

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014



Edizioni ETS

ALBERTO DI MARTINO

UNA LEGALITÀ PER DUE?
RISERVA DI LEGGE, LEGALITÀ CEDU E GIUDICE-FONTE

SOMMARIO: 1. Premessa: il giudice è fonte del diritto, perché così dice la Corte europea dei diritti dell'uomo? – 2. Due legalità, o una legalità per due: ipotesi. – 3. Campo d'applicazione: alcuni esempi. – 3.0. Avvertenza metodologica. – 3.1. Giudice penale "limitatamente" creativo. – 3.2. Giudice-fonte: pari legittimità con la fonte scritta ("*Gleichstellung*"). – 3.3. Efficacia della decisione "produttiva" penale nel tempo. – 4. Atteggiamento culturale della Corte costituzionale, "*in a nutshell*". – 5. Una prima valutazione critica. – 6. Posizioni dottrinali e recezioni filosofiche (qualche dubbio). – 7. Legalità funzionalmente distinte: legalità formale, legalità effettuale. – 8. Legalità distinte, ma non "separate". – 8.1. Compatibilismo e riserva di legge: punto di vista nazionale. – 8.2. Punto di snodo: il giudice convenzionale. – 8.3. Compatibilismo e legalità convenzionale. – 9. Fondazioni teoriche: uno schizzo. – 10. Riflessione in chiusura.

1. *Premessa: il giudice è fonte del diritto, perché così dice la Corte europea dei diritti dell'uomo?*

Scopo delle riflessioni che seguono è quello di rimeditare alcune affermazioni, ricorrenti nella giurisprudenza (in particolare, della Corte di cassazione italiana) mediante le quali in modo particolarmente convinto è stato affermato essere ormai fuori discussione il fatto che la giurisprudenza sia fonte del diritto¹, certa-

¹ Il tema del ruolo del giudice di fronte alla norma penale è ovviamente parte della più generale questione del rapporto del giudice con la norma giuridica generale ed astratta (cfr. la ricostruzione storica nei primi tre volumi del monumentale lavoro di W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, I-V, Tübingen, 1975-1977: la parte di ricostruzione dogmatica è nel vol. IV, in cui si può utilmente consultare in partic. il cap. 32 "*Gesetzesrecht und Richterrecht*", 269 ss. Dal canto suo, l'autore afferma la pari legittimazione di diritto legislativo e giurisprudenziale a costituire il diritto positivo e cioè le fonti testuali del diritto – *textliche Rechtsquellen*: 374 ss.; ma riconosce il divieto di analogia in materia penale (320) e la circostanza che gli ordinamenti possano determinare un confine – in particolare, la dizione testuale della legge – fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, salve le questioni teoriche e pratiche che una tale scelta solleva). In questi termini, si tratta di una questione che accompagna né più né meno che l'intera storia del pensiero occidentale non soltanto giuridico ma anche filosofico, religioso ed antropologico (che il concetto di diritto in società non occidentali non possa essere assimilato a quello familiare alla storia occidentale è noto almeno a partire dalla fondamentale opera di É. BENVENISTE, *Le Droit*, in *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, Paris, 1969, 97 ss. Per quanto concerne il tema dell'essenza del concetto di crimine nelle società primitive fu pionieristico ed è ancora di grande interesse lo studio di B. MALINOWSKI,

mente anche in materia penale; affermazioni per le quali di recente – questo è il punto focale – i giudici di legittimità ritengono di trovare ulteriore e, per così dire, autorevole e definitiva conferma nel riconoscimento che di questo ‘dato di fatto’ promana (o meglio, promanerebbe) da Corti internazionali, in particolare dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.

È pertanto questo specifico richiamo al principio di legalità espresso dalla Convenzione europea dei diritti umani, nel sistema della Convenzione stessa e dei suoi protocolli così come nell’interpretazione datane dalla Corte competente, che sarà oggetto di queste riflessioni: si tratta di saggiarne la tenuta teorica e riflettere sulle relative implicazioni culturali, soltanto tenendo presenti le quali possono essere comprese anche le conseguenze più immediatamente pratiche, che coinvolgono assetti consolidati in gangli essenziali del sistema penale, nel suo abito sia sostanziale sia processuale (se mai una differenza continui a mantenere un qualche senso non meramente burocratico-accademico)².

Crime and Custom in Savage Society, New York, 1926, spec. 55 ss. e 71 ss.; cfr. anche il classico saggio di M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, tr. it., Torino, rist. 2002 – ed. orig. 1923-24, ad es. sull’origine del termine *reus*: cap. III, parte I, Scolio; in generale, E.A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive. Uno studio comparato sulla dinamica dei fenomeni giuridici*, tr. it., Bologna, 1973 (ed. orig. 1954), spec. la Parte I sul fondamento culturale del diritto ed il concetto di ‘diritto’; si può vedere anche R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, partic. la Parte II sulle «grandi epoche del diritto», spec. 92 ss. e la Parte III sulle «radici del diritto». Ed è parte – a sua volta – del più generale e basilare interrogativo di fondo del diritto su se stesso (cfr.). In quanto affare di *longue durée*, esso per un verso non può sottrarsi ad una necessaria contestualizzazione storica; per altro verso, presuppone una tale messe di riferimenti culturali da inibire ogni partenza a chi non si occupi professionalmente di filosofia tout court, oltretutto, ovviamente, di filosofia o teoria del diritto: sulla differenza fra queste ‘discipline’, scetticamente, Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in Arth. KAUFMANN, W. HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 1994⁶, spec. 10 ss. (teoria del diritto come tendenzialmente interessata ai momenti logico-formali; filosofia più agli aspetti contenutistici) e del diritto penale, dove questa sia oggetto di autonomo culto – s’intende, filosofia del diritto penale come oggetto sia di ricerca, sia di insegnamento accademico: così tradizionalmente in Germania (*‘Strafrechtsphilosophie’*: ha impronta filosofica tutta l’impostazione dottrinale tedesca, non ha senso fare nomi; solo per menzionare l’etichetta’, cfr. ad es. di recente A. MONTENBRUCK, *Strafrechtsphilosophie (1995-2010)*, Berlin, 2010², in *open access*), ma anche nel mondo anglosassone (si veda in partic. la monumentale produzione di Joel Feinberg; ma anche quella di Michael Moore, forse ancora poco conosciuta in Italia – v. innanzi tutto ID., *Placing Blame: A general Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997); a temi etichettati come *Philosophy of Criminal Law* sono comunque dedicati, ad esempio e per limitarsi agli ultimi anni, i saggi in R.A. DUFF, S. GREEN (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011; le pagine di D. HUSAK, *The Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2010; è stato edito un dizionario: J. DEIGH, D. DOLINKO (eds.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2011; oltre che una rivista: *Criminal Law and Philosophy*). Si comprenderà dunque come nessuna di queste due prospettive possa costituire, in quanto tale, tema di queste riflessioni – sottofondo, al più.

² Il tema ha comunque suscitato da tempo l’attenzione della dottrina; oltre agli autori citati nel prosieguo di questo lavoro si vedano i saggi dedicati al tema da Gaetano Insolera (qui richiamo innanzi

Quest'approccio è stato già oggetto, per vero, di alcune considerazioni metodologiche abbozzate da chi scrive in un lavoro dedicato alle sanzioni c.d. accessorie, nella prospettiva di «intersezioni di legalità» (nazionale, internazionale, sovranazionale) che connotano anche questo aspetto del sistema sanzionatorio. Si trattava di considerazioni le quali, peraltro, proprio perché condensate ed in qualche modo celate nelle pieghe di un saggio non espressamente dedicato alla legalità in quanto tale, hanno avuto il carattere appena dirozzato di un'argomentazione non del tutto esplicitata e distesa. Qui riprenderemmo pertanto quell'abbozzo, cercando di articolarne meglio il senso con l'intenzione, forse l'illusione, di procedere da quello stadio di lavoro che nella tecnica della pittura a fresco è il "rinzafo", la base rozza per l'intonacatura, quantomeno a una sinopia.

2. Due legalità, o una legalità per due: ipotesi

L'ipotesi che s'intende verificare è se alla base del richiamo alla legalità convenzionale (della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, CEDU) come puntello di questa rinnovata autopercezione del giudice circa la natura della propria attività, vi sia un fraintendimento di fondo sulla natura delle 'due legalità', come se queste si muovessero – sia pure ciascuna nella sua sfera 'spirituale' e soprattutto operativa di autorità – pur sempre su uno stesso piano: confliggendo talvolta per rispettive pretese cesaropapiste, talaltra dialogando, ma sempre implicandosi a vicenda e contribuendo così all'evoluzione dei diritti (fondamentali) e del diritto come sistema di tutela.

