noto, argomentava *ex art. 10 Cost.*, ritenendo che la Convenzione rientrasse tra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute³. Quale parametro costituzionale del giudizio, fu invece prescelto l'art. 117 Cost., e riaffermato il primato della Corte, così consolidando – non si tratta di effetto secondario – lo sperimentato modello del sindacato *accentrato* di costituzionalità. In altri termini, vero è che la CEDU è norma costituzionale, ma si statuì che, per decidere della sua violazione, i giudici comuni (di merito e di legittimità) dovessero ancora passare per la Consulta e sollevare il giudizio di legittimità costituzionale della legge (ed è per questo che le norme CEDU vengono generalmente etichettate come *sub-costituzionali*). In quella sede avrebbe potuto e *dovuto* trovare composizione l'eventuale scarto tra il sistema dei valori convenzionale ed i *nostri* principi fondamentali⁴.

Inizialmente, per lo meno nell'ambiente penalistico, la portata di tali decisioni passò in sordina. La CEDU, firmata in un momento vicino a quello della nascita della Costituzione e in reazione alle medesime aberranti vicende storiche, dovette essere vista sotto il suo aspetto di mappa di valori in fondo non dissimili da quelli della nostra Costituzione. Anche i contenuti dell'art. 7 CEDU, ad una prima lettura, apparivano affini al nostro art. 25 Cost., eccetto che sotto il profilo, presto denunciato dalla dottrina, inerente alla

europa dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, Giuffrè, 2011, p. 14 ss., che constata l'affermazione di fonti-fatto sulle fonti-atto; v. ora, *amplius*, Id., *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012; C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, *ibidem*, pp. 134 ss., il quale dichiara il suo sfavore per un sistema che preferisce la logica debole degli argomenti a quella ferrea delle fonti. Quest'ultimo autore sembra peraltro avere rivisto tale idea nel suo recente C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 464 ss., in cui si sofferma sulle virtù del sistema fluido e reticolare europeo, fondato su argomenti fattuali e non soltanto rigorosamente giuridici. V. ora, *amplius*, C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza"*, Aracne, 2012, in cui l'A. esalta il ruolo della proporzione materiale.

2. A prima vista, considerato che le Corti europee sono (nella sostanza) costituzionali e che decidono di diritti fondamentali, si potrebbe pensare ad una rivincita del giusnaturalismo sul giuspositivismo. Ma noi crediamo che non sia (del tutto) così. Riteniamo cioè che il luogo della decisione dei confini dell'illecito, della concretizzazione del diritto, sia fisiologicamente quello della sua applicazione, e che quindi la creazione del diritto sia giocoforza appannaggio dei giudici, piuttosto che – come sarebbe probabilmente ancora preferibile – del legislatore. Con specifico riferimento alle tematiche in oggetto, v. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, tomo IV, pp. 2199 ss.; O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1474 ss.

3. Un limpido quadro è in G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Europ.*, 2009, pp. 197 ss.

4. Per la ricognizione del percorso seguito dalla Corte, v. per tutti M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO-R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008, p. 33 ss.; D. TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in V. MANES-V. ZAGREBESLKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 198 ss., che così sintetizza il senso delle sentenze gemelle: "La norma 'sub-costituzionale' non è la disposizione CEDU, bensì la norma come prodotto dell'interpretazione". Questa posizione, se "da un lato valorizza l'azione della Corte di Strasburgo [...], dall'altro la irreggimenta in maniera netta, statuendo che le sentenze di Strasburgo non sono incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali e che, se è senza dubbio vero che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme della CEDU, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo, quest'ultima non ha una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari italiani, ma solo una funzione interpretativa eminente": ciò che apre alla possibilità, per la Corte costituzionale, di bilanciare la giurisprudenza di Strasburgo con la tutela degli interessi costituzionalmente protetti (D. TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 218). Per approfondimenti, v. ora D. TEGA, *I diritti in crisi*, Giuffrè, 2012.

mancata riproposizione della riserva di legge, le cui conseguenze non furono d'altronde immediatamente messe a fuoco (sul punto, torneremo di seguito). Si dovette dunque supporre che la situazione non fosse sostanzialmente mutata rispetto al passato.

Ovviamente non era così. Il sistema CEDU è diverso da quello interno perché ha una fisionomia più spiccatamente sostanzialistica ed è un sistema di *case law*; è un diritto giurisprudenziale, come tale poroso, reattivo ai mutamenti sociali e volutamente permeabile a valutazioni assiologiche.

D'altronde, le sentenze gemelle del 2007 erano state esplicite nel dichiarare il rango (*sub*)costituzionale (non della *disposizione* CEDU, bensì) della *norma* CEDU, del contenuto precettivo che deriva, cioè, dall'incontro tra formante legislativo (nel caso di specie convenzionale) e formante giurisprudenziale⁵. E questo dato, con il quale ci troviamo a fare i conti, non poteva che sortire effetti su un sistema fondato invece sulla legalità *formale* e pertanto (incline ad autorappresentarsi) maggiormente stabile, qual è quello italiano.

Se l'intento della Corte costituzionale nel 2007 consisteva dunque probabilmente nel riaffermare il proprio ruolo di controllo, il risultato parrebbe essere consistito nell'incorporazione della CEDU nel sistema costituzionale interno mediante un rinvio mobile, anzi accentuatamente mobile, alle *interpretazioni* che i giudici di Strasburgo danno delle sue norme nei casi concreti. La sensazione che si potrebbe trarre da un'analisi approssimata del fenomeno è che il diritto interno sia condannato a subire passivamente ogni mutamento giurisprudenziale intervenga in sede europea⁶. Ma è davvero così?

Diviene essenziale intendersi sul concetto di *giurisprudenza* e di *precedente* poiché, a seconda della nozione (più o meno ristretta) che se ne assuma, si giungerebbe ad esiti tra loro anche molto diversi⁷. Questo è – e a nostro avviso resterà – lo snodo più delicato del discorso penalistico negli anni a venire. Un problema, certo, di soluzione tutt'altro che agevole. Ma quel che preme da subito evidenziare è che neanche i più convinti assertori del ruolo (inevitabilmente) creativo della giurisprudenza (quali siamo noi) si spingerebbero ad identificare la *giurisprudenza* con l'esito di *una o più pronunce isolate* della Corte di Strasburgo.

3

LE SECONDE SENTENZE GEMELLE DELLA CORTE COSTITUZIONALE DEL 2009 E LA BREVE ILLUSIONE DEL MAXIMUM STANDARD DI GARANZIA

All'indomani delle sentenze gemelle, quand'anche fosse stata colta la problematicità del passaggio da un sistema statico di diritto ad un'architettura fluida e in divenire, non sarebbero comunque mancate buone ragioni per illudersi che le cose andassero per il *meglio penalistico*. La luminosa strada verso l'idillio era segnata dalla stessa CEDU, all'art. 53, che vieta di interpretare le disposizioni della Carta in modo limitativo o lesivo dei diritti dell'uomo o delle libertà fondamentali riconosciuti, tra le altre cose, *dalle costituzioni degli Stati membri*, ed esprime dunque l'intenzione di assecondare una costante elevazione dei livelli di garanzia nel confronto con ordinamenti diversi (*maximum standard*): giammai un loro abbassamento.

La Corte costituzionale mostrò inizialmente di voler percorrere tale strada. Con entusiasmo, ma – come la storia ha dimostrato molto presto – forse anche con un pizzico di ingenuità.

Le sentenze nn. 311 e 317 del 2009, presto battezzate “seconde gemelle”, ribadirono l'obbligo, per i giudici ordinari, di procedere ad un'interpretazione convenzionalmente conforme delle norme interne.

5. Nella successiva decisione n. 39 del 2008, parlarono poi espressamente di “soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi”.

6. In dottrina è frequente il riferimento alla presenza di “vincoli formali”. V. ad esempio V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. Pen. Rivistaweb*, 2012, I, pp. 47 ss. Fuori del contesto penalistico e con non poche precisazioni, O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10 c. 1 Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it.

7. Per un inquadramento generale della tematica, v. G. MARINELLI, (voce) *Precedente giudiziario*, in *Enc. Dir.*, Agg., VI, Giuffrè, 2002, pp. 871 ss.

Così, nella sentenza n. 311 del 2009 si trova precisato che “l’apprrezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea”. Soltanto in ultima istanza, e cioè laddove il conflitto non possa essere ricomposto per via interpretativa⁸, sarebbe necessario sollevare questione di legittimità, *ex art. 117 Cost.*, della normativa interna per contrasto con le disposizioni CEDU.

La pronuncia in esame si spinge poi oltre ed afferma che, “sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo”. Giunge poi al passaggio cruciale: “la Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all’art. 53”, sicché “in caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l’illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU”. La Consulta ricorda inoltre di aver “affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l’interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell’interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l’operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell’art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l’illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento”.

In termini ancora più espliciti, la sent. n. 317 del 2009 ha poi precisato che “l’integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell’art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione. 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”.

Le seconde sentenze gemelle sembravano dunque aver collaudato il marchingegno in grado di assicurare la circolare e virtuosa interazione tra sistemi europeo e nazionale. Un sistema che, sospinto dal moto perpetuo di una incessante implementazione di garanzie, si sarebbe finalmente mosso alla conquista dell’agognato Eden (anche) penalistico⁹.

8. In proposito, da ultimo, V. MANES, *Metodo e limiti*, cit., p. 12

9. Vale la pena riportare ampi stralci della restante parte della motivazione della sent. n. 317 del 2009.

“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 primo comma dell’art. 117 Cost.

È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell’art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti.

4
UNA VERIFICA SUL CAMPO
PENALISTICO: QUALI
CONSEGUENZE PER LA LEGALITÀ?
IL DECLINO DELLA RISERVA DI
LEGGE

Ovviamente, si è presto compreso che le cose non stavano proprio in questi termini (lastricata di buone intenzioni non è la strada che porta al paradiso ...). Un minimo di riflessione ha reso evidente come la legalità si sarebbe tutta risolta in quella che nel gergo nazionale chiamiamo tassatività, intesa come conoscibilità del precetto penale, e che in ambito CEDU viene invece definita *prevedibilità dell'esito giudiziario*, la quale sta fagocitando ogni altro corollario, incarnando il portato ultimo di garanzia della legalità stessa. Ciò però significa che quest'ultima sta e cade con la capacità del sistema di assicurare la suddetta prevedibilità dell'esito giudiziario. E se già sapevamo per esperienza che il nostro sistema non brilla sotto questo aspetto, la novità è che ora cominciamo a prendere coscienza del fatto che le cose non vanno meglio nemmeno a livello europeo.

Proviamo a capire quali problemi inceppano la macchina dell'auto-reciproca-perpetua implementazione di garanzie, scomponendo (ovviamente per sola comodità espositiva) la nostra legalità nei consueti, noti, corollari, e analizziamo separatamente le ricadute che il sistema CEDU ha su di essi.

Pochi cenni sulla deriva della riserva di legge¹⁰, che ha storicamente rappresentato il portato primo e più importante della legalità nel nostro sistema. Sappiamo che il sistema CEDU non conosce la riserva di legge in senso stretto e che il testo francese dell'art. 7 CEDU parla non a caso di "*droit*" (non di "*lois*"), intendendo per tale il risultato dell'interpretazione da parte degli organi giurisdizionali a ciò preposti: organi che, a loro volta, pacificamente si inscrivono del titolo di fonte normativa¹¹.