In questa prospettiva, il dialogo – o, come qualcuno preferisce dire, la *legal communication* –³ fra giudici nazionali e giudici della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) avrebbe trovato proprio nella tesi della giurisprudenza-fonte un punto d'incontro tanto marcato quanto apparente e precario.

tutto quelli già citati in bibliografia da A. DI MARTINO, sub "Art. 1", in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2015) e specificamente G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, II, 2351 ss. Fra i contributi più recenti cfr. in particolare M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss. (illuminante sulla rinuncia alle formule comode del tipo "crisi della legalità", e con sottolineatura di quello che l'A. definisce l'autoritarismo ben intenzionato della giurisprudenza).

³ M. WAGNER, *Transnational Legal Communication: A Partial Legacy of Supreme Court President Abaron Barak*, in *47 Tulsa Law Review* 437 (2012), spec. 441 ss.

Marcato, perché – particolarmente in una stagione di crisi della legislazione⁴ e labirintico⁵ smarrimento dei destinatari a vario titolo di essa – la rappresentazione di un giudice non soltanto ‘parte’ di un sistema ordinamentale, ma per l’appunto vera ‘fonte’ di esso, quale attore produttivamente fecondo di vere e proprie regole penali, si rivela obiettivamente qualificante d’una non formalizzata ma intima, profonda evoluzione del sistema.

Ma anche precario ed apparente, perché quella stessa autorappresentazione, ad onta dell’ossequio (variamente declinato) ai limiti testuali della legge penale, entra in tensione – da un lato – con la dimensione costituzionale di un principio, quello della riserva di legge, che finisce con il rivelarsi in fin dei conti marginalizzato; dall’altro, e correlativamente, fomenta incomprensioni sia all’interno, sia all’esterno dello stesso ordinamento nazionale, che sorgono attorno ad un terreno – quello di coltivazione del concetto di legalità ‘allargata’ alla giurisprudenza – la cui consistenza è in realtà tutta da verificare.

3. Campo d’applicazione: alcuni esempi

3.0. Avvertenza metodologica

Come espressione del recente atteggiamento culturale dei giudici, di merito e di legittimità, è utile considerare un trittico di pronunce, scelte non soltanto per comodità descrittiva ma anche per la particolare lucidità espressiva che le contraddistingue. Si tratta della sentenza in tema di effetti del riconoscimento giurisprudenziale di un’*abolitio criminis* e conseguente sopravvenienza dei presuppo-

⁴ Su ciò v. ad es. di recente C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2011. Di recente v. anche L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014, 218 ss. In generale, al tema della crisi del principio di legalità è dedicato il volume collettaneo curato da C.-A. MORAND, *Figures de la légalité*, Paris, s.d.

⁵ Evoco qui il lavoro di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, spec. 22 ss., 28 ss. (cfr. anche Id., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2413, spec. 2442-2446). Si veda anche C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012. In prospettiva non dissimile, nella letteratura tedesca, cfr. di recente F. MEYER, *Eine Geologie des Strafrechts*, in *ZStW* 2011, 1 ss. (ma diversamente R. ZACZYK, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff “fragmentarisches Strafrecht”*, in *ZStW* 2011, 691, spec. 706 ss.; su un tema processuale (rimedi contro provvedimenti di tipo esecutivo dell’autorità giudiziaria – c.d. *Justizverwaltungssakte*, es. perquisizione locale – che incidono su diritti fondamentali ma per i quali non sia previsto uno specifico rimedio), ma con intento metodologico, H.-U. PEAFFGEN, *Wie man Lücken entdeckt, die nicht existieren, und sie schließt, ohne es zu dürfen*, in *FS-Kargl*, cit., 373 ss. e spec. 384 ss., 391 s.).

sti per la concessione di benefici⁶; della pronuncia delle Sezioni Unite in tema di tentativo di rapina impropria⁷; della pronuncia di un giudice di merito in tema di retroattività di un indirizzo giurisprudenziale ‘innovativo’ e diretta applicazione dell’art. 673 c.p.p., in un’ottica d’interpretazione orientata alla tutela diretta dei diritti fondamentali iscritti nella CEDU.

Occorre sin d’ora avvertire ch’esse saranno prese in considerazione non già per le specifiche soluzioni raggiunte nel merito, le quali possono essere condivisibili o meno; quanto perché sono espressive di un trend culturale circa il ruolo istituzionale del giudice penale, che tende ad autorappresentarsi come consolidato; rispetto ad esso tuttavia la Corte costituzionale, dal canto suo, ha opposto direttamente od indirettamente un atteggiamento diverso e più cauto, con diversi gradienti di disponibilità al “dialogo” (sia con i giudici nazionali, sia con la Corte europea)⁸, sui cui presupposti culturali e sulle cui prospettive evolutive sarà pertanto necessario indugiare, pur sempre nei limiti della prospettiva qui prescelta.

In modo mediato, come è ovvio, nell’analisi critica qui condotta saranno coinvolti sia quegli indirizzi dottrinali – che per comodità diremmo tradizionalisti – i quali si confrontano criticamente con questo indirizzo di rinnovata valorizzazione del *Richterrecht*, sul presupposto della ritenuta maggiore garanzia che sarebbe espressa dalla riserva di legge statutale e parlamentare affermata nella Costituzione italiana; sia quelli che affermano invece la diversa e non necessariamente minore tutela che ai cittadini deriverebbe dall’assumere una prospettiva realista in tema di (crisi della) riserva di legge, ravvisando nel sistema della CEDU una garanzia maggiore od almeno funzionalmente equipollente: quella espressa dal riferimento all’accessibilità e prevedibilità dell’incriminazione, anche quando questa emerga da un’interpretazione giudiziale sfavorevole. Così come saranno coinvolti, infine, quegli orientamenti che, con diversa sfumatura, valorizzano questo stesso aspetto di

⁶ Cass. S.U. 21.1.2010, n. 18288, con nota di A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il “diritto vivente” e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida dir.*, 2010/27, 70; Cass. F 1.8.2013 n. 35729, rv. 256584: il mutamento giurisprudenziale sfavorevole «deve essere vagliato alla stregua del principio di irretroattività che, secondo la giurisprudenza comunitaria e della CEDU, impedisce “l’applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che descrive un’infrazione, nel caso in cui si tratti di un’interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l’infrazione è stata commessa”». In dottrina v. già, in tema, S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica per l’analisi della decisione del caso*, a cura di U. Vincenti, Padova, 2000, 239 ss. e spec. 252 ss.

⁷ Cass. S.U. 19.4.2012, n. 34952, rv. 253153, ad es. in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1457 ss. ove le diverse valutazioni di E. GIRONI, *Discutibile avallo del tentativo di rapina impropria da parte delle Sezioni Unite* e P. PISA, *Un apprezzabile chiarimento sul tentativo di rapina impropria*.

⁸ Sul *judicial dialogue* come strumento di interazione fra i sistemi giuridici cfr. in generale, per tutti, G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interactions between Europe’s Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, London, 2012.

garanzia della prevedibilità delle decisioni giudiziarie sull'esplicito presupposto di una convinta, sincretistica adozione di prospettazioni filosofiche assunte nei termini d'una, peraltro ammirevole, *koinè* culturale: ciò vale in particolare per l'assunzione della prospettiva ermeneutica in senso (gius)filosofico.

3.1. *Giudice penale "limitatamente" creativo*

Assumiamo dunque, riportandola per pericopi significative, l'attuale *Weltanschauung* della Cassazione. Per vero, le sfumature non mancano e se ne deve dare conto, anche se sarebbe probabilmente eccessivo delineare orientamenti realmente differenti, trattandosi di pronunce su temi processuali non coincidenti o addirittura del tutto differenti, nelle quali la scelta del lessico e della scansione argomentativa è verosimilmente legata alle mere contingenze del caso. Il riferimento alle differenti sfumature valga dunque come categorizzazione di comodo.

Secondo una posizione che per pura convenzione possiamo definire "morbidata", si sottolinea innanzi tutto che la giurisprudenza opera in funzione di concretizzazione del precetto astrattamente posto dal legislatore; orbene, qualora il contenuto della norma così come interpretata, in particolare, da autorevole organo giudiziario (ad esempio, la Corte di cassazione a Sezioni unite), nel contesto di un mutamento di giurisprudenza, consenta di esercitare diritti altrimenti non esercitabili in base a diversa lettura dell'enunciato normativo⁹, allora questi diritti potranno senz'altro essere esercitati proprio in forza di quel mutamento "performativo".

L'esito è argomentato sulla base dell'«interpretazione conforme» del diritto interno (qui, la regola del codice di procedura che vieta la riproposizione di un'istanza basata sui medesimi «elementi» di diritto) alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte, in quest'ottica, muove da una premessa invero piuttosto ricorrente anche in letteratura, nel senso che, apparentemente, la Con-

⁹ Nel caso di specie, la questione concerneva l'interpretazione in base alla quale l'indulto non sarebbe applicabile a persone condannate all'estero e trasferite in Italia ai soli fini dell'espiazione della pena. La Corte di cassazione ha invece ritenuto, capovolgendo l'impostazione precedente, che il condono sia applicabile anche in tali casi; si poneva dunque la questione dello sbarramento rappresentato dal divieto di reiterare una richiesta di applicazione dell'indulto *in executivis* basata sulle stesse ragioni di diritto di una precedente, già respinta (art. 666, comma 2, c.p.p.). Interessante notare che il procuratore generale, pronunciandosi contro l'accoglimento dell'istanza, notava come la richiesta fosse preclusa dallo sbarramento, in quanto il sopravvenuto orientamento della corte di cassazione circa l'applicabilità dell'indulto non costituirebbe nuova ragione ma semplicemente un nuovo argomento a supporto di un «principio di diritto» enunciato in senso contrario. Su queste basi, il tema concettuale più cospicuo viene a concernere *a)* la differenza fra "ragioni" e "argomenti", che i giudici di merito ritengono mero esercizio dialettico; *b)* il modo con cui la magistratura intende i "principi" del diritto rispetto alle "regole": qui, si tratta di capire se il divieto di reiterare la richiesta sia un principio od una regola.

venzione ed in particolare il suo articolo 7 (dedicato per l'appunto al principio di legalità) presenterebbe una disciplina «“debole” e scarsamente “incisiva” rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali». Riconosce tuttavia, proprio sulla base di questa premessa, che in realtà, soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte competente, i contenuti di garanzia espressi dall'art. 7 sono particolarmente estesi: un'estensione che si deve principalmente al fatto che la Corte ha «enucleato» nel sistema della Convenzione un «concetto di legalità materiale, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione».

In particolare – si prosegue – per via dell'esplicito riferimento al 'diritto' e non soltanto alla 'legge'¹⁰, frutto del temperamento fra i due grandi sistemi o famiglie della *civil law* e della *common law*¹¹, il principio di legalità dovrebbe essere inteso in senso «allargato»: la giurisprudenza di Strasburgo – questo il passaggio argomentativo d'interesse speciale ai nostri fini – ha infatti «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».

La Cassazione sottolinea dunque il rilievo che la Corte EDU conferisce al c.d. diritto giurisprudenziale, in particolare laddove viene delineata una dimensione innovativa del principio di irretroattività (v. *infra*, § 3.3), riferita ad una nuova interpretazione in senso sfavorevole di una norma, qualora non ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione dell'infrazione. Su queste basi¹², si

¹⁰ La Corte cita il lemma inglese «*law*»; ma più precisamente avrebbe dovuto riferirsi alla traduzione francese, dove ricorre il termine «*droit*» anziché «*loi*»: solo riferendosi a questa lingua è possibile argomentare la differenza nei chiari termini in cui essa è predicata. Per comodità si riproducono i testi francese ed inglese del primo comma dell'art. 7: «1. *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise*»; «1. *No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed*».

¹¹ Anche questa è affermazione sempre ricorrente. Dal punto di vista della disciplina del diritto comparato, è appena il caso di ricordare che la distinzione fra sistemi o famiglie, risalente al grande classico di R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova (ed. 2004 con la coautoria di C. Jauffret Spinosi) è oggi recessiva: cfr. in lingua italiana A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008; inoltre, ampiamente R.B. SCHLESINGER, H.W. BAADE, P.E. HERZOG, E.M. WISE, *Comparative Law*, 1998⁶, 283 ss., 287 (gli A. propongono criteri di raggruppamento alternativi a seconda degli scopi della classificazione: spec. 313-324).

¹² Cioè preso atto che «secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone [...] “una relazione di tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il significato della norma, in un determinato contesto socio-

conclude che «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». La valorizzazione di questa visione sostanziale¹³ suggerisce alla Corte di concludere che il sistema convenzionale, «pur dando grande risalto al principio di legalità, "non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale", ma [...] ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma "vivente" risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici». Del tutto legittimamente, pertanto, si può parlare di funzione «limitatamente "creativa"» dell'interpretazione – così la Corte –, in funzione «integrativa» della norma.

L'assunto centrale è già qui integralmente esplicitato nella sua portata culturale: la legalità europea è, secondo questa prospettiva, una legalità *qualitativamente omogenea* rispetto a quella domestica¹⁴, ma 'allargata', cioè *contenutisticamente più ampia* della legalità nazionale (italiana in particolare, ma il discorso ha una portata strutturale che supera l'ordinamento concretamente coinvolto). Omogeneità qualitativa, dunque, diversità quantitativa in termini di contenuti.

In particolare, soddisfa il principio di legalità così inteso – ne è anzi elemento strutturale portante – l'attività concretizzatrice, integratrice, limitatamente creativa di norme (dunque, di diritto) realizzata dalla giurisprudenza. La legalità convenzionale, superando in prospettiva sostanziale e comunque contenutistica le strettezze della legalità costituzionale interna – di ogni legalità interna dei Paesi membri della Convenzione europea, comunque fondata a livello ordinamentale –, altro non è che il riconoscimento istituzionale 'esterno' di una realtà epistemica.

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» (Cass. S.U. 21.1.2010, cit., p. 11 della motivazione).

¹³ Per la verità, non è in relazione al ruolo riconosciuto alla giurisprudenza che si parla, di regola, di principio di legalità sostanziale (anche se la Cassazione si esprime in questi termini: p. 10 motiv.): piuttosto, il riferimento è inteso ad esplicitare l'irrelevanza delle qualifiche formali con cui sia etichettata in ambito domestico una norma sanzionata con quella che, per l'appunto, debba ritenersi una "pena" (criminale, *criminal sanction*).

¹⁴ Utilizzo il termini con la consapevolezza delle sue assonanze anglofone: *domestic criminal law* è locuzione che, negli studi di diritto penale internazionale in senso lato designa gli ordinamenti penali nazionali in rapporto con le dimensioni internazionali della penalità (*international criminal law*).

3.2. Giudice-fonte: pari legittimità con la fonte scritta (“Gleichstellung”)

La sostanza della posizione espressa nella sentenza appena considerata è ribadita nella seconda delle pronunce prescelte come rappresentative ai fini di questo studio, resa in tema di tentativo di rapina impropria. Non interessa qui la correttezza o meno della soluzione del caso di specie, bensì quella particolare scansione argomentativa mediante la quale i giudici, in un’ottica del tutto analoga ma questa volta con andamento più perentorio, ascrivono a se stessi il rango di fonte del diritto.

La posizione della difesa si era, per così dire, ingenuamente attestata sulla regola interpretativa elementare, punto di partenza di ogni esegesi d’un testo: la *littera legis*, che avrebbe reso ogni interpretazione difforme quasi frontalmente *contra legem*¹⁵. La Corte affronta di petto quell’argomento, classico dell’ermeneutica giuridica¹⁶, e muove a confutarlo non già mediante gli strumenti metodologici classici¹⁷ che pure sarebbero serviti allo scopo¹⁸ ma avrebbero forse richiesto uno sforzo argomentativo particolarmente serrato a fronte dell’irriducibile specificità della materia penale, quanto piuttosto richiamandosi, quasi con soddisfazione, proprio a quella nozione di legalità convenzionale che anche un paio d’anni prima era stata valorizzata ed impiegata, seppure *in bonam partem*.

«La giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell’ambito applicativo del precetto penale. *Il dato decisivo da cui dedurre il principio di legalità*, sempre secondo la Corte EDU, è, dunque, la prevedibilità del *risultato interpretativo* cui perviene l’elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa»¹⁹.

¹⁵ Per comodità: l’art. 628, comma 2, c.p. punisce con la stessa pena prevista per la rapina impropria «chi adopera violenza o minaccia *immediatamente dopo la sottrazione*, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l’impunità». L’interpretazione che si muova in aderenza al dettato normativo non può che decifrare la disposizione secondo uno schema di sequenza temporale: T_1 , sottrazione - T_2 (per ΔT tendente a 0) violenza/minaccia per sottrarsi alla cattura. Si dovrà aggiungere, com’è ovvio e come in effetti opera la dottrina prevalente, una ragione convincente sul perché quella scansione temporale possa essere anche convincente da un punto di vista sistematico e di proporzione del trattamento penale. La Corte, come si accenna nel testo, respinge questa lettura naturalistico-temporale.

¹⁶ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin etc., 1991⁶, 320-324.

¹⁷ Ancora K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 320-343 e 343-346 sul rapporto di quei criteri fra loro; didatticamente utile R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, München, 2006¹⁰, 42 ss.