La specificità *inter-ordinamentale* della Convenzione rende poco plausibile il funzionamento del meccanismo di cui all'art. 53 CEDU. In altri termini, anche laddove la Corte di Strasburgo convenisse sul fatto che la riserva di legge in senso formale rechi un *surplus* di tutela (esito quanto meno dubbio alla luce del diverso *frame* culturale dell'osservatore), non sarebbe nelle condizioni di dotarsene, dovendo contemperare le specificità degli ordinamenti di *civil* con quelle degli ordinamenti di *common law*.

Sul fronte italiano, d'altronde, la mancata previsione della riserva di legge a livello CEDU non implica per ciò solo la sua fine in quello nazionale. Fintantoché alla riserva

Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali [...]. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea.

Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali.

Questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione (sentenza n. 311 del 2009), ma può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza.

In sintesi il 'margine di apprezzamento' nazionale può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze".

10. Ho già accennato alla tematica in varie altre sedi. Sia consentito rinviare a O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili*, cit., pp. 1477 ss.

11. Tra le tante, Corte EDU, Scordino c. Italia, decisione del 27 marzo 2003 che, pur non vertendo specificamente sull'art. 7, argomenta in modo chiaro come la Convenzione viva nella sua giurisprudenza. Numerosi riconoscimenti sono ormai attingibili anche nell'ambito della giurisprudenza della Corte costituzionale. Tra le prime sentenze: Corte cost. n. 154 del 2004; Corte cost. n. 299 del 2005; Corte cost. n. 61 del 2006; Corte cost. n. 39 del 2008, in cui dopo aver richiamato le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, testualmente la Consulta afferma che "le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella *soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale giudizio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi*" (il corsivo è nostro). Su tali pronunce, v., tra gli altri, C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, pp. 2008, 137 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 133 ss.

di legge venga assegnato il significato di *maximum standard* di garanzia¹², essa sarebbe destinata a prevalere e dovrebbe essere difesa rispetto a sistemi alternativi.

Il punto è che voci autorevoli cominciano a dubitare proprio dell'assunto di base. Una volta constatato il fallimento di quella *razionalità di scopo* che la tradizione illuminista ha assegnato al processo di legiferazione parlamentare¹³; una volta che si concordi sulla crisi del modello di democrazia rappresentativa (fondamento giustificativo, come a tutti noto, della riserva di legge), ci si comincia pragmaticamente a chiedere quante siano le *chance* che si realizzi un'inversione di tendenza (in effetti, a noi sembra che l'esito dipenda da troppe variabili perché la dottrina penalistica possa, seppure in uno scatto di lodevole orgoglio, nutrire una realistica speranza di dominarlo)¹⁴ e se per caso non sia giunto il momento di sperimentare nuovi approcci¹⁵. Quantomeno, si registra una maggiore apertura verso le prassi nascenti: cercando di immaginarne i possibili sviluppi per, con modestia e prudenza, cercare di arginarne le derive.

D'altronde, è stata proprio l'interrelazione tra ordinamento europeo ed ordinamenti nazionali ad aver impresso una considerevole accelerazione alla metamorfosi del modello democratico: ciò ha fatto spingendo verso il passaggio dall'originaria dimensione rappresentativa (invero anche in passato mai pienamente attuata ed oggi – si è detto – in collasso) a quella costituzionale, forse non meno utopistica nel problematico rapporto tra modello e realtà, ma di cui, a nostro avviso, vanno in ogni caso ulteriormente lumeggiati i riflessi sulla dialettica tra potere politico e potere giudiziario. Proprio il sistema multilivello o, come meglio oggi si tende a precisare, *reticolare* ha infatti reso evidenti, portandoli allo scoperto, i meccanismi del *check and balance* tra poteri legislativo e giudiziario. Ha inoltre suggerito che, all'interno di questo gioco, una parola importante (se non l'ultima) spetti agli organi di giustizia costituzionale. Ciò – si noti – in virtù della specificità della materia di cui gli stessi sono chiamati a decidere e quindi, in altri termini, del loro maggiore *expertise* in punto di valori¹⁶.

Sarebbe d'altronde una coincidenza troppo singolare la convergenza, indubitabile, tra tale sviluppo e quello cui sono da tempo giunti gli ordinamenti d'oltreoceano, pur così diversi per tradizione giuridica dal nostro.

Il percorso non poteva poi che investire, presto o tardi, anche il diritto penale. Ricorreremo forse ad un'espressione desueta, ma davvero sembra che l'ingresso del costituzionalismo (anche) nel diritto penale incarni lo *spirito del nostro tempo* e che abbia rappresentato quindi un esito in fondo obbligato.

Ciò non significa – non vogliamo essere fraintesi – che sia giunto il momento di *abbandonare* la riserva di legge (ad oggi, lo strumento in astratto ancora più soddisfacente e comunque in linea con la nostra storia penalistica), ma che sia opportuno assecondarne una lettura in chiave di maggiore complessità, se non di possibile relativizzazione. Ancor più esplicitamente, non ci sentiremmo di escludere che la componente creativa dell'interpretazione giurisprudenziale – a nostro avviso, una *realtà*, sostenuta da ragioni difficilmente confutabili sul piano teorico¹⁷ – possa sopperire al crescente *deficit* di

12. A molti la mancata contemplazione della riserva di legge nel sistema CEDU è apparso in effetti un preoccupante *vulnus* all'assetto di garanzie dei sistemi continentali. V. A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta Europea dei Diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 683.

13. Valutazioni ricorrenti in G. FIANDACA. V. da ultimo G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss. V. inoltre A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, *ibidem*, pp. 99 ss. Sul tema, ineludibile il richiamo altresì a F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, XXXVI, 2007, pp. 1281 ss.

14. ... tanto più che tale pur condivisibile orgoglio l'ha ormai isolata e resa sempre più marginale all'interno dei processi decisionali politici (per quello che invero questi ultimi oramai contano nel contesto plutocratico in cui viviamo). Una fotografia della realtà in M. L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Laterza, 2009).

15. Per un raffinato tentativo di valorizzare la tradizionale prospettiva, ancora fondata sul recupero (tra l'altro) della riserva di legge, v. ora le considerazioni di J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Laterza, 2012, p. 33 ss.

16. Per un rapido ma efficace affresco delle maggiori impostazioni in campo sui modi di concepire la democrazia, M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, 2006, pp. 74 ss.

17. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006.

legittimazione delle scelte legislative di criminalizzazione. Ad alcune ovvie condizioni la più importante delle quali è (oltre all'indipendenza della magistratura) che si consegua una maggiore stabilizzazione giurisprudenziale.

Ridimensionate le aspettative tradizionalmente riposte nella riserva di legge, è ragionevole sperare che, nell'interazione tra legalità europea e nazionale, il recupero di garanzia possa essere realizzato sul fronte della disciplina della legge penale nel tempo?

Sì, ma soltanto in astratto.

La nuova nozione di diritto di matrice convenzionale-europea, comprensiva dell'interpretazione che i giudici forniscono delle disposizioni testuali potrebbe/dovrebbe in teoria condurre ad un ampliamento dello *standard* di tutela in materia di divieto di retroattività delle nuove incriminazioni.

Abbandonate le semplificate visioni di stampo dichiarativo (in base alle quali il giudice si limiterebbe ad estrapolare dalle parole del testo la loro volontà univoca, sicché nel caso di due interpretazioni contrastanti una di esse sarebbe *giusta*, l'altra *sbagliata*), nessuna differenza sembra residuare tra le ipotesi di nuova incriminazione per via legislativa e quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale. Nell'uno come nell'altro caso, sarebbe lesa la libera autodeterminazione dell'individuo, privato della possibilità di orientarsi liberamente nel mondo dei valori penalistici e, in definitiva, della prevedibilità dell'esito giudiziario (valore nel quale tende a risolversi il significato ultimo della legalità convenzionale).

In effetti, la dottrina aveva già cominciato ad interrogarsi sugli strumenti per far fronte ad una simile, rivoluzionaria, evenienza.

Procedendo molto rapidamente, se alcuni si erano (innanzi tempo e con lungimiranza) interrogati sulle condizioni di tenuta di un eventuale sistema del precedente di ispirazione britannica¹⁸, altri hanno più di recente bollato quest'ultimo come incongruo (ritenendolo *benthamianamente* in sé fallimentare) ed hanno dichiarato la loro preferenza per quello (americano) del *prospective overruling*¹⁹.

Sempre in piedi rimarrebbe poi la scusante dell'*ignorantia legis*. Né ad una sua possibile valorizzazione si potrebbe convincentemente obiettare lo scarso successo finora riscosso dall'art. 5 c.p. presso la giurisprudenza. A fronte degli straordinari rivolgimenti che sembra(va)no prospettarsi, l'*ignorantia legis* risulterebbe infatti pur sempre meno estranea alla cultura dei giudici di un istituto (il *prospective overruling*) importato *ex abrupto* dal *common law* e la cui regolamentazione positiva dovrebbe con essa comunque condividere il fondamento giustificativo.

D'altronde, sistema del precedente, *prospective overruling* e *ignorantia legis* sono mondi tutt'altro che lontani e non comunicanti. Con riferimento poi al nostro sistema è rituale – quasi di stile – il richiamo alla Corte cost. 368/1988, per ricordare come tra le ipotesi di errore scusabile sia sempre rientrato l'orientamento caotico della giurisprudenza.

Ad ogni modo, il dibattito sui “rimedi operativi”, sebbene appena acceso, si sta avviando con ogni probabilità verso la conclusione. C'è infatti da scommettere che la giurisprudenza non asseconderà il citato ampliamento delle garanzie penalistiche in punto di legalità sino al punto di comprendere l'irretroattività della nuova incriminazione di fonte giurisprudenziale.

Un segnale in tal senso è stato lanciato dalle SS.UU. Civili²⁰, che pure tenta un'improbabile quadratura del cerchio.

“Il mutamento della propria precedente interpretazione della norma processuale da

18. Si allude ovviamente allo studio di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, 2007 (or. 1999).

19. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, 2012, p. 159 ss.

20. Cass. Civ. SS.UU. 21 giugno 2011, n. 15144, Regione Basilicata (*Di Giacomo*) contro Enel produzione S.p.A. (*Cava*).

parte del giudice della nomofilachia (c.d. “*overruling*”) [...] opera – laddove il significato che essa esibisce non trovi origine nelle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale – come interpretazione correttiva che si salda alla relativa disposizione di legge processuale “ora per allora”, nel senso di rendere irrituale l’atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte in base all’orientamento precedente. Infatti, il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all’interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la “*lex temporis acti*”, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell’atto compiuto in correlazione temporale con l’affermarsi dell’esegesi del giudice. Tuttavia, ove l’“*overruling*” si connoti del carattere dell’imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante “*ex post*” non conforme alla corretta regola del processo) e l’effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare, con la conseguenza che – in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 Cost.), volto a tutelare l’effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito – deve escludersi l’operatività della preclusione o della decadenza derivante dall’“*overruling*” nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell’arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l’apparenza di una regola conforme alla legge del tempo. Ne consegue ulteriormente che, in siffatta evenienza, lo strumento processuale tramite il quale realizzare la tutela della parte va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall’“*overruling*”²¹.

Al di là dell’andamento vagamente ondulatorio dell’argomentazione, una conclusione così dichiaratamente sbilanciata sul fronte assiologico, del bilanciamento tra principi-valori, non sarebbe certo immaginabile nel diritto penale dove – nonostante aperture giurisprudenziali anche importanti (riportate nei §§ successivi) – è prevedibile che prevalga la difesa a tutto campo (e, a questo punto, sempre meno *ingenua*) della c.d. teoria dichiarativa dell’interpretazione.

Le ragioni a sostegno dell’approccio conservatore sono intuibili e (a nostro avviso tutte soltanto) di natura pratica: per parte hanno una matrice culturale, ma in parte sono fisiologiche. Si legano infatti ad una realistica presa di coscienza del carattere frammentato e poco gestibile della nostra giurisprudenza, percorsa sicuramente da fremiti individualistici ma anche destabilizzata dalla crescente complessità (parola non più di moda, ma sempre più calzante) della realtà con cui i giudici devono confrontarsi. Elementi, questi, che rendono quasi mitologico il concetto di *orientamento giurisprudenziale* ed ancor più ineffabile quello di *diritto vivente*.

A quali condizioni è plausibile parlare di *mutamento (overruling) giurisprudenziale*? Abbiamo altrove rilevato che l’interrogativo evoca da vicino il *paradosso del sorite*: così come non può stabilirsi quanti granelli fanno un mucchio, nemmeno è possibile fissare il numero di sentenze che fanno un *diritto vivente*²².

21. Fattispecie relativa a mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine al termine di impugnazione delle sentenze del TSAP; nella specie, la tutela dell’affidamento incolpevole della parte, che aveva proposto il ricorso per cassazione in base alla regola processuale espressa dal pregresso e consolidato orientamento giurisprudenziale successivamente mutato, si è realizzata nel ritenere non operante la decadenza per mancata osservanza del termine per impugnare e, dunque, tempestivamente proposto il ricorso stesso. Successivamente, sull’*overruling*, si sono espresse anche Cass. Civ. SS.UU. 8 novembre 2011, n. 24413, San Salvatore di Ciaramitaru Sas (*Quarantino GI*) contro Assessorato Lavori Pubblici Regione Siciliana ed altri; Cass. Civ. SS.UU. 3 aprile 2012, n. 17402, Felici (*Gozzi*) contro Cons. Ordine Avvocati Firenze ed altri.

22. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2233. Il rischio è molto ben esemplificato da Cass. Pen. SS.UU. 19 aprile 2012, n. 34952, Reina. La suprema Corte ravvisa la configurabilità di un tentativo di rapina impropria, nelle ipotesi in cui la sottrazione non si sia verificata, nonostante il contrario dato legislativo, sulla base (tra l’altro) dell’art. 7 CEDU e di una asserita prevedibilità dell’esito giudiziaria forzatamente e pretestuosamente desunta da un asserito

Come vedremo, sembra che alcune sentenze penali si stiano orientando nel ritenere che si sia di fronte ad un orientamento giurisprudenziale in presenza di una sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione (altre, invece, considerano l'intervento delle SS.UU. mera esemplificazione di un mutamento desumibile anche per altra via). Siamo però sicuri che una tesi siffatta vanti un'adeguata giustificazione? In fondo, sappiamo che le SS.UU. intervengono di fronte all'assoluta rilevanza della questione oppure per sedare un contrasto giurisprudenziale: dunque, in situazioni ben diverse, se non opposte, a quelle in cui un orientamento giurisprudenziale dovrebbe ritenersi consolidato. Sappiamo inoltre che a tutt'oggi in Italia, almeno in materia penale, il divieto di *arrêts de règlement*, sempre in omaggio alla tradizione illuministica sulla divisione dei poteri, impone al giudice di pronunciarsi soltanto sulla vicenda che gli è sottoposta, sicché nemmeno le pronunce della Cassazione a SS.UU. possono a rigore costituire precedenti vincolanti. E comunque, forse, neanche mancano ragioni per dubitare che le sentenze a SS.UU. siano precedenti anche solo persuasivi (figuriamoci se vincolanti), considerata la cattiva prova che costantemente dà di sé la funzione nomofilattica del giudice di legittimità, anche nella sua più autorevole composizione.

Paradossalmente, è quindi ben possibile che la perdurante impossibilità di confidare in una *collettività degli interpreti* ed in una *uniformità di interpretazione* (la disomogeneità degli esiti giurisprudenziali rappresenta la prova forse più vivida della natura creativa dell'interpretazione) rappresenti la molla perché in futuro si continui ad argomentare a favore delle impostazioni analitiche di stampo dichiarativo. Quel che deve essere chiaro è però che in questo modo salveremo le apparenze (di certezza), insistendo nel legittimare nei fatti persistenti oscillazioni e cambi di rotta, senza nemmeno che i giudici debbano giustificarli come *distinguishing*, ed esentandoci dall'onere di ipotizzare strumenti di tutela a favore del malcapitato destinatario dei precetti formalmente, esteriormente, identici ma in concreto, nel contenuto, sempre mutanti. Così, di fronte alle ingiustizie più macroscopiche, continueremo a nettare la nostra coscienza di giuristi scagliandoci ancora e sempre contro l'insipienza del legislatore (italiano, europeo) a normare in modo preciso e determinato.

6

SEGUE. IL CASO DELLA LEX MITIOR

Un discorso non dissimile vale per la tematica del momento: e cioè per la retroattività della *lex mitior*, posto che anche qui (ma per un aspetto differente), si è delineato lo iato tra il piano dei principi e quello della prassi.

Non tratteremo dell'inemendabile *deficit* di determinatezza dell'art. 7 CEDU nella parte in cui (comma 2) ammette la punibilità di quell'azione od omissione che, "al momento in cui è stata commessa, costituiva crimine secondo i principi generali di diritto"²³.

Più interessanti ci paiono le situazioni speculari, in cui cioè la legalità convenzionale preveda *standard* di garanzie più elevati rispetto a quelli del sistema interno.

A questo proposito, come sappiamo, il nostro codice penale ben conosce l'applicabilità della legge più favorevole al reo, ma la articola con prudenza: non la estende ad esempio alle disposizioni processuali, sebbene dalla chiara curvatura sostanziale (perlomeno questa è l'interpretazione corrente in giurisprudenza), ed impone soprattutto lo sbarramento del giudicato, considerato tradizionalmente plausibile alla luce del diverso fondamento della successione di leggi penali in senso stretto (e dell'*abolitio criminis*) rispetto al divieto di retroattività della norma penale incriminatrice.

La Corte costituzionale aveva di recente fotografato tale fondamento nell'art. 3 Cost.,

diritto vivente (invero, come riconosce la sentenza stessa, tutt'altro che univoco).

23. Per essa rinviamo alle disamine di A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, Giappichelli, 2008, p. 316 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., pp. 108 ss.; V. MANES, *Art. 7*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, Cedam, 2012, pp. 288 ss.

piuttosto che nell'art. 25 Cost. Aveva cioè evidenziato come la disciplina interna positiva non miri a tutelare il reo, vale a dire ad assicurare la conoscibilità della legge penale e quindi la possibilità per il destinatario del precetto di orientarsi liberamente nel mondo dei valori penalistici (art. 25 Cost.), ed aveva per contro esplicitato che essa investe il fatto, poiché rimuove l'irragionevole disparità di trattamento che si inverte nel momento in cui il legislatore muta valutazione riguardo alla sua offensività²⁴. L'aggancio con l'art. 3 Cost., convincente, aveva consentito di confermare la bontà dell'assetto complessivo di disciplina, ammettendo che la retroattività della *lex mitior* potesse soccombere quante volte le limitazioni al suo operare apparissero *ragionevoli* – ai sensi appunto dell'art. 3 Cost. – poiché preposte alla difesa di interessi pari-ordinati o comunque di valori costituzionalmente protetti (e sappiamo che la Corte costituzionale è da sempre sensibile alle esigenze di tenuta del sistema).

Quid iuris dopo la (chiamiamola così) costituzionalizzazione (ex art. 117 Cost.) del sistema CEDU?

Si è ricordato che in questi casi – è il caso di dire: *sulla carta* – dovrebbe essere il secondo, e cioè il sistema interno, ad omologarsi alle norme CEDU, secondo quel gioco di interazione dinamica così sapientemente tratteggiato nelle seconde sentenze gemelle della Consulta.

Laddove la retroattività della *lex mitior senza sbarramento di giudicato* assurga a contenuto dell'art. 7 CEDU, il limite dovrebbe venir astrattamente meno anche per il sistema interno²⁵. Per di più, tale retroattività *sine limine* investirebbe a rigore tutte quelle che sono considerate “leggi penali” secondo la giurisprudenza CEDU, come noto da sempre generosa nel delimitare i confini della “materia”.

Sembrirebbe, anche questa, una felice esemplificazione del ritorno all'*età* penalistica *dell'oro*. E' però intuibile che le ricadute negative in termini di tenuta del sistema e quindi di certezza del diritto sarebbero difficilmente sostenibili da parte di un qualunque ordinamento interno, compreso (figuriamoci) il nostro.

La celeberrima vicenda Scoppola ci ha quindi illustrato che cosa è accaduto nella, ben più modesta, realtà.

Ricordiamo il caso, anche se a tutti noto. La Corte di Strasburgo (Grande Camera, 17 settembre 2009) condannò l'Italia per violazione dell'art. 7 poiché ad un signore era stato irrogato l'ergastolo a seguito di giudizio abbreviato, nonostante la duplice modifica che aveva interessato l'art. 442, comma 2, c.p.p. All'interno di tale norma era stata dapprima reintrodotta la possibilità di chiedere il giudizio abbreviato anche nel caso di ergastolo, con conseguente diminuzione della pena ad anni trenta di reclusione; quindi, attraverso una (sedicente) *interpretazione autentica*, è stato *chiarito* che la pena di trenta

24. V. sentt. Corte cost. nn. 393 (che ha dichiarato parzialmente incostituzionale la norma transitoria sulla prescrizione) e 394 del 2006 (che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disciplina del falso in materia elettorale), entrambe già citate.

25. D'altro canto, sappiamo che la retroattività della *lex mitior* è espressamente prevista dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, trattatizzata dalla Convenzione di Lisbona nell'ambito del sistema UE e, prima ancora, dal citato art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Sulla non riconducibilità della retroattività in *mitius*

al principio di legalità (bensì a quello di proporzionalità), cfr. però ora le

persuasive considerazioni di C. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”*, cit., pp. 87 ss.

Il giudicato non rappresentava d'altronde un tabù per il sistema europeo. Riportiamo il testo della Raccomandazione del Comitato dei ministri R (2000) 2 del 19 gennaio 2000: “*on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights*”.

In tale Raccomandazione, il Comitato – dopo aver osservato che “*the practice of the Committee of Ministers in supervising the execution of the Court's judgments shows that in exceptional circumstances the re-examination of a case or a reopening of proceedings has proved the most efficient, if not the only, means of achieving restitutio in integrum*” – ha invitato gli Stati a “*ensure that there exist at national level adequate possibilities to achieve, as far as possible, restitutio in integrum*”; e, “*in particular, (...) to examine their national legal systems with a view to ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where: (i) the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and (ii) the judgment of the Court leads to the conclusion that (a) the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or (b) the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of*”.

anni di reclusione sostituisce soltanto l'ergastolo non aggravato dall'isolamento diurno per la presenza di un concorso di reati *ex art. 72 c.p.* e che, invece, in tale ultimo caso, debba eliminarsi soltanto tale modalità esecutiva. Entrambe le modifiche erano intervenute *dopo* la commissione del fatto, ma Scoppola aveva avanzato la richiesta di abbreviato quando la legge prevedeva la commutazione dell'ergastolo in trent'anni di reclusione.