¹⁸ In altre occasioni la Corte ha avuto modo di escludere perentoriamente la sufficienza e soprattutto la pertinenza degli argomenti letterali, sia pure con specifico riferimento all’interpretazione del testo costituzionale: v. in partic. Corte cost., sent. 1/2013.

¹⁹ Cass. S.U., 19.4.2012, cit.

Riassumendo, formante dell'esperienza giuridica è senz'altro anche la giurisprudenza; la norma generale ed astratta non produce ancora il diritto applicato: questo vive solo e soltanto nel momento della concretizzazione giudiziale, e dunque la pronuncia del giudice è intrinsecamente creativa (non più, come quasi pudicamente la sentenza considerata in precedenza, «limitatamente» creativa). Orbene, fin qui nulla di nuovo²⁰, e nulla su cui davvero dissentire; discutibile è invece l'aggiunta nel senso che questo riconoscimento esprimerebbe una realtà innegabile ed irreversibile, nel momento in cui si prende in considerazione la fonte convenzionale europea: perché è solo e soltanto al *risultato* interpretativo – e non già alla *premessa* dell'interpretazione, cioè il testo da interpretare – che si deve fare riferimento per determinare il rispetto del principio di legalità²¹.

In forza del richiamo all'art. 7 della Convenzione europea, pertanto, la Cassazione sembra compiere in due balzi il passaggio del Rubicone: non soltanto, per un verso, si predica la sostanziale equivalenza istituzionale tra i formanti della regola di diritto (quello legislativo e quello giurisprudenziale)²²; ma si afferma, per altro verso, che «la legalità» (vale a dire, se intendiamo correttamente, il *principio* di legalità) anche nell'ordinamento costituzionale interno²³ non precede l'interpretazione, ma la segue: ne è, per l'appunto, il prodotto.

Il broccardo feuerbachiano sarebbe così finalmente sostituito, rispecchiando la realtà delle cose, da quello *nulla lex poenalis sine interpretatione*, dunque, o – se si preferisce – *nullum crimen sine interpretatione*. A questa conversione di significato e di portata del principio di legalità avrebbe dato certamente la sua be-

²⁰ Cfr. K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968².

²¹ Che questa sia la posizione consolidata della Corte, è pacifico: di recente, a mero titolo di esempio, Corte EDU, sez. II, 29.10.2013 (def. 24.3.2014), *Varvara c. Italy*; Corte EDU, sez. IV, 14.4.2015 *Contrada v. Italy (n.3)*, spec. par. 60 ss.

²² L'espressione è mutuata dalla ben nota tesi di Rodolfo Sacco. L'assunto metodologico concerne le modalità di conoscenza della regola effettivamente vigente in un dato ordinamento, quando lo si voglia assumere come base scientificamente solida per l'attività di comparazione (che comunque, come si sa – anche se non sempre si pratica – non si esaurisce nella mera esposizione del diritto straniero). La tesi dei “formanti” si è imposta in Italia e nella dottrina italiana esportata in lingua inglese; sull'influenza internazionale di essa cfr. le note pacatamente sferzanti di B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Engaging with Foreign Law*, 2009, 77 ss., spec. 88 (in Tavola 3.1.), 100, 103 s. Cfr. tuttavia i rif. a Sacco in R.B. SCHLESINGER, H.W. BAADE, P.E. HERZOG, E.M. WISE, *op. cit.*, ai luoghi segnalati nell'Author Index.

²³ Come si è già detto, ciò vale per qualunque ordinamento penale nazionale; ma com'è chiaro, la conclusione è particolarmente importante in relazione al nostro art. 25 Cost. Che sia da considerare anche la “legalità raggiunta”, secondo la felice espressione di Tullio Padovani (*Il confine conteso. Metamorfosi, etc.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1304), non c'è dubbio; ma quel concetto era utilizzato in funzione critica rispetto al divario con la legalità “offerta”, in cui si inserisce con funzione costitutiva il processo. Sicché quella coppia concettuale non legittima la posizione della giurisprudenza considerata qui, nel testo.

nedizione Karl Binding, il quale verosimilmente, peraltro, avrebbe suggerito l'ancor più preciso apoftegma: *nulla interpretatio sine poena*, affrettandosi a precisare che in questi termini debba esser inteso il senso del discorso (su questo avremo modo di tornare: *infra*, 6)²⁴.

3.3. Efficacia della decisione "produttiva" penale nel tempo

A questo punto, i termini nei quali si debba porre il tema dell'efficacia nel tempo delle decisioni giudiziarie conseguono logicamente alle premesse, e così, per così dire, il cerchio si chiude.

Una volta che si ammetta l'«innovativo concetto di legalità sostanziale»²⁵ e cioè il principio secondo il quale la legalità materiale è composta dalla legge e dalla «mediazione accertativa» del diritto vivente, rappresentato nel caso di specie dalla Cassazione a Sezioni Unite²⁶, il tema dell'efficacia nel tempo del diritto così prodotto si pone *mutatis mutandis* in termini del tutto analoghi a quelli tradizionalmente discussi a proposito della legge o comunque della fonte scritta: irretroattività del "diritto" (accertato come) sfavorevole, retroattività del "diritto" (accertato come) favorevole²⁷. Su queste stesse basi, peraltro, si dovrebbe ammettere che l'impatto pratico della rivoluzione copernicana debba dispiegarsi nella sua massima estensione. Non avrebbe senso, cioè, predicare diversi presupposti e limiti di efficacia a seconda del momento processuale in cui gli effetti possano essere determinati. A fronte di una questione preliminare di diritto sostanziale quale quella concernente l'efficacia della "legge" o meglio dello *ius* (del "diritto penale vivente"), le contingenti vicende del processo dovrebbero restare programmaticamente irrilevanti, subire la valutazione sostanziale e non già concorrere a produrla.

²⁴ K. BINDING, *Strafgesetzgebung, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander*, in *ZStW*, 1881, 4 ss. (è il fascicolo d'esordio della Rivista). Cfr. anche *infra*, § 6 nel testo al richiamo delle note 53, 58 s. e lett. a).

²⁵ G.I.P. del Trib. Torino, ord. 30.1.2012, in *www.penalecontemporaneo.it*.

²⁶ Cass. S.U. 24.2.2011, n. 16453, cit. Per comodità, si ricorda che la Cassazione ha ritenuto che la modifica legislativa dell'art. 6, comma 3, t.u. immigrazione (operata con l. n. 94/2009), per effetto della quale è punito lo straniero che non esibisca un documento di riconoscimento ed il permesso di soggiorno od altro documento attestante la regolare presenza nel territorio italiano, determini una *abolitio criminis*: solo lo straniero legittimamente residente può rendersi responsabile di tale reato, non lo straniero. Anche dopo la novella, per contro, l'orientamento interpretativo costante era nel senso che il fatto potesse essere commesso anche dallo straniero illegittimamente soggiornante sul territorio, quando non esibisse un documento d'identità (leggendo dunque in modo disgiuntivo la norma riformata).

²⁷ Nel caso di specie, si trattava dell'applicabilità dell'*abolitio criminis* giurisprudenzialmente affermata (meglio dovrebbe dirsi „prodotta“, in quest'ottica) ai fatti verificatisi dopo l'entrata in vigore della novella legislativa ma già giudicati prima dell'*overruling* della Cassazione, con conseguente applicazione dell'art. 673 c.p.p.

Per chiarezza, si consideri il caso deciso dall'ordinanza del giudice di Torino.

A) Una volta ammessa l'*abolitio per interpretationem* come fatto equipollente sul piano delle fonti, non avrebbe senso distinguere, in primo luogo, tra fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella e fatti commessi tra quella data e la data di produzione degli effetti della sentenza della cassazione (la pubblicazione in udienza mediante lettura del dispositivo)²⁸. Infatti, o la data a cui fare riferimento, ai fini del giudizio di retroattività, è quella della sentenza in quanto in quel momento e solo in quel momento essa concorre a formare lo *ius*, ed allora la retroattività si distende nel tempo all'indietro senza ulteriori distinzioni, essendo l'entrata in vigore della legge scritta solo un elemento necessario, ma non sufficiente a comporre detto *ius*; oppure la sentenza dichiara retroattivamente che la novella ha effetto di *abolitio*, ed allora lo *ius* esistente al momento del fatto non lo prevede come reato, con la conseguenza che le condanne intervenute successivamente al fatto costituiscono errore giudiziario. Ad esso potrebbe esser posto rimedio o mediante il ricorso straordinario in Cassazione per errore materiale o di fatto (art. 625-bis c.p.p., se si ammette che ne ricorrano gli estremi); oppure ai sensi dell'art. 673 c.p.p., ma solo interpretando questa norma nel senso che ogni caso di *abolitio*, quando sia in esecuzione una condanna per fatti coperti da essa in ragione del tempo di commissione, possa dar luogo al rimedio esecutivo²⁹. Si noti che il riferimento alla legalità europea verrebbe a sorreggere, allora, questa seconda, specifica parte dell'argomentazione, perché altrimenti l'ordinamento non appronterebbe alcun rimedio per il caso di errore giudiziario consistente nell'applicazione di un reato già abrogato³⁰; il che pone peraltro l'ulteriore problema se sia sufficiente operare in via interpretativa (procedendo ad esempio in via analogica)³¹ oppure se non sia necessario sollevare la questione davanti alla Corte costituzionale, come parrebbe in base all'orientamento da questa espresso con le "sentenze gemelle".