Il vento garantista che spirava dalla giurisprudenza europea sembrava dapprima aver investito anche la Corte costituzionale, la quale aveva mostrato di volersi effettivamente incamminare sul sentiero del *maximum standard*. Come noto, la sentenza n. 113/2011 ha introdotto un nuovo caso di revisione della sentenza irrevocabile di condanna (battezzato dalla dottrina *revisione europea*)²⁶ quando la riapertura del processo si renda necessaria, *ex art. 46, § 1, CEDU*, per la necessità che l'ordinamento nazionale si conformi ad una sentenza definitiva CEDU.

Ma, caduta una tessera, altre rischiavano di staccarsi e di far saltare il disegno complessivo del mosaico. Che accade, ad esempio – si è chiesto Francesco Viganò – di tutte le situazioni analoghe a quelle di Scoppola, in cui cioè l'imputato avesse chiesto l'abbreviato nel breve periodo di tempo in cui era stata vigente la legge intermedia che disponeva la sostituzione dell'ergastolo con trenta anni di reclusione, ma in cui lo stesso imputato non si può avvalere di una specifica pronuncia della Corte EDU, non avendo per varie ragioni sollevato il ricorso dinanzi ai giudici di Strasburgo? Devono tali persone considerarsi *figli di un dio minore*²⁷?

Questa dottrina lo esclude: a tutti i casi assimilabili al caso Scoppola dovrebbe essere assicurata una parità di trattamento.

Senza dubbio. I problemi cominciano però quando ci si interroghi sugli strumenti da utilizzare per conseguire l'obiettivo. Questo perché l'autore nega sia necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale (*ex art. 117 Cost.*) e ritiene per contro che i giudici ordinari possano disapplicare (conformemente a quanto suggerito nel caso *El Dridri* dalla CGUE)²⁸ la normativa sull'esecuzione del giudicato in tutte le ipotesi riconducibili al precedente della Corte EDU. Ciò che è puntualmente accaduto in alcuni casi.

Per vero, altra dottrina (ed una giurisprudenza) ha mostrato una maggiore cautela²⁹, forte delle ragioni che da sempre militano contro i pericolosi (per la certezza del diritto) sistemi di sindacato di costituzionalità diffusa (esito che la Corte costituzionale mirava a scongiurare con le sentenze gemelle del 2007). Oggi, insomma, si disapplicherebbe in un caso perfettamente coincidente con il precedente della Corte Europea; domani in un caso *sostanzialmente* ad esso riconducibile, e così via, verso il caos (la discrezionalità interpretativa non risparmia certo la selezione delle note rilevanti del fatto storico, si sa).

La partita per il momento è stata vinta dalla fazione dei prudenti.

Le riflessioni di Francesco Viganò miravano dichiaratamente ad orientare le SS.UU. nella decisione della questione ad essa sottoposta, ma non ci sono riuscite. Il giudice di legittimità, nella sua più autorevole composizione, ha optato per la soluzione più prudente: con ordinanza del 19 aprile 2012, le SS.UU. hanno sollevato questione di costituzionalità degli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000 (le due disposizioni dedicate

26. Tra gli altri, M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, 10, pp. 3308 ss.; sul tema, v. inoltre G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanna della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 1542 ss.

27. F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 aprile 2012.

28. CGUE 28 aprile 2011, causa C-61/11. Sulla questione, in materia di rimpatri dei clandestini illegittimi v. il dibattito in *Diritto Penale Contemporaneo*, al cui interno segnaliamo soprattutto i contributi di F. VIGANÒ e di L. MASERA (4 maggio 2011); v. inoltre F. VIGANÒ-L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 2010, pp. 560 ss.; F. VIGANÒ-L. MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice italiano*, in *Cass. Pen.*, 2010, pp. 1710 ss.

29. Talvolta peraltro con riferimento al sistema UE, v. tra gli altri: F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 658 ss.; V. MANES, *Metodo e limiti*, cit., p. 32; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., pp. 185 ss.; C. SOTIS, *Convenzione europea*, cit., p. 138.

Per la difesa del controllo accentratore, per tutti, di recente, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'età repubblicana*, Laterza, 2012, pp. 132 ss.

all'”interpretazione autentica” dell'articolo 442 comma 2 c.p.p.) in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., dinanzi alla Consulta, escludendo che il testo normativo lasciasse spazi per poter ricorrere allo strumento dell'interpretazione conforme³⁰. Né hanno sposato la tesi della disapplicabilità³¹.

Comunque, già la Corte costituzionale aveva escluso la diretta applicabilità delle norme CEDU nell'ordinamento interno (e dunque la disapplicabilità delle disposizioni con esse in contrasto, che è fenomeno speculare e connesso)³².

Se poi proviamo ad indagare più a fondo le ragioni che ostano alla disapplicazione della legge interna in contrasto con la CEDU, al di là delle perplessità manifestate dagli internazionalisti e dai costituzionalisti, occorrerebbe riflettere su un dato che viene peraltro in qualche modo suggerito dalle stesse riflessioni di Viganò, il quale indugia (sospettosamente) a lungo sul carattere di precedente delle sentenze di Strasburgo.

E' davvero così? Può dirsi che, al di là delle sue legittime aspettative, la Corte di Strasburgo produca *sempre* precedenti vincolanti? Attribuendole una siffatta capacità di *omeostasi* del sistema, non rischiamo forse di sovra-interpretarne le attitudini orientative?

Così è accaduto, a nostro avviso, nel caso Scoppola. Qui il ruolo di precedente della sentenza della Corte EDU era stato affermato ma tutt'altro che dimostrato: anzi, forse non era nemmeno dimostrabile, se si pensa che la sentenza sul punto è allo stato unica e che rappresenta oltretutto l'*overruling* di precedenti decisioni di segno contrario.

Come si sarà notato, sotto ogni discorso in tema di legalità (e seppure in forme mutanti) serpeggia sempre la grande ed insolubile domanda su ciò che debba intendersi per *diritto vivente* (sul piano interno ma anche su quello europeo).

Tornando dunque per un istante all'opzione “disapplicazione/sindacato della Corte costituzionale”, la mediazione della Consulta, stante la natura *politica* della questione, in mancanza di criteri predeterminati, si rivela decisamente opportuna. La Corte costituzionale non soltanto, in virtù della sua autorevolezza, appare l'organo culturalmente meglio attrezzato per svolgere le delicate (ed inevitabilmente discrezionali) riflessioni che portano ad affermare oppure a negare l'esistenza di un *diritto vivente* di matrice giurisprudenziale. Essa, soprattutto, al di là della condivisibilità o meno dell'esito della decisione, è in grado di imporlo a tutti (sempre ovviamente che non si esprima con una sentenza meramente interpretativa di rigetto). Vincolando i giudici di merito, contribuisce dunque a quella stabilizzazione del diritto che – come dovrebbe essere ormai abbondantemente emerso – è in sostanza ciò che resta di una scarnificata legalità, baluardo ultimo delle garanzie del cittadino, da difendere pertanto con le forze residue ... ma anche con sano realismo.

30. Ord. Cass. Pen. SS.UU. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, 12 settembre 2012. V. ora anche M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”*, in *Cass. Pen.* 2012, p. 3981 ss.

31. Di più, un'altra contestuale ordinanza delle Sezioni unite (la frequenza del loro intervento conferma – ove ce ne sia bisogno – la delicatezza della materia) ha chiarito che la retroattività della *lex mitior* con superamento del giudicato opera soltanto quando, per le circostanze temporali, l'imputato potesse confidare nell'applicazione della legge più favorevole vigente al momento della richiesta dell'abbreviato e non quindi per la semplice circostanza che in un qualunque momento fosse intervenuta una disposizione più favorevole, poi superata. Specificamente, in un caso in cui l'imputato aveva chiesto il giudizio abbreviato sotto la vigenza non della legge che sostituiva l'ergastolo con la reclusione di trent'anni (come in “Scoppola”), bensì di quella, successiva, che “addolciva” l'ergastolo eliminando l'isolamento diurno (pena in effetti applicata dal giudice di merito), la Cassazione ha chiarito che il precedente Scoppola non era pertinente e che non si poneva alcun problema di successione di leggi penali. Sent. Cass. Pen. SS.UU. 29 aprile 2012, n. 34233, Giannone, anch'essa in *Diritto Penale Contemporaneo*, con note di F. VIGANÒ, *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui “fratelli minori” di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 settembre 2012, e di G. ROMEO, *Le Sezioni unite sull'applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, anch'essa in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 ottobre 2012.

32. Sentenza Corte cost. n. 80 del 2011 che tuttavia esclude la disapplicazione della normativa interna contrastante con la CEDU sulla base di un argomento *interlocutorio*: “Nessun argomento in tale direzione può essere tratto, anzitutto, dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta”, sicché, aggiunge immediatamente di seguito, “a prescindere da ogni altro possibile rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti” (§ 5.3).

Ed è proprio in questa chiave (difesa della certezza del diritto in un'ottica di sano realismo) che va letta la sentenza Corte cost. n. 236/2011 che pure, di per sé, rappresenta un'indiscutibile retromarcia nella corsa verso il *maximum standard* delle garanzie³³.

Il giudice delle leggi dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla norma transitoria della legge c.d. Pecorella sulla prescrizione (art. 10, comma 3, l. 5 dicembre 2005, n. 251), che il remittente riteneva invece in contrasto con la CEDU (*ex art. 117 Cost.*) nella parte in cui esclude l'applicazione di nuovi termini di prescrizione, più favorevoli, ai processi già pendenti in grado d'appello o avanti alla Corte di Cassazione.

Nell'argomentare la sua posizione, la Consulta frena rispetto agli esiti ancora recenti delle "seconde sentenze gemelle", ad esempio quando:

a) afferma come "il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità". Il che è quanto dire che nessuna *abolitio criminis* si verifica nel caso di mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*;

b) dopo aver ribadito la costituzionalizzazione della CEDU e dell'interpretazione che ne danno i giudici della Corte EDU *ex art. 117 Cost.*, ammette però bilanciamenti (non più in *bonam*, bensì) *in malam partem*, se giustificati alla luce dei principi costituzionali interni. Il che equivale a rinnegare l'obiettivo del *maximum standard* di garanzie, in precedenza difeso³⁴.

Soprattutto, interessa segnalare la parte in cui viene ventilato (neppure troppo *en passant*) che "la deroga all'applicazione della legge più favorevole debba ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo" attribuendo questa molto spazio al contesto.

Ebbene, è verosimile che la Corte costituzionale si sia spinta un po' oltre il segno nella lettura dei possibili esiti della giurisprudenza di Strasburgo³⁵, ma la sua osservazione non ci sembra nella sostanza errata. La Corte deve aver compreso che sarebbe miope stravolgere il diritto nazionale interno sull'entusiastica scia di una o poche pronunce della Corte di Strasburgo, senza considerare la complessità del sistema (*inter-ordinamentale*) in cui questa si muove e la dimensione per lo più sostanziale della sua giurisprudenza: una giurisprudenza chiamata a valutare la violazione di diritti fondamentali, piuttosto che quella delle leggi preposte alla loro difesa (che possono rilevare quindi soltanto in via eventuale ed indiretta). Un ordinamento, come tale, inevitabilmente più reattivo del nostro alle concrete vicende di vita, che la Corte conosce secondo un *case by case approach*³⁶. Un sistema che, se finora ha assicurato una buona tenuta in termini di stabilizzazione³⁷, non è detto che riesca ancora a lungo in tale impresa (sul punto,

33. In questa prospettiva, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale "equilibrata"*, cit., pp. 1759 ss. Esprime invece apprezzamento C. SOTIS, *La "mossa del cavallo"* cit., p. 491, dove icasticamente chiosa: "La circolazione del precedente è un fenomeno in cui fonti straordinamentali vengono utilizzati come argomenti. Non il suo contrario". V. ora anche C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza"*, cit., pp. 66 ss., in part. p. 77.

34. "La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e di bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza. A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (viene richiamata la sent. 311 del 2009)" E poiché – prosegue la Corte "il principio della retroattività della disposizione più favorevole al reo – previsto a livello di legge ordinaria dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. – non è stato costituzionalizzato dall'art. 25, secondo comma, Cost., che si è limitato a sancire l'irretroattività delle norme incriminatrici e, in generale, delle norme penale più severe", "esso, dunque, ben può subire deroghe per via di legislazione ordinaria, quando ne ricorra una sufficiente ragione giustificativa".

35. Molto critico, per esempio, C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3047 ss.

36. Sul radicale cambio di prospettiva implicato dalla CEDU, v. le considerazioni di F. M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 794 ss.

37. Ma questa è forse soltanto l'impressione che ne traggono i non addetti ai lavori. Chi studia quel sistema da tempo denuncia come la giurisprudenza penale della CEDU, per il fatto di essere casistica, sia sempre stata troppo dinamica e difficilmente prevedibile. A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era*

vd. *infra* ultimo §). Un sistema che deve quindi necessariamente consentire *margin* di apprezzamento alle giurisdizioni interne, vincolando alla sola *sostanza* dei propri precedenti e che comunque, anche per questa ragione, sta accelerando il passaggio da un visione analitica ad un approccio gestaltico pure nel diritto interno³⁸.

7

SEGUE. IL CASO DELL'ABOLITIO CRIMINIS

Ovviamente una simile parabola discendente non poteva che delinarsi anche nelle ipotesi di c.d. *abolitio criminis*.

Dopo le sentenze gemelle, lo stesso tradizionale approccio di tipo *analitico* al diritto penale (quello che *va* ancora per la *maggiore*, perché più vicino alla matrice culturale del nostro sistema) avrebbe dovuto, del resto, condurre a ritenere l'*abolitio criminis* di matrice giurisprudenziale *tout court* equiparabile a quella di matrice legislativa: entrambe rinnegano il giudizio sull'offensività di un fatto ed entrambe dovrebbero di conseguenza meritare l'impunità al reo.

Questo, insistiamo, sarebbe stato l'esito obbligato di un ragionamento per *fonti*: ora che l'art. 117 Cost. ha dotato di copertura costituzionale il sistema CEDU, al cui interno – lo abbiamo ricordato in principio – la giurisprudenza è senza dubbio *fonte* del diritto.

Ecco, in sintesi, i passaggi (molto) logici dello schema:

- 1) l'art. 7 CEDU è norma costituzionale indiretta *ex art.* 117 Cost.;
- 2) l'art. 7 CEDU stato assunto nel significato che ne danno i giudici della Corte EDU (e che deriva dall'incontro tra l'eventuale formante legislativo e quello giurisprudenziale);
- 3) i giudici della Corte EDU equiparano il venir meno dell'illiceità penale per effetto di una novazione legislativa al venir meno della illiceità penale per effetto di un mutamento giurisprudenziale;
- 4) novazione legislativa e mutamento giurisprudenziale hanno lo stesso fondamento e devono ricevere analogo trattamento giuridico anche nel sistema interno.

In effetti, assaggi in questa direzione – che è poi ancora una volta la via verso il luminoso ampliamento delle garanzie penalistiche – non sono mancati nemmeno nella giurisprudenza di legittimità.

La sovente citata sentenza Cass. SS.UU. 21 gennaio 2010, c.d. Beschi, ha affermato *expressis verbis* che “il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite” della stessa Corte di Cassazione “carattere di stabilità [...] integra il ‘diritto vivente’” e comporta dunque una novazione legislativa, specificandosi inoltre anche che una diversa soluzione integrerebbe la violazione del primo comma dell'art. 117 Cost., il quale “sebbene formalmente indirizzato al legislatore, enuncia un principio generale di fedeltà del nostro Paese agli impegni internazionali validamente assunti”³⁹. Nel caso di specie, le SS.UU. hanno ritenuto potesse superarsi la preclusione processuale dell'art. 666 c.p.p., comma 2, ritenendo che nel concetto di

inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2001, in part. pp. 249 ss.

38. Per completezza informativa, si rappresenta che la vicenda normativa in tema di regime intertemporale della prescrizione ha avuto un ulteriore sviluppo per effetto della sentenza Cass. Pen. SS.UU. 24 novembre 2011, n. 15933, Rancan, in cui, dovendo scegliere se il momento ultimo per avvalersi del regime più favorevole in punto di prescrizione del reato fosse quello del decreto di citazione per l'appello oppure quello dell'atto di impugnazione della sentenza di primo grado, il Supremo organo ha eletto una terza via, affermando che la pendenza in appello e dunque il momento ultimo per la più benigna prescrizione sia la pronuncia di primo grado.

39. “La norma, apparentemente ‘debole’ e scarsamente ‘incisiva’ rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia), presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti, resi progressivamente espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea [...]. Per effetto dell'esplicito riferimento al ‘diritto’ (*‘law’*) – e non soltanto alla ‘legge’ – contenuto nell'art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo [...]. Il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, ‘una relazione di tipo concorrenziale’ tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività ‘concretizzatrice’ della giurisprudenza”.

“nuovo elemento” che consente la revisione del processo, rientrasse anche l’indulto, in precedenza escluso dalla giurisprudenza nel caso di condanne straniere riconosciute in Italia e che invece un’altra pronuncia dello stesso organo, resa sempre nella sua più autorevole composizione, ha – innovando, appunto – ritenuto applicabile anche in tale ipotesi.

Similmente, Cass. II, 6 maggio 2010, Merlo, ha ritenuto che il *revirement* di giurisprudenza integri un “nuovo elemento” idoneo a legittimare la riproposizione della richiesta di revoca di sequestro preventivo già rigettata con provvedimento non più suscettibile di gravame e, allo scopo di ovviare all’obiezione del *sorte penalistico* (in presenza di quali condizioni è legittimo parlare di un mutamento di giurisprudenza?) ha convenzionalmente fissato tale momento nell’intervento di una sentenza SS.UU. (nell’economia della sentenza Beschi, l’eventuale intervento delle SS.UU. rappresenta invece mera esemplificazione di un mutamento giurisprudenziale anche altrimenti argomentabile).

Entrambe le pronunce (ma potrebbero essercene altre) hanno quindi proposto una poco problematica (e molto lodevole) *c.d. interpretazione conforme* che, nei casi di specie, ha accresciuto le garanzie “a costo zero”, senza cioè incidere sul dato normativo testuale e senza nemmeno produrre conseguenze negative in termini di ricadute sul sistema.

La scalata verso lo *zenit* delle garanzie penalistiche sembrava poi inarrestabile anche nei casi in cui la lettera della legge non riuscisse a sopportare letture *adeguatrici*.

Il Tribunale di Torino, con ordinanza del 21 luglio 2011, ha così tentato di muovere un altro passo in avanti, cercando un riconoscimento questa volta *ufficiale* (e cioè sancito dalla Consulta) dell’*abolitio criminis* nel caso di mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*. Ha cioè sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p. per contrasto con l’art. 117 Cost. in relazione agli artt. 5, 6 e 7 CEDU nella parte in cui la disposizione processuale non prevede la revoca della sentenza di condanna perché il fatto giudicato cessa di essere previsto come reato, a seguito di un mutamento giurisprudenziale *sancito* da una sentenza della Cassazione a SS.UU.⁴⁰.

Anche in questo caso, la Corte Costituzionale si è però incaricata di riportare la giurisprudenza ordinaria *con i piedi per terra* ed ha dichiarato la questione infondata.

40. Il remittente riferisce di essere chiamato a provvedere, in qualità di giudice dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 673 cod. proc. pen., sull’istanza del pubblico ministero di revoca di una sentenza (emessa il 9 luglio 2010 dal Tribunale di Torino e divenuta irrevocabile il 9 marzo 2011), limitatamente al capo di imputazione relativo al reato previsto dall’art. 6, comma 3, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico sull’immigrazione) – con conseguente rideterminazione della pena inflitta.

L’art. 6, comma 3, cit. puniva infatti originariamente “lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza, non esibisce, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno”. Come noto, la disposizione è stata però successivamente sostituita dalla legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) con altra che prevede il fatto del “lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all’ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato”. A seguito della novella legislativa è quindi sorta questione in ordine alla perdurante applicabilità della fattispecie incriminatrice agli stranieri irregolarmente presenti nel territorio dello Stato e, come tali, non provvisti di permesso di soggiorno. E, se nelle sue prime decisioni la Corte di cassazione aveva escluso che fosse intervenuta, sul punto, una *abolitio criminis* parziale, con la sentenza 24 febbraio 2011-27 aprile 2011, n. 16453, le Sezioni unite hanno invece affermato il principio opposto, determinando, così, “un significativo *revirement* giurisprudenziale”. Il supremo organo ha in particolare ritenuto che, per effetto dell’intervenuta modifica, il reato previsto dall’art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 sia configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nella Repubblica: con conseguente *abolitio*, ai sensi dell’art. 2, secondo comma, del codice penale, della fattispecie criminosa preesistente, nella parte in cui si prestava a colpire gli stranieri in posizione irregolare.

Ora, sia al momento della commissione del fatto, sia a quello della pronuncia della sentenza la norma incriminatrice di cui all’art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 risultava già formulata nei termini attuali. Quel che è cambiato (dopo entrambi i momenti) è dunque l’interpretazione datane dalla Corte di cassazione (a Sezioni unite). Il giudice *a quo* rileva peraltro che l’art. 673 cod. proc. pen. non include tale fenomeno tra i possibili presupposti della revoca; aggiunge che non sarebbe possibile un’estensione analogica della norma censurata, stante la natura eccezionale dei poteri di intervento *in executivis* sulla pronuncia del giudice della cognizione; sottolinea infine come il caso in esame sia differente da quello dell’avvenuto accertamento, ad opera della Corte di giustizia, del contrasto della norma incriminatrice di diritto interno con “norme comunitarie” dotate di effetto diretto: ipotesi in ordine alla quale la Corte di cassazione ha pure recentemente prospettato l’estensione in via analogica del campo applicativo dell’art. 673 cod. proc. pen., facendo leva, però, sul carattere autoritativo – paragonabile allo *ius superveniens* – delle sentenze della Corte di Lussemburgo. Conclude quindi che, in base all’attuale dato legislativo, l’avvenuto mutamento di giurisprudenza non legittimi la revoca parziale della sentenza richiesta dal pubblico ministero e che pertanto la disciplina in oggetto violi l’art. 117, primo comma, Cost., ponendosi in contrasto con l’art. 7, nonché con gli artt. 5 e 6 della CEDU.