²⁸ Diversamente V. NAPOLEONI, *Mutamento della giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2012/3-4, 164 ss. (168 in nt. 17 richiamando criticamente una sentenza della Cassazione che aveva ritenuto direttamente applicabile l'art. 673 c.p.p. in quanto il fenomeno rientrerebbe *pleno iure* nell'ambito applicativo di detta disposizione; così anche uno degli argomenti – miranti all'inammissibilità della questione – sostenuti dall'avvocatura dello Stato nel giudizio davanti alla Corte che ha portato alla sentenza n. 230/2012).

²⁹ Sul tema, complesso e articolato, del rapporto tra effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e normativa sostanziale, dal punto di vista dei rimedi disponibili in caso di sentenze passate in giudicato, v. nella dottrina penalistica, da ultimi (anche per opportuni riferimenti bibliografici), G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25.5.2015, spec. 20 ss.

³⁰ V. sul punto ad es., la pensosa ammissione di V. NAPOLEONI, *Mutamento*, cit., 166.

³¹ In questi termini, ad es., il suggerimento di una nota redazionale di accompagnamento alla sentenza in *www.penalecontemporaneo.it* (F. Viganò).

Ed in effetti la questione è stata sollevata, com'è noto, proprio in questi termini: l'art. 673 c.p.p. sarebbe incostituzionale nella parte in cui non è applicabile al mutamento giurisprudenziale favorevole: precisamente «nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato». La Convenzione europea, nell'argomentazione del giudice remittente, imporrebbe di ripensare quell'indirizzo della giurisprudenza di legittimità secondo il quale un orientamento giurisprudenziale, per quanto autorevole, non ha la stessa efficacia della previsione di legge, stante il difetto di vincolatività.

B) In secondo luogo, una volta affermata l'equipollenza fra interpretazione giurisprudenziale e legge nella prospettiva delle conseguenze temporali dell'*abolitio*, non sarebbe legittimo distinguere fra autorità giudiziarie, cioè fra pronunce di giudici comuni o 'supremi collegi', purché ovviamente definitive: gli effetti delle decisioni sarebbero infatti apprezzabili in quanto tali, indipendentemente dalla veste o dal rango del giudice per effetto della cui pronuncia si siano definitivamente prodotti.

La Corte costituzionale, come è noto, è intervenuta, e sulla posizione da essa espressa³², per quanto già ampiamente dissodata da un gran numero di commenti dottrinali³³, conviene comunque soffermarsi.

4. *Atteggiamento culturale della Corte costituzionale, “in a nutshell”*

Per quel che qui interessa, l'assunto culturale dal quale muove la Corte è esattamente opposto a quello finora considerato, che considera la legalità convenzionale come allargata e dunque più ampia rispetto a quella nazionale. Se infatti, afferma la Corte, si pongono a confronto i contenuti della legalità nazionale (qui: specificamente italiana) ed europea emerge come il principio convenzionale di legalità penale «risulti *meno comprensivo* di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali)». Ciò perché ad esso resta estraneo il principio della riserva di legge nell'accezione di cui all'art. 25, comma 2 Cost.: «principio che [...] demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale

³² Sent. n. 230/2012.

³³ Cfr. almeno i saggi disponibili anche *online* in www.giurcost.org, link “Decisioni”, *ad vocem*.

dall'intera collettività nazionale»³⁴. Simmetricamente, anche l'abrogazione delle norme, al pari della loro creazione, «non può [...] dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)»³⁵.

Si determina dunque un vero e proprio «scarto di tutela» che «preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale»³⁶.

La Corte esclude, infine, che dalla preclusione opposta contro l'equiparazione fra legge e sentenza derivino in concreto violazioni del principio di uguaglianza e di quello di cui all'art. 27, comma 3, Cost.

Quanto al primo, essa afferma che l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, per quanto aspiri ad avere stabilità e ad essere generalmente seguito, non è istituzionalmente fornito di tali virtù, trattandosi di «connotati solo "tendenziali", in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo"»; il che *a fortiori* accade, precisa la Corte, anche per il c.d. diritto vivente, cui il giudice ha la facoltà e non l'obbligo di uniformarsi. Il giudicato non può dunque essere travolto, perché ne verrebbe travolta la «esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti»³⁷.

Quanto al secondo, e cioè il principio della finalità rieducativa della pena, il giudice remittente aveva rilevato che, una volta ritenuta la *abolitio criminis*, la pena avrebbe perduto ogni finalità preventiva e rieducativa, per il venir meno dello stesso presupposto di tale rieducazione: «l'esecuzione della pena non svolgerebbe più alcuna funzione né sul piano della retribuzione o della prevenzione (sia essa generale o speciale) – non essendovi alcuna ragione perché tali funzioni si esplichino in rapporto a un comportamento che, secondo il diritto vivente sopravvenuto, non costituisce reato – né sul piano della rieducazione del condannato, in quanto il fatto commesso, alla

³⁴ Corte cost., cit. par. 7.

³⁵ Corte cost., cit. par. 11.

³⁶ Nella decisione della questione la Corte considera assorbente peraltro un diverso argomento, che qui dev'essere riassunto per completezza ma non è in quanto tale decisivo ai fini del discorso condotto nel testo. In sostanza, la giurisprudenza della Corte europea non ha mai espresso il principio per il quale un mutamento favorevole di giurisprudenza possa portare alla rimozione delle sentenze passate in giudicato; si è limitata a considerare il carattere creativo della giurisprudenza per garantire, in caso d'interpretazioni *in malam partem*, la garanzia dei principi di accessibilità e prevedibilità. «[R]isulta in realtà priva di attuale riscontro nella giurisprudenza della Corte europea» proprio quella norma costituzionale interposta che il giudice a quo intendeva far valere.

³⁷ Corte cost., sent. 230/2012, par. 9 (corsivo aggiunto). Aggiunge la Corte che ne sarebbe sovvertito il sistema di ordinamento giudiziario, ché, per un verso, i giudici dell'esecuzione verrebbero ad essere gerarchicamente sottordinati alle Sezioni Unite al di fuori del giudizio di rinvio (l'art. 673 c.p.p. prefigura un obbligo per il giudice dell'esecuzione); per altro verso, il giudice della cognizione non sarebbe soggetto a nessun obbligo (il che sarebbe illogico). Il problema è dunque l'assenza di una regola di *stare decisis* nel nostro ordinamento.

luce del nuovo assetto giurisprudenziale che ne esclude la rilevanza penale, non richiederebbe più alcuna attività rieducativa». Su questo aspetto, peraltro molto laconicamente, la Corte ribatte che la censura *ex art. 27* cade con la premessa su cui regge, e cioè la pretesa equiparazione tra successione di leggi e successione di orientamenti giurisprudenziali, con la conseguente «consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale»³⁸.

5. Una prima valutazione critica

Tamburi, grancasse e tromboni della mitologia legicentrica, si dirà³⁹. A dire il vero, se la posizione della Corte non convince, non è tanto per via di quella che potrebbe suonare come un'ipostatizzazione del principio costituzionale della riserva di legge, quanto, piuttosto, proprio per la svalutazione del complesso di principi costituzionali che sono coinvolti nella vicenda. Così, la violazione dell'art. 3 Cost. è stata affermata su un presupposto francamente discutibile, soprattutto in un diritto penale costituzionalmente orientato ed a maggior ragione quando in questione sia l'esecuzione di pene detentive: quello per il quale con il giudicato il «rapporto giuridico» (fra Stato e reo) si debba considerare esaurito. Quando è in corso l'esecuzione di una pena, considerare tale rapporto come esaurito è semplicemente sbagliato, oltre a suonare tragicamente irridente quando sia in corso un'esecuzione carceraria⁴⁰. Quanto poi all'art. 27 Cost., si potrebbe replicare alla Corte, con analogia laconicità, che la violazione dell'art. 3 Cost. trascina automaticamente con sé anche quella del principio rieducativo.

Ma non è sul merito della questione risolta dalla Corte che intendiamo ora soffermarci; ai nostri fini è invece urgente focalizzare l'attenzione sul presupposto

³⁸ Corte cost., cit., par. 12.