Nel far ciò, dunque, ancora una volta e senza grande sorpresa, la Consulta sembra aver rinnegato le premesse che essa stessa aveva posto nel 2007 e rinvigorito due anni dopo⁴¹. E lo ha fatto questa volta in modo forse anche più tranciante, ricorrendo ad argomentazioni di taglio molto tradizionale: ha escluso che la Corte di Strasburgo abbia sinora mai riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza (con riferimento al nostro sistema); ha ribadito che tale principio non ha a che fare con la conoscibilità del precetto e quindi con la difesa della libera determinazione in materia penale, ma soltanto con l'eguaglianza, la quale resta pur sempre sacrificabile alla difesa del presidio-giudicato. Anzi, forse in uno scatto di orgoglio, la Corte parrebbe addirittura aver invertito la stringa e legge la sentenza CEDU Scoppola alla luce della *propria* giurisprudenza. Così, dove afferma che "facendo riferimento alle (sole) leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva", la Corte europea ha "[...] escluso [il corsivo è nostro] che il principio in questione sia destinato ad operare oltre il limite del giudicato, diversamente da quanto prevede, nel nostro ordinamento, l'art. 2, secondo e terzo comma, cod. pen. (sentenza n. 236 del 2011)". E conclude che tale principio deve avere valore *a fortiori* per i mutamenti della giurisprudenza.

Insomma, ha (almeno per il momento) restaurato l'ordine previgente, ispirando la decisione ad una comprensibile e forse doverosa prudenza.

Ebbene, nonostante il nostro tentativo di mettere a fuoco la problematicità delle diverse posizioni, potremmo aver ingenerato l'impressione di voler anteporre nella nostra scala valoriale le esigenze di tenuta del sistema ai profili delle garanzie individuali. Se così fosse, tale esito sarebbe di sicuro intollerabile. Ma così non è.

Quella che sin qui abbiamo denominato "esigenza di tenuta del sistema" non si risolve infatti banalmente nella difesa del giudicato né – abbiamo molto insistito sul punto – sembra ancora realizzabile scaricando ogni responsabilità sul legislatore ed evocando opportunistiche quanto fintamente ingenuie concezioni dichiarative dell'interpretazione (questo sì, significa, a nostro avviso, mantenere delle garanzie soltanto la facciata esteriore). Essa passa per una più approfondita riflessione sulle condizioni necessarie ad assicurare la prevedibilità dell'esito giudiziario, in cui si condensa oggi la quintessenza ed il portato ultimo della garanzia penalistica (e la trattazione dei cui profili non è dunque ulteriormente differibile). Con tale prevedibilità sta e cade l'odierna legalità penalistica.

8

SEGUE. TASSATIVITÀ DELLA NORMA PENALE

Nel corso di questo studio abbiamo più volte sottolineato come l'idea che la giurisprudenza possa essere fonte (concorrente e subordinata) del diritto, sebbene piuttosto evidente, provochi ancora disagio nel giurista continentale, la cui tradizione culturale in materia di interpretazione è legata a (fintamente rassicuranti) concezioni di stampo dichiarativo e/o analitico, fondate sull'assunto, invero indimostrabile, che le parole (per lo meno quelle scelte con cura dal legislatore) abbiano in sé un senso preciso e che la giurisprudenza debba limitarsi ad estrapolare tale senso univoco, rendendolo palese.

Siffatte impostazioni muovono dal presupposto che il linguaggio legislativo denoti, in termini di *corrispondenza*, una realtà oggettiva e perseguono quindi in ambito giuridico un ideale di verità in senso forte.

Rinviando a precedenti scritti per gli approfondimenti⁴², sul punto ci limitiamo ad osservare che anche i più convinti difensori delle impostazioni c.d. realistiche non esitano a distinguere gli oggetti naturali da quelli sociali (tra cui il diritto) e ad ammettere che in relazione a questi ultimi l'epistemologia svolga un fondamentale ruolo costruttivo⁴³.

41. Corte cost. 23 maggio-12 ottobre 2012, n. 230. La sentenza è ampiamente commentata da 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 *questa Rivista*, 3-4/2012, pp. 164 ss. Conviene con la Corte altresì V. MANES, *Dentro il labirinto*, cit., pp. 33 ss.

42. ... anche nella prospettiva diacronica del succedersi dei vari orientamenti. In particolare, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit.

43. M. FERRARIS, da ultimo in *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012, pp. 71 ss.

Laddove si adotti conseguentemente un'impostazione di tipo *ermeneutico* – si muova cioè dal riconoscimento dell'inevitabile componente creativa della giurisprudenza – il disagio scompare⁴⁴ e la preoccupazione diviene, piuttosto, quella di cercare rimedi per arginare le distorsioni della prassi, senza nascondersi dietro il paravento (davvero troppo esile perché resista ai colpi della realtà) dell'art. 101 Cost. e della soggezione dei giudici soltanto alla legge: principio anch'esso non poco "sovra-interpretato"⁴⁵.

Speriamo inoltre di aver dimostrato come un'importante spinta verso il cambiamento di mentalità provenga oggi dallo studio di sistemi diversi per tradizione dal nostro, ed in particolare di quello europeo (che dovrebbe però essere ormai anche un po' nostro ...).

Il *modus procedendi* della Corte EDU esemplifica infatti alla perfezione l'idea di *interpretazione giudiziaria come applicazione*, e dà conto della misura pragmatica se non *ermeneutica* (sempre in senso tecnico-filosofico) dell'operazione. La constatazione di tale realtà, con cui i sistemi nazionali si trovano necessariamente a fare i conti, dovrebbe agevolare la penetrazione sul piano culturale dell'ermeneutica giuridica, veicolando il concetto secondo cui il testo si inverte per forza di cose nel contesto, dove trova linfa vitale per la sua continua rigenerazione. Tale presa di coscienza dovrebbe altresì segnare un mutamento dell'angolo visuale dalla *disposizione* alla *norma* per come essa vive e cioè per come si plasma nell'incontro con il *fatto*. E chissà, infine, che non contribuisca addirittura (!) a dissipare i dubbi ed i timori che ancora circondano tale impostazione in ambito penalistico.

Confidiamo infine di aver dimostrato come, in ambito europeo, il concetto di legalità e quindi le fondamentali garanzie del reo finiscano con il sintetizzarsi, quale che sia il corollario di partenza, sempre e comunque nell'accessibilità del precetto penale e – soprattutto – nella "ragionevole prevedibilità dell'esito giudiziario". Quel che in definitiva conta è che il reo possa liberamente orientarsi nel mondo dei valori penalistici e possa anticipatamente sapere che cosa è lecito e che cosa non lo è: al di là, a questo punto, di quale sia l'autorità che *decide* in merito.

Innegabili le somiglianze tra la "prevedibilità dell'esito giudiziario" ed il concetto (a noi più familiare) di "tassatività", la quale finisce con l'assumere – come abbiamo più volte rilevato anche in altre sedi – una dimensione assorbente e nella sostanza conformativa della stessa legalità penalistica interna.

Se è così, però, senza stabilizzazione giurisprudenziale, l'obiettivo della prevedibilità dell'esito giudiziario finirebbe con l'essere additato ma non realizzabile; i confini dell'illecito penale sfumerebbero (ulteriormente) ed anche la libertà di autodeterminazione dell'individuo resterebbe una chimera.

La "tenuta del sistema" diviene insomma essa stessa *il diritto* fondamentale del reo, per la cui (massima) attuazione dovremmo cominciare a muoverci.

9

LA (DIFFICILE) STABILIZZAZIONE GIURISPRUDENZIALE A LIVELLO EUROPEO

Di certo, l'agognata stabilità non è *ripetibile* dal sistema europeo, che non è in grado di dare ciò che non possiede.

Al di là delle perplessità manifestate dalla dottrina, preoccupata (forse oltremisura) delle derive ideologiche in direzione *vittimocentrica* della giurisprudenza di Strasburgo⁴⁶, è un dato di fatto che già soltanto il numero di pronunce le quali assumono quale

44. Sul punto v. già le lucide considerazioni di V. ZAGREBELSKY, *Le Corti supreme nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3114.

45. Sulla possibilità di (e i dubbi che derivano dal) parafrasare il testo della disposizione costituzionale in modo da sostituire il richiamo alla "legge" con quello al "diritto" (come interpretato, tra l'altro, dalla Corte di Strasburgo), v. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Jovene, 2008.

46. In proposito si sono già richiamate le riflessioni di V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., il quale esprime perplessità anche in ordine alla effettiva applicazione, all'interno della giurisprudenza di Strasburgo, del principio di "ragionevole prevedibilità". V. in part. pp. 136 ss.

Inutile dire che perplessità ancora maggiori circondano la Corte di Lussemburgo, la dimensione pluto- e tecno-cratice dell'Unione Europea rappresentando una realtà ancora appena scalfita dalla sua nascente dimensione costituzionale (sulla quale rinviamo, per tutti, alle interessanti considerazioni di O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordina mentali*, in *Dir. Un. Europ.*, 2009, pp. 1 ss. e di C. SOTIS,

parametro l'art. 7 CEDU, in origine estremamente contenuto, diviene via via sempre più cospicuo. La legalità, di conseguenza, muta fisionomia e lo fa velocemente.

Pur nei cambiamenti, deve tuttavia riconoscersi che essa sta mostrando una discreta tenuta anche in situazioni difficili e per certi versi opposte che, per ragioni differenti, giustificano spesso nei sistemi interni (a livello di legislazione ed anche a livello di giurisprudenza) deroghe ai principi fondamentali. Ha retto infatti nel confronto con fatti di particolare gravità, che destano allarme e rimprovero sociale⁴⁷, come anche nell'impatto con reati artificiali, dall'offensività invece impalpabile⁴⁸.

Se ad oggi la legalità europea ha vinto alcune sfide⁴⁹, non può però escludersi che la situazione muti. Molto dipenderà dal modo in cui la Corte di Strasburgo riuscirà a reggere l'impatto con la c.d. *complessità*.

Sono in molti a presagire che il fatto che essa si stia atteggiando ad organismo di promozione, propulsore di *nuovi diritti*⁵⁰, darà luogo a problemi di coordinamento, e tali problemi – come sappiamo – si riverseranno inevitabilmente all'interno del sistema nazionale.

Occorre non sottovalutare infatti l'incremento esponenziale del contenzioso della Corte europea dei diritti dell'uomo che poi – secondo una lettura – sarebbe proprio il fattore che ha portato a rivedere la filosofia del suo operato⁵¹.

Ricordato una volta ancora che la Corte decide della violazione dei diritti fondamentali sulla base di ricorsi individuali⁵² (e se da una parte è vero che in ciò sta la straordinarietà della sua *mission*, l'altra faccia della medaglia è che la Corte ha 800 milioni di potenziali ricorrenti!), il suo volto sempre più accentuatamente costituzionale, secondo la stessa dottrina, non dipenderebbe soltanto da ragioni di natura ideologica, ma sarebbe soprattutto la conseguenza della difficoltà pratico-operativa di gestire tale enorme incremento di contenzioso. Nell'intento di governare il fenomeno, la Corte avrebbe cioè gradualmente esteso le proprie competenze, rinforzando l'effetto *diretto* e quello *indiretto* delle sue pronunce. Ed in effetti, essa ha preso a restringere gli spazi di discrezionalità dei singoli Stati quanto ad esempio alla scelta del modo in cui porre rimedio ad una violazione dei diritti fondamentali dichiarata, decidendo sempre più spesso non solo sull'*an* della violazione, ma anche sul *quomodo* della riparazione (effetto *diretto*) ed avrebbe inoltre cominciato ad argomentare secondo tecniche che consentirebbero di riferire gli effetti delle sue decisioni al di là dei casi concreti su cui era chiamata a pronunciarsi (*effetto indiretto*)⁵³. A ciò si aggiunga che la prassi delle "sentenze pilota" (la prima è del 2004: a fronte di casi ripetitivi aventi lo stesso oggetto, la Corte ne seleziona uno o alcuni, assegnandovi trattazione prioritaria) è stata ora codificata (art. 61 del Regolamento CEDU) e che, a partire dal 2010, l'art. 46 della Convenzione ha giurisdizionalizzato il meccanismo di supervisione sull'attuazione delle sentenze. Tali mutazioni hanno senza dubbio finito con l'accentuare la portata di *precedente* delle sue pronunce⁵⁴.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario, cit., pp. 109 ss.).