³⁹ Non è chiarissimo sulla base di quali criteri M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, *App.* ora *online* in *DeJure*, p. 219 in nt. 288, possa dare (come sembra) un giudizio sostanzialmente positivo di questa pronuncia, tenuto conto dei presupposti teoretici da lui assunti e sviluppati, con dispiegamento di strumenti culturali davvero invidiabili ed una prosa cristallina. La ragione sarebbe l'«importante insegnamento» per il quale «attribuire il valore di fonte al diritto giurisprudenziale, come fa la Corte europea, non significa parificarlo *in toto* alla legge». L'insegnamento, così riassunto, più che importante mi pare scontato e tradizionale; quanto alla ragione di apprezzamento, rispetto all'esercizio di argomenti messo in campo dallo stesso Vogliotti, non solo resta in ombra, ma potrebbe addirittura sorprendere. Un po' poco, mi parrebbe, per un giudizio positivo sulla sentenza (date le premesse).

⁴⁰ Cfr. il felice accenno di Gioacchino Romeo, nel *post* (www.penalecontemporaneo.it, 12 maggio 2014) a commento delle osservazioni di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, ora in *Dir. pen. contemp.*, 1/2014, 250 ss.

di *metodo* sul quale fa perno la Corte, per verificare se esso sia intrinsecamente saldo, al di là del ricorso alla tradizione in ordine al posto della riserva di legge penale nella Costituzione italiana.

Orbene, a dispetto delle apparenze, tutta l'argomentazione della Corte si colloca in realtà sullo stesso piano assunto dai giudici remittenti. Corte e giudici, infatti, assumono la possibilità di una diretta comparazione fra contenuti della legalità costituzionale da una parte, europea dall'altra, come se si trattasse di due principi strutturalmente omologhi e parimenti funzionalmente deputati a determinare i contenuti dell'ordinamento giuridico nazionale. Che le conclusioni divergano nel merito non è metodologicamente rilevante; si tratta di movimenti di segno opposto lungo una direttrice pur sempre comune ad entrambi. Ora, questo contrasto può essere certamente tematizzato in modi e da angoli visuali differenti. Può apparire come un tessere e disfare una tela difficile da maneggiare⁴¹; come una difesa estrema ma prima o poi destinata a cedere o ad essere aggirata come ogni vallo eretto sul confine; o, più positivamente, come momento di un dialogo pur sempre aperto fra giudici alla ricerca del miglior assestamento dei rapporti fra ordinamento nazionale e fonti non nazionali, come tale meritorio, non solipsistico (come insegna la comparazione), essenzialmente fisiologico⁴².

In questa sede interessa da vicino, peraltro, non tanto il modo, le cadenze e le prospettive di questo dialogo – ben più adeguatamente valutabili dai cultori dei sistemi giuridici comparati – quanto la sua chiave, il suo intimo codice.

L'andirivieni di segno opposto sulla medesima direttrice rischia infatti di diventare un moto ossessivo: cioè una spia della necessità, a questo punto, d'abbandonare non già le rispettive posizioni, ma proprio la comune direttrice. Fuor di metafora, ci si deve chiedere se sia corretto considerare omologhe in termini funzionali le due Legalità, così che esse possano essere rispettivamente misurate in termini di 'quantità di contenuto'; o se le logiche che sottendono la legalità costituzionale e quella della Convenzione europea non si collochino piuttosto su piani diversi, bensì interrelati ma funzionalmente autonomi.

Questo è quanto si cercherà di sviluppare nelle considerazioni che seguono.

⁴¹ Mi riferisco evocativamente alla titolazione di A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilava la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), in *www.giurcost.org*. (successivam. anche F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.3.2015).

⁴² Così, sia pure proposito della sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale, con ampi riferimenti comparatistici ad atteggiamenti simili di altre Corti 'supreme', G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e disobbedienza funzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

6. Posizioni dottrinali e recezioni filosofiche (qualche dubbio)

La domanda fondamentale muove da una constatazione preliminare. Non sembra che in dottrina vi siano dubbi sul fatto che i contenuti dei due principi possano essere comparati⁴³; le conclusioni divergono essenzialmente sugli esiti della valutazione 'quantitativa', a seconda che cioè si ritenga l'uno più ampio dell'altro, o viceversa.

Spesso, d'altra parte, si tratta di divergenze che tendono a farsi distanti ed irrigidite in ragione della maggiore o minore disponibilità a smarcarsi da fedeltà rigorose e intransigenti al principio della riserva di legge parlamentare, di ascendenza strettamente illuministica.

Chi muove da premesse dichiaratamente ed inderogabilmente ancorate al senso della riserva di legge parlamentare in un sistema democratico (ancora storicamente incarnato in Stati nazionali, nonostante la compresenza di istituzioni internazionali e sovranazionali)⁴⁴ nota inevitabilmente, assumendo l'ottica della comparazione dei contenuti, la povertà di quelli formalmente espressi dai testi europei: per quel che qui interessa, anche dall'art. 7 Conv. europea; così come tende a rimproverare alla Corte di non valorizzare il contenuto di garanzia di una riserva così intesa.

Peraltro, anche chi con maggiore apertura valorizza il contributo creativo della giurisprudenza di Strasburgo nella definizione dei contenuti del principio di

⁴³ Ciò non vale soltanto per la dottrina italiana. Cfr. ad es. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *In pursuit of basics for a new principle of legal reserve in supranational criminal law*, in *EuCLR*, 252 ss. (lavoro peraltro dedicato al diritto sovranazionale EU); nella dottrina tedesca, di recente, K. DRENKHahn, C. MORGENSTERN, *Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen – Der Streit um die Sicherungsverwahrung*, in *ZStW*, 2011, 132 (146; 148): per un verso, le autrici sembrano farne una questione, per così dire, di puntiglio circa l'organo ai cui compete l'interpretazione corretta del principio di legalità convenzionale («nella delimitazione autonoma del concetto di penalità (la *autonome Begriffsbildung*) si rispecchia la coscienza di sé (*Selbstverständnis*) della Corte europea»); per altro verso sembrano cogliere il punto della funzione del principio, ma sottolineando prevalentemente gli aspetti di legittimazione normativa e accettazione fattuale dell'interpretazione sostanzialistica e dunque senza spiegare adeguatamente il perché le cose stiano così.

⁴⁴ Ci si riferisce in particolare ad es. ai vari lavori che condensano la posizione ideale di S. MOCIA, di cui ci si limita a ricordare *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, 2012, 299 ss. (si veda comunque anche la tavola rotonda su «*Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*», in questa *Rivista*, 2013, 205 ss. ove in particolare l'esordio dell'intervento di A. VALLINI, 247 ss., il quale ricorda la nota battuta di Churchill sulla democrazia). Per la difesa della riserva di legge cfr. anche l'intera opera di G. MARINUCCI, di cui v. di recente, ad es., *L'analoga e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.; nonché E. DOLCINI, di cui ad es. *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50 ss. e spec. 53 s., che ammonisce «i teorici del disincentivo» acciocché non «carichino la riserva di legge in materia penale di pretese che le sono del tutto estranee, e che quindi, ovviamente, il principio non è in grado di soddisfare». Su questi temi cfr. le brevi ma utili riflessioni di due giudici della Corte di cassazione tedesca: R. ESCHELBACH, C. KREHL, *Art. 103 Abs. 2 GG und Rechtsanwendung*, in *FS-Kargl*, Berlin, 2015, 81 ss.

legalità convenzionale, non esita a riconoscere che per l'appunto di contributo creativo si è trattato, perché dal punto di vista della riserva di legge, e cioè di quello specifico aspetto del principio di legalità che è storicamente condizionato⁴⁵ dal modo con il quale le istanze illuministiche sono state tradotte a partire dalla rivoluzione fino alla stagione delle codificazioni, le disposizioni convenzionali sono ambienti vuoti e muti. Così, si è scritto che «l'assoluto silenzio dell'art. 7.1 CEDU in merito ai corollari "storici" della legalità penale (quelli cioè deputati a selezionare gli organi legittimati a produrre norme penali) è stato, per così dire, amplificato dal parallelo, inevitabile silenzio sul punto della Corte EDU. In definitiva, nessun vincolo (sia a carico degli Stati del Consiglio d'Europa sia a carico dell'Unione europea) in merito agli organi deputati a varare le norme penali può discendere dall'art. 7.1 CEDU così come interpretato dagli organi di Strasburgo»⁴⁶. Insomma, nell'articolo 7 della Convenzione europea si avverte un «vuoto normativo» che la Corte europea non ha potuto o voluto colmare⁴⁷. La legalità convenzionale, almeno per come verbalizzata nella relativa fonte, è un *minus* rispetto a quella costituzionale; argomento che, come si è visto, si è ben attestato anche in giurisprudenza.

Su altro versante si colloca quella parte della dottrina che muove da una premessa ritenuta indiscutibile teoricamente (o comunque ormai storicamente tale): non è possibile affermare che un diritto scritto sia di per sé garanzia di uguaglianza e sicurezza⁴⁸ maggiori di quelle offerte dal diritto non scritto. Questa posizione, che s'inserisce comunque in una tradizione del pensiero giuridico nobilissima e risalente, è poi variamente argomentata a seconda delle preferenze individuali per la valorizzazione di una prospettiva storica o giusfilosofica (o filosofica *tout court*)⁴⁹.

In una prospettiva storica, si prende definitivamente atto della crisi della riserva di legge, cominciata almeno a partire dalla crisi dello Stato borghese monoclasse (suppergiù fatta risalire alla fine del XIX secolo)⁵⁰ ed ormai sostanzialmente

⁴⁵ Il riconoscimento del carattere storicamente condizionato del principio è ormai comunemente accettato, a partire dalle rimediazioni di F. Palazzo, del quale si rinvia qui, almeno, alle opere citate in bibliografia da chi scrive, *sub* "Art. 1", in *Codice penale*, cit.). Ciò che tuttora non appare condiviso è il giudizio sulla persistenza del valore ideale della preminenza legislativa.

⁴⁶ A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 37 ss (50).

⁴⁷ A. BERNARDI, *All'indomani*, cit., 45.

⁴⁸ Letteratura vastissima; mi limito a citare, nella letteratura italiana più recente, le fasciose pagine di G. FIANDACA, *Diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002; cfr. anche E. BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 961 ss. (963).

⁴⁹ Una visione sia storica che filosofica è offerta dall'affresco di M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 374 ss. e *passim*.

⁵⁰ Cfr. per tutti M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 374 e nt. 37.

irrecuperabile; sulla diagnosi di questa crisi, d'altronde, v'è una tale concordia d'opinioni che non mette conto soffermarsi in questa sede.

Si può solo aggiungere, peraltro, che la scaturigine della crisi finisce con l'essere sostanzialmente coeva alla stessa stagione codificatoria, ad onta della sclerosi delle idealità illuministiche disagnosticabile successivamente negli sviluppi più radicali del positivismo giuridico. Sclerosi, perché, com'è ben noto, l'originaria idealizzazione della legge riposava sull'idea ch'essa fosse naturale sede dell'uguaglianza; si ricorderà l'immaginifica descrizione del primo Sieyès: la legge al centro di un immenso globo, sulla cui circonferenza stanno alla stessa distanza tutti i cittadini senza eccezioni, e ognuno «*n'y occupe que des places égales*»⁵¹. Ma già al momento della codificazione, quell'idea di uguaglianza si trasformava, nell'Europa continentale⁵², in illusione di completezza dell'ordinamento, di sufficienza di esso a se stesso⁵³: imperativismo e statualismo. Nello stesso momento in cui il diritto prendeva corpo nei codici divenne espressione del *gubernaculum*, metonimia della sovranità statale – di uno Stato nazionalista, elitario, disuguale – oppure inidoneo strumento dello Stato sociale; in ogni caso, autoritaria quanto vana pretesa di ridurre il diritto a volontà.

In quella stagione di fine Ottocento emersero compiutamente, come si sa, anche la tensione legge-diritto come reazione all'illusione codificatoria, e la conseguente discussione sulla natura del potere del giudice. Fossero le teorie antiformalistiche à la Bülow (solo la sentenza del giudice è creatrice del diritto)⁵⁴, o la sociologia di Ehrlich, Gény, Saleilles, o ancora lo scetticismo di un Holmes (diritto è la previsione di ciò che decideranno i giudici)⁵⁵ – che (solo) la legge fosse *diritto* fu presto contestato.

⁵¹ *Des Opinions politiques du citoyen Sieyès*, Paris, An VIII (=1799-1800), 46; brano molto spesso citato: v. ad es. P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris 1998, 48 e nt. 55. Eccone una pericope più ampia: «*Je me figure la loi au centre d'un globe immense; tous les citoyens sans exception sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent que des places égales; tous dépendent également de la loi, tous lui offrent leur liberté et leur propriété à protéger; et c'est ce que j'appelle les droits communs de citoyens, par où ils se ressemblent tous*».

⁵² Ma non solo: si ricorderanno le pagine di John Austin (1790-1859): *Lectures on Jurisprudence – Or the Philosophy of Positive Law, Lecture I*: diritto (*law*) è imperatività, evoca un rapporto di superiore ad inferiore; *Lecture II «province of the jurisprudence»* è solo il «*positive law*» quale «*appropriate matter of jurisprudence*».

⁵³ Valga ancora l'affresco di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto - III. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari 2001 (rist.), 5 ss. e 176 ss.

⁵⁴ O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt. Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1885. Se poi l'autore possa veramente essere considerato antiformalista, sarebbe da discutere: un argomento importante ch'egli utilizza per sostenere il proprio assunto è quello che la sentenza fa stato, una volta definitiva, anche quando sia ingiusta; non mi pare un argomento qualificabile come antiformalista.

⁵⁵ Ricorda però G. HALLEVY, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Heidelberg et al., 2010, 42 in nota 155, che lo stesso giudice, trattandosi di crimini, avvertì che «*it is*

Non sembra storicamente documentabile una stagione che non sia stata di crisi, o considerata come tale. Le polemiche accompagnarono la codificazione sin dalla sua genesi, divenendo esse stesse presto “classiche”: risale esattamente a duecent’anni fa (1814) quella fra Thibaut e Savigny sulla necessità o meno di un codice unico per tutta la Germania a fronte di una situazione delle fonti che, ancora nel 1881, Karl Binding ricordava (con retrospettiva nostalgia, per le sue ragioni): «mai un giudice si era trovato in tale stato d’infelice abbandono davanti ad un così bizzarramente complicato apparato di fonti quale il giudice inquisitore tedesco del diciottesimo secolo»⁵⁶.

Ciò non toglie, ovviamente, che alcuni snodi storici siano stati effettivamente critici, o piuttosto di svolta definitiva. Tale è stata la stagione costituzionale che ha portato al giudizio di sindacato sulla legge⁵⁷. In questa prospettiva, è stato osservato, proprio il crescente ruolo della giurisprudenza, non soltanto costituzionale, è stato fra le cause della crisi⁵⁸; ruolo inevitabile, se la lettura dei principi costituzionali non può essere utilmente condotta come se si esercitasse sul testocodice. La teoria dell’interpretazione è stata ritenuta, conseguentemente, la meglio attrezzata a far fronte al nuovo. Suggestioni, non sono mancate: la norma è *open texture*, il giudice la deve comporre tessendo: la creatività del suo agire diviene evidente se non lo fosse già considerando la sua funzione di concretizzazione della regola astratta rispetto al caso concreto, che non è attività logica ma «comprensione scenica»⁵⁹.

Quest’ultima osservazione suggerisce che il tema della crisi sia in realtà null’altro che un capitolo, quello del definitivo crollo scenografico, della storia di un mito fallace come tutti i miti, forse utile in pristina epoche d’ingenuo progresso, dannoso però nella stagione della scienza: quello della completezza della legge

reasonable that fair warning should be given to the world in language that the common world will understand, of what the law intends to do if a certain line is passed. To make the warning fair, so far as possible the line must be clear» (1931) e ancor più recisamente a proposito dell’abolizione dei *common-law crimes* (1934): «*The bar, the courts, society in general, as well as each private person, were to be specifically informed concerning acts which are criminal and the nature and degrees of particular crimes as defined».*

⁵⁶ K. BINDING, *op. cit.*, 15.

⁵⁷ Riferimenti bibliografici essenziali in M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 397 ss.

⁵⁸ R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti: per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare – Il diritto costituzionale come regola e come limite al potere*, I. *Delle fonti del diritto*, Napoli, 2009, 36, 42.

⁵⁹ Perché le regole dell’interpretazione altro non sarebbero che strumenti di una rappresentazione della decisione, ma mai regole della produzione di essa: non esiste una metaregola sull’uso delle regole. prescrivono un procedimento interpretativo, ma non prescrivono affatto in quali situazioni un procedimento debba essere seguito invece di un altro: W. HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, in *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, 17 ss. (25; l’espressione *szenisches Verstehen* è a p. 34).

e della natura puramente dichiarativa dell'interpretazione (giudiziale). Proprio questa è la dimensione prescelta da quei critici della riserva di legge che ne disvelano la fallacia sulla presupposta, esplicita adesione ai più moderni indirizzi filosofici; in primo luogo, all'ermeneutica filosofica e giuridica.

Come si è premesso sin dall'inizio, non è però questa discussione che intendiamo seguire in questo lavoro, anche se *incidenter tantum* vorremmo accennare alla perplessità metodologica di fondo che attanaglia a fronte di teorie che importano interi orizzonti culturali, molto eterogenei rispetto all'oggetto della disciplina giuridica. Tre rilievi.

a) Valorizzare nel diritto penale 'giurisprudenziale' la natura strutturalmente creatrice suscita dubbi per la dimensione empirica attuale (non solo storica)⁶⁰ delle conseguenze che derivano dalla liberazione di forze che premono verso lo *ungesetzliches (Straf-)Recht*. Proprio volendo essere realisti, in effetti, si deve constatare che gli esiti interpretativi immediati di un diritto giurisprudenziale che si percepisce come fonte sembrano essere prevalentemente *in malam partem*. Così è per il caso già ricordato del tentativo di rapina impropria, come per quelli della sostituzione di persona⁶¹, dell'inquinamento elettromagnetico⁶², della prostituzione "virtuale"⁶³; e gli esempi potrebbero continuare. Si potrebbe essere tentati di soggiungere che non possa essere altrimenti, ricordando che si tratta dell'atteggiamento culturale addirittura auspicato da Karl Binding: sarcasticamente ironizzando sull'idolatria (*Abgötterei*) tributata alla proposizione *nullum crimen*, mostro che diffonde morte spirituale⁶⁴, indicava chiaramente l'inaccettabilità della codificazione (e del connesso divieto di analogia) in ciò, ch'essa impedisce al giudice di colmare le lacune affinché il delinquente non s'infili in vie di scampo.

⁶⁰ Sull'aspetto storico si sofferma potentemente l'intero scritto di G. MARINUCCI, *L'analogia*, cit.

⁶¹ Cass. V 28.11.2012, n. 18826, rv. 255086, in *Cass. pen.* con nota di G. STAMPANONI BASSI, *Sostituzione di persona commessa nella rete Internet*, nonché di E. MENGONI, *Chattare con un nickname riconducibile ad altri (e comunicare il loro numero telefonico) integra il reato di sostituzione di persona*. Si trattava di una situazione nella quale, diversamente da altre situazioni fattuali già ritenute "casi" di sostituzione di persona dalla stessa Corte, l'imputata non aveva aperto un account attribuendosi falsamente le generalità di un altro soggetto, ma aveva inserito in una chat d'incontri personali i dati identificativi della persona offesa, ovviamente ad insaputa di quest'ultima. La sostituzione si avrebbe non solo nel caso di materiale "presa del posto di", ma anche quando si attribuisca ad altri un falso nome, o un falso stato o una qualità cui la legge attribuisca effetti giuridici; dove per nome s'intendono tutti i contrassegni di identità, dunque anche il cd. nickname utilizzato per le comunicazioni via internet.

⁶² Es., Cass. III 9.1.2009, Abbaneo, in *CED Cass.*, rv. 243433.

⁶³ Es., Cass. III 21.3.2006, Terrazzi, in *CED Cass.*, rv. 233929.

⁶⁴ «*Ein geistigen Tod verbreitendes Monstrum*»: K. BINDING, *op. cit.*, 11-12.

b) Un secondo rilievo concerne l'affermazione circa il carattere creativo ed analogico dell'interpretazione, che dipanandosi secondo la narrazione ermeneutica del 'tipo', si rivelerebbe particolarmente consona alle società democratiche postmoderne; per l'appunto l'ermeneutica – in senso filosofico, come dottrina generale della conoscenza – contribuirebbe in modo decisivo a valorizzare quello scorrere dialogico dell'interprete tra fatto e norma, fra testo e contesto come strumento di conoscenza, che è anche la cifra dell'attività giudiziale. Solo il giudice, trascorrendo fra testo e contesto, può compiutamente esaminare e valutare il fatto per ascriverlo (o meno) ad una norma del *caso* concreto, ad un 'tipo' quale risultante dall'interpretazione e non solo dal testo (normativo). Il lavoro interpretativo così dialogicamente esplicitato sarebbe anche, deonticamente (cioè riguardato nel suo *dover essere* in base alle regole dell'ordinamento), dichiarato e controllabile, dunque sindacabile e con ciò, in definitiva, senz'altro coerente con il principio democratico.

Prescindiamo dal valore dell'ermeneutica come dottrina generale della conoscenza (su cui qualche dubbio è stato avanzato ad esempio da Habermas)⁶⁵. Orbene, chi, muovendo da una *tabula rasa* e cioè da ignorante⁶⁶ legga il testo fondamentale del padre (o uno dei padri) dell'ermeneutica contemporanea, Gadamer, può restare interdetto sulle conseguenze che dai presupposti teoretici espressi in *Wahrheit und Methode* sono state successivamente e "per importazione" derivate, in ordine non già alla natura dell'attività interpretativa in sé e per sé, ma al rapporto fra giudice e testo normativo.

In effetti, può essere utile ritornare su un brano molto noto e molto citato⁶⁷, in cui è espresso il carattere fondamentale dell'ermeneutica giuridica al fine di comprendere la stessa ermeneutica filosofica⁶⁸. Gadamer muove dal presupposto che il giudice cerca di corrispondere all'oggettivo intento (*Rechtsgedanke*, pensiero) della legge, nel momento in cui lo misura, mediandolo, sulla situazione attuale (*mit der Gegenwart vermittelt*). Su questa base, precisa il filosofo, condizione essenziale per un'ermeneutica giuridica è innanzi tutto che la legge vincoli tutti i membri della collettività allo stesso modo. Dove ciò non accade – dove ad esempio, come nell'assolutismo, la volontà del signore assoluto sta al disopra della legge – non ci può essere ermeneutica. Ora, è vero che l'attività produttiva d'integrazione del diritto (*Leistung produktiver Rechtsergänzung*)⁶⁹ è senz'altro ri-

⁶⁵ Sulla critica di Habermas a Gadamer cfr. un cenno in S. GLANERT, *Method?*, in P.G. Monateri (Ed.), *Methods of Comparative Law?*, Cheltenham, 2012, 74 e nt. 93.

⁶⁶ Intendo, lo scrivente.

⁶⁷ *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1972³ (prima ed. 1960), 307-324.

⁶⁸ In particolare, il paragone è fatto con l'ermeneutica storica e teologica.

⁶⁹ Letteralmente: attività d'integrazione del diritto di tipo produttivo.

servata al giudice, «ma» – e qui è la precisazione che riteniamo fondamentale – «il giudice sta al disotto della legge precisamente come ogni altro membro della collettività»⁷⁰. Se è vero che il compito di concretizzazione della legge non consiste nella semplice conoscenza degli articoli, non è richiesto qui però nessun altro legame di «appartenenza» (*Zugehörigkeit*) alla legge, se non quello che l'ordinamento richiede a chiunque altro, nel senso che nessuno sia eccettuato dall'osservanza della legge⁷¹.

Certamente, il riferimento all'interpretazione giuridica serve a Gadamer per dimostrare che l'«applicazione» cioè l'applicarsi ad un testo (utilizzandolo: la *Applikation*) non è un impiego (*Anwendung*) retrospettivo, ad un dato concreto, di qualcosa di generale già dato, che prima sia compreso in quanto tale, ma è la vera comprensione dello stesso generale, la quale è efficace, dispiega cioè efficacia sullo stesso testo (comprendere è un modo di dispiegare consapevole efficacia su un testo)⁷². Parole, confessiamo, a noi impervie. Ma sembra da riconoscere che il testo normativo s'impone 'dall'esterno' per il vincolo d'osservanza, la cui fonte è altrove e che per ciò stesso sta fuori e prima – cioè è *postulato* – dalla stessa attività interpretativa.

Quando fa riferimento all'efficacia dell'interpretazione, ad ogni modo, sembra che il filosofo intenda che il passaggio dal generale al concreto è un passaggio effettivo, reale, efficace appunto (perché concretizza il generale)⁷³; ma non sapremmo dire se in questo caso si possa affermare una dimensione di “creatività” (nel senso che il giudice crea la legge con la sua comprensione, il suo *Verstehen*).

In effetti, vi sarebbero ragioni invece per escludere che la *Wirkung* debba essere intesa come attività creativa; e ciò proprio perché, nell'interpretazione giuridica, esiste un dato la cui validità, secondo lo stesso Gadamer, è assunta come data – la legge –, tanto “data” che vale per tutti, anche per il giudice⁷⁴.

⁷⁰ «Der (Richter) aber genau so unter dem Gesetz steht wie jeder andere Glied der Rechtsgemeinschaft» (*Wahrheit und Methode*, cit., 312). Diversa interpretazione, sulla base della trad. italiana, in O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale – Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 163-164.

⁷¹ «Die Aufgabe der Konkretisierung besteht freilich nicht in einem bloßen Paragraphenkenntnis ... aber keine andere Zugehörigkeit zum Gesetz ist hier gefordert als eben die, daß die Rechtsordnung für jedermann als gültig anerkannt ist, daß es also keinen aus ihr Ausgenommenen