47. V. C. EDU *Jendrowiak v. Germany*, 14 aprile 2011. La condanna della Germania si riferiva all'applicazione ad uno stupratore seriale della disciplina sulla custodia di sicurezza, per la quale una legge sopravvenuta aveva eliminato il limite di durata massima non superiore a dieci anni invece vigente al momento della condanna definitiva del Jendrowiak.

48. C. EDU *Pessino v. Francia*, 10 ottobre 2006, in cui si è negata la prevedibilità dell'esito giudiziario in un caso di mutamento interpretativo giurisprudenziale in materia di violazioni urbanistiche.

49. Per una rassegna, v. V. MANES, *Art. 7*, cit., pp. 258 ss.

50. Sull'attivismo giudiziario delle Corti europee, per tutti, M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, 2007.

51. O. POLLICINO-V. SCIARABBA, *La Corte europea*, cit., pp. 27 ss.

52. Insiste con vigore su tale aspetto P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, pp. 116 ss.

53. O. POLLICINO-V. SCIARABBA, *La Corte europea*, cit., p. 24, aggiungono come l'unica preclusione rimasta, e cioè il previo esperimento dei ricorsi interni, cominci anch'esso a stemperarsi ed appaia in via di superamento: la circostanza che molti rimedi giurisdizionali siano fittizi avendo indotto la Corte ad intervenire anche prima del formale adempimento di tale condizione. Su questi profili, v. inoltre le chiare pagine di M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, pp. 56 ss.

54. Sui meccanismi della giurisprudenza di Strasburgo, si rinvia per tutti alle pagine di V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., pp. 69 ss., il quale tra le altre cose bene illustra come

Ma del *precedente* la giurisprudenza della Corte non possiede sempre il necessario requisito della stabilità.

E' questo uno snodo delicato ed importante per la materia penale poiché, a fronte della sua crescente pervasività, l'impressione generale ed allarmata che si trae dall'osservazione della giurisprudenza CEDU (legalità a parte) è che questa stia disegnando non già un percorso luminoso e rettilineo, armonicamente proteso verso il progressivo e lineare ampliamento delle garanzie, bensì una strada accidentata e dallo sviluppo casuale, che difficilmente potrebbe fungere da guida sicura per i giudici interni.

Nulla di sorprendente (né – riteniamo – di ideologicamente preordinato in chiave strategica): la Corte di Strasburgo si occupa di diritti fondamentali e basta guardare alla loro storia per comprendere che il continuo alternarsi di affermazioni e negazioni rappresenta un tratto fisiologico della loro progressiva avanzata. I diritti sono famelici⁵⁵ e, pur di alimentarsi, non esitano a fagocitare altri diritti per loro disgrazia con essi interferenti (se il conflitto è *inter-rights*), quando addirittura a compiere atti di autofagia (ciò accade quando il conflitto è *intra-rights*). Talvolta poi subiscono battute di arresto perché la loro strada viene sbarrata dall'interposizione di altri non meno prepotenti diritti. Ciò che è accaduto in passato è prevedibile accada ancora in futuro.

E' dunque normale che la Corte di Strasburgo abbia avuto gioco (relativamente) facile fintantoché il suo contenzioso è stato quantitativamente gestibile ma soprattutto qualitativamente selezionato: nelle situazioni cioè in cui potesse esercitarsi su violazioni macroscopiche di diritti civili oppure politici, già da tempo consolidati e netti nei confini, accreditandosi nel ruolo di nume tutelare delle garanzie.

Sappiamo tutti però che la situazione è cominciata a mutare già quando, con l'allargamento ad Est dell'Europa, la Corte ha preso ad interessarsi dei diritti sociali (oltretutto – si noti – non espressamente previsti nella Convenzione e desunti da disposizioni che prevedono diritti più “vecchi”): allora suscitò malumori e scontenti presso gli Stati di nuova adesione, ma poté pur sempre confidare nel consolidamento di *tradizioni* (altrove) *comuni*, al punto da mutare la sua *mission* – come viene ricorrentemente osservato – da quella di *custode dei diritti (e della Convenzione)* in quella di *scuola di democrazia*.

Anche tale traguardo diviene a rischio oggi che la Corte viene chiamata a decidere in relazione ai c.d. diritti di quarta generazione, che involgono delicate questioni bioetiche, relativamente alle quali i giudici di Strasburgo non possono confidare nella presenza di una base di discussione solida ed omogenea né a livello *inter-* (e talvolta nemmeno a livello *intra-*) statale.

Un'esemplificazione significativa si è di recente offerta sul terreno della procreazione medicalmente assistita, e riveste un interesse particolare per gli effetti che ha prodotto sul piano interno, dimostrando una volta ancora tutta la delicatezza dello scenario “rivelatosi” in ordine alla giurisprudenza come fonte del diritto e la conseguente opportunità di difendere la soluzione di sindacato accentrato prescelta dalla Corte costituzionale nel 2007.

La storia è nota a tutti, ma la riassumiamo ugualmente. La prima sezione della Corte EDU, 1 aprile 2010, S.H. e altri v. Austria, aveva ritenuto che la distinzione tra fecondazione omologa ed eterologa desse luogo ad una discriminazione fra coppie che soffrono di problemi di sterilità e ad una violazione del loro diritto alla vita privata e familiare, quest'ultimo inteso come comprensivo del diritto ad avere un figlio.

Sulla scorta di tale decisione, i giudici interni italiani avevano sollevato questione di legittimità costituzionale (*ex art. 117 Cost.*) della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui fa divieto della PMA eterologa, per violazione degli artt. 8 e 14, come interpretati dalla Corte di Strasburgo nella citata pronuncia.

“pur disponendo per il caso concreto l'autorità della sentenza di Strasburgo non [sia] limitata al caso deciso. La Corte, con metodo casistico, costruisce una giurisprudenza” (p. 71).

55. Sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili*, cit., pp. 1474 ss.

Nel frattempo tuttavia la questione era stata rimessa in sede europea alla Grande Camera (ai sensi dell'art. 43 CEDU) e questa espresse un contrario avviso, escludendo che il legislatore austriaco avesse ecceduto il margine di discrezionalità ad esso concesso nella disciplina della materia (sentenza Grande Camera 3 novembre 2011, S.H. e altri v. Austria).

La Corte costituzionale (ord. n. 150 del 2012) ha avuto così buon gioco nel disporre la restituzione degli atti ai giudici remittenti, motivando che “la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all’interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione, espressamente richiamata dai remittenti – operata all’interno dello stesso giudizio nel quale è stata resa quest’ultima pronuncia – incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”.

Stiamo a vedere che cosa succederà ora che la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la contrarietà alla Carta (al suo art. 8) del divieto previsto proprio dalla legge italiana di ricorrere alla fecondazione eterologa al di fuori dei casi di sterilità o infertilità della coppia inspiegabili e medicalmente documentati (Corte EDU 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia). Nel caso di specie, il divieto permaneva in capo a due coniugi entrambi portatori sani di fibrosi cistica (i quali avevano scoperto di esserlo in occasione della nascita della loro bambina, malata, e che erano oltretutto ricorsi all’interruzione di una successiva gravidanza dopo aver scoperto che anche il feto era affetto dalla patologia in questione). E la Corte EDU non ha speso molte considerazioni per riconoscere l’incoerenza di un sistema che vieta di ricorrere alla fecondazione eterologa quando vi sia il rischio di trasmissione di malattie genetiche, ma poi consente l’interruzione volontaria di gravidanza del figlio malato. Ebbene, se vero che tale vicenda è diversa da quelle da cui originavano le ordinanze che hanno sollecitato la pronuncia della Corte Costituzionale n. 150 del 2012, è però innegabile che già quei casi (i membri della coppia erano tutti affetti da forme gravi di infertilità o sterilità) mettevano in luce qualche non lieve profilo di incoerenza della disciplina positiva (se del diritto alla procreazione gode la coppia portatrice di malattie genetiche, perché non ne dovrebbe godere la coppia affetta da incapacità assoluta di procreazione?). Ed ora sappiamo che per la Corte EDU tanto basta a ridurre il “margine di apprezzamento discrezionale” degli ordinamenti.

Ciò solo per dire quanto può essere dura la vita del giudice interno che confidi nella capacità orientativa della giurisprudenza europea su queste materie.

Se cioè in passato la difficoltà è stata semmai quella di fornire una giustificazione giuridica (*ex post*) di soluzioni che sul piano assiologico riscontravano un consenso generale o comunque ampio, la giurisprudenza CEDU comincia oggi a scontare le contraddizioni della teorica – ma meglio si dovrebbe dire: della *pratica* – dei diritti fondamentali. Tali diritti non aleggiano nell’aere rarefatto dei nostri sogni garantisti e non esistono nella forma solida e geometrica che amiamo talvolta assegnare ad essi, ma si contemperano, bilanciano e ri-descrivono continuamente tra loro ed al loro interno. A volte si comprimono per schivarsi in un gioco di morbida fluttuazione; a volte si scontrano ed ingaggiano contese anche violente⁵⁶.

Soltanto ove si tenga ben a mente questa realtà – ampiamente nota alle concezioni c.d. storicistiche dei diritti fondamentali – potremo fugare la facile tentazione di confidare che i diritti fondamentali siano in grado di orientare giusnaturalisticamente la tutela penale interna nella definizione dei suoi confini (non è possibile tracciarne una mappatura astratta: i diritti si delineano soltanto nelle situazioni concrete, attraverso il reciproco bilanciamento), ma rifuggiremo anche la tentazione opposta, e per certi versi più insidiosa, di ritenere solida un’architettura (gius-)positivista creata *a tavolino* da una

56. Per una recente rivalutazione dei diritti fondamentali e della “portata euristica” della dignità, v. J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, cit., pp. 3 ss., il quale peraltro più volte ritorna sul tema della “generalizzazione dei diritti mediante la loro individualizzazione”, mostrandosi cioè consapevole del fatto che l’individuazione di un diritto richiede la necessaria mediazione del fatto e della sua applicazione in concreto.

superiore intelligenza (razionalità) giuridica. E soltanto ricordando una volta ancora la banale verità che il diritto penale costituisce lo stereotipo del permanente conflitto tra diritti del reo ed altrui (attua la tutela di alcuni beni mediante il sacrificio di quelli individuali), potremo valutare il peso effettivo delle eventuali deviazioni da quelli che noi riteniamo spesso *unilateralmente* (dal punto di vista di giuristi penalisti) *standard oggettivi* di garanzia.

D'altronde, anche sul piano della mera esegesi del testo, se è vero che la legalità tutela un diritto individuale (quello del *reo*) che rientra nel novero di quelli non derogabili nemmeno in caso di guerra (dovrebbe quindi astrattamente prevalere su ogni altro interesse con essa in conflitto), altrettanto vero è che l'art. 15 CEDU la annovera a seguire degli artt. 2, 3 e 4, comma 1, della Convenzione⁵⁷. Ben potrebbe accadere dunque che essa si trovi ad essere bilanciata proprio con uno degli altri diritti fondamentali, non meno inderogabili, delle *vittime*⁵⁸. E tra questi rientra ad esempio il diritto alla vita (art. 2 CEDU): ove – si noti – potrebbe non farsi questione della pura e “semplice” repressione di un omicidio doloso, ma di ben più complesse e rarefatte problematiche inerenti ad esempio alla responsabilità del sanitario oppure di questioni c.d. di inizio e fine vita.

Né, infine, può agevolmente prevedersi che tipo di uso farà la Corte di Strasburgo della norma sull'*abus de droit* (di cui all'art. 17 CEDU), nel quale la dottrina non ha tardato ad individuare un potente (quanto pericoloso) mezzo di (ulteriore) flessibilizzazione dei diritti-regola in diritti-principio⁵⁹.

Tutto ciò significa che non è dato attendersi troppo dal sistema europeo, ma dovrebbe pure nel contempo implicare che i sistemi interni legislativi, quando abbozzano i diritti, e le giurisprudenze interne, quando li vivono e ne plasmano la fisionomia, sono ancora in grado di *reagire* sul sistema europeo: che non ci si debba cioè rassegnare alla mera presa d'atto di scelte di politica criminale altrove, casualmente (se non altro nel senso di “caso per caso”) compiute, rinunciando a perseguire una propria politica dei valori che possa in alcune materie (pensiamo ovviamente a quelle interferenti con i diritti di quarta generazione) influenzare, piuttosto che essere influenzata, dalle decisioni assunte dalle Corti europee.

10 CONCLUSIONI

In conclusione, proviamo ad abbozzare un'ipotesi sulla quale stiamo invero riflettendo da un po' di tempo e che abbiamo qui e là affacciato in precedenti scritti.

L'idea, ancora tutta da approfondire, è che il diritto penale, o quantomeno la sua immagine ideal-tipica, sia nato attorno a situazioni semplici, caratterizzate da un forte e percepibile nucleo di disvalore e da reazioni univoche. I quesiti che esse ponevano consentivano una facile risposta. Nello scenario di situazioni lungamente sedimentate nella storia dell'uomo, emozioni e ragionamento consequenzialistico si sposavano perfettamente tra loro. Il che aggrega il consenso necessario alla produzione normativa (in senso classico: legislativa).

Sul piano applicativo, sappiamo inoltre tutti che il trinceramento mediante regole ha svolto la funzione davvero utile di espungere dal giudizio quel *surplus* di emotività, suscitato dalla gravità dei fatti, che inficiasse la terzietà del giudice, così da evitare che la logica del “capro espiatorio” compromettesse (un senso kantiano di giustizia o, meglio ancora) l'efficienza del sistema giudiziario nel medio e lungo periodo (in ciò, come noto, la ragione stessa della nascita di qualunque sistema giuridico)⁶⁰. Su tali situazioni sono

57. Per l'analisi dei profili penalistici della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si rinvia per tutti a A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit.

58. Come noto, insiste molto su questo profilo F. VIGANÒ, tra gli altri scritti, in *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, pp. 2645 ss.; ID., *Il diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, fasc. 8, Allegato 1, pp. 22 ss.; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., pp. 243 ss. Critico invece rispetto alla ritenuta impostazione “vittimocentrica” del sistema CEDU, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., *passim*.

59. Perplexità sempre in V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., p. 112; pp. 139 ss.

60. E non a caso una connotazione negativa è assegnata alle emozioni anche dai pochi che comunque cominciano ad indagarne il ruolo nel procedimento

stati plasmati i sistemi legislativi e su di esse si è formata la nostra visione di giuristi (una sorta di effetto *framing*).

La coincidenza tra reazione istintiva di riprovazione e valutazione “costi/benefici” rappresenta quindi con ogni probabilità uno dei fattori psicologici che hanno impedito di riconoscere o che hanno indotto quantomeno a sottovalutare per molto tempo, in alcuni ambienti, la componente creativa della giurisprudenza, pascendo la bizzarra illusione che il diritto penale potesse schermarsi da ogni valutazione di tipo discrezionale. Ma con il passare del tempo e la creazione, da parte dell’uomo, di quelle che gli scienziati chiamerebbero “nicchie ecologiche”, si è andato sempre più approfondendo lo scarto tra l’evoluzione delle strutture cognitive e/o emotive della specie umana – che si compie in lassi di tempo lunghissimi – e quella – invece molto rapida – sociale, scientifica e tecnologica. In questo modo molti studiosi spiegano l’insorgenza (generalizzata) negli individui di risposte emotive comuni, ma non sempre coerenti con la logica razionale classica dei “costi/benefici” (indiscutibilmente, un *disagio*)⁶¹.

In questi casi, la maestosa e ferrea architettura del sistema penale di stampo illuministico frana, lasciando il legislatore disorientato nel momento della scelta di politica criminale, e lo studioso perplesso di fronte al fallimento della stessa funzione del diritto, che ai suoi occhi si svela come sterile esercizio di giustificazione *ex post* di decisioni (quelle inerenti alla posizione della legge; quelle inerenti alla sua applicazione in sede giudiziaria) assunte su basi diverse e non del tutto perscrutabili.

Nell’inermità del legislatore, incapace di apprestare risposte legislative *tout court* ovvero di apprestarne di appaganti (tali cioè da rispecchiare un vasto e razionalmente motivabile consenso sociale), il compito di risolvere i conflitti è naturalmente ricaduto sulla magistratura: l’unica, innanzitutto, *obbligata* a rendere giustizia; l’unica, in secondo luogo, nelle condizioni di farlo, in virtù della peculiare posizione in cui si trova (il giudice è il solo che può lasciarsi orientare dalle caratteristiche del *fatto* nel fisiologico processo di concretizzazione della norma, e dunque dispone di più elementi di valutazione).

Mutatis mutandis (qui la giurisprudenza è dichiaratamente fonte del diritto), anche la CEDU, storicamente sorta per confrontarsi con la violazione dei diritti fondamentali in situazioni “estreme” (relativamente alle quali non dava e non dà adito a problemi), comincia a trovarsi di fronte a situazioni delicate, ben diverse da quelle per cui era stata “pensata”⁶². Di conseguenza, complice anche l’esponentiale incremento del suo contenzioso, la Corte di Strasburgo inizia a manifestare oscillazioni e le sue sentenze non si rivelano all’altezza del ruolo, cui pure aspirerebbero, di precedenti vincolanti, suscettibili di tradursi in diritto interno. Pur dovendosi prendere atto dell’innegabile collegamento tra diversi sistemi (passaggio necessario all’auspicabile obiettivo di una futura maggiore omogeneizzazione), ritenere che tali sentenze si traducano *sic et simpliciter* in diritto interno sarebbe quindi, oltre che imprudente, teoricamente discutibile.

Piuttosto, pensiamo che il confronto con il sistema CEDU possa rappresentare una buona occasione per avviare una discussione più approfondita sul ruolo della giurisprudenza anche in quello interno.

giudiziario. V. i contributi di A. CERETTI; A. SFORZA; V. LANZA, raccolti nella rubrica *Il punto su ...le basi emotive della decisione penale e la psicologia del giudice*, in *Criminalia*, 2011. Unica voce parzialmente difforme, il bell’intervento di A. VERDE, *ibidem*. Per un primo approccio agli aspetti sia positivi sia negativi del “ragionamento emotivo”, sia consentito rinviare altresì a O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Arch. Pen.*, 2011, p. 837, e a EAD., *Un diritto penale empatico?*, Giappichelli, 2009.

61. Sappiamo già che questa lettura di stampo evolucionistico non piacerà alla dottrina dominante: neuro-scienziati e psicologi cognitivisti sanno bene che le maggiori difficoltà di penetrazione delle concezioni darwiniane si registrano proprio nelle classi più colte. La spiegazione va probabilmente cercata nel fatto che gli intellettuali considerano rozze ed intollerabilmente semplificate tali concezioni. In realtà, esse si esprimono con una ricchezza di argomenti, anche filosofici, spesso nemmeno sospettabili da chi non si sia accostato a queste tematiche. D’altronde, come è stato ben notato, se le impostazioni costruttiviste pure tendono a ridurre il mondo ad una interpretazione e tolgono il gusto dello stupore, la scienza possiede invece ancora il dono di saperci stupire (così, P. LEGRENZI, *Prima lezione di scienze cognitive*, Laterza, 2010, p. 11).

62. Il fenomeno, oltre che fisiologico, è anche salutare, posto che, come sappiamo, la Carta sarebbe nei fatti immutabile, potendo essere modificata solo in presenza di una maggioranza, ipotesi difficilmente realizzabile.

In tal senso, l'immagine, assai di moda, del trapasso da un sistema per fonti (legislative) ad un sistema per argomentazioni, sebbene contenga spunti di indubbia suggestione, prova a nostro avviso troppo, poiché suggerisce l'idea (mitologica) che sia esistito un tempo in cui il diritto era fatto dalle leggi e soltanto da queste.

Similmente, sarebbe frutto di una sovrainterpretazione troppo semplificatrice ravvisare nelle vicende attuali le tracce del ritorno a visioni di stampo giusnaturalistico. Magari fosse così ... Al contrario, i problemi sembrano nascere da un *mismatch*, e cioè da un eccesso di artificialità del diritto e dalla perdita, da parte del sistema, dell'aggancio con il piano valoriale, inteso come assiologia orientata in senso consequenzialistico, così come pretenderebbero alcune ambiziose teorie accademiche del bene giuridico. In altre parole, risulta sempre più chiaro che un'argomentazione che prescinderebbe da premesse contenenti valori (condivisi) rischia di tradursi in uno sterile esercizio retorico e priva se stessa della possibilità di imporsi per la sua autoevidenza al di là dei confini del caso concreto (anche sul punto l'esperienza CEDU ci pare emblematica).

Suonerà male, ma probabilmente l'unica sfida plausibile, in un momento di fisiologica indeterminazione dei confini di alcuni tipi di illecito penalistico, consiste nell'elaborare meccanismi in grado di assicurare l'obiettivo minimale, ma non per questo poco importante (e nemmeno invero facile), di una parità di trattamento (che è poi l'essenza ultima del concetto di dignità dell'uomo): quale può derivare – come abbiamo più volte sottolineato (anche) nel corso di questo scritto – da una maggiore stabilizzazione giudiziaria. Assunta consapevolezza del fatto che la prevedibilità dell'esito giudiziario è oramai l'ultimo baluardo della legalità ma che è anche l'obiettivo più difficile da realizzare, occorre cominciare a riflettere sugli strumenti atti ad assicurarla: a partire, rozzamente, da quelli processuali (ipotizzando meccanismi analoghi a quelli che sono stati introdotti nel processo civile, in relazione al carattere in sostanza vincolante delle sentenze di legittimità a Sezioni unite oppure una possibile riduzione delle occasioni di gravame)⁶³, sino ad investire il piano più autenticamente culturale, della formazione dei giudicanti e, più in generale, della classe dei giuristi. Continuare ad aspettare il mitico ritorno dell'era della legalità formale ci sta esponendo al rischio di perdere anche quest'ultimo treno.

63. Non essendo possibile la quadratura del cerchio, non è nemmeno plausibile implementare le garanzie sul piano processuale senza moltiplicare le occasioni di contrasti giurisprudenziali. A qualcosa si deve giocoforza rinunciare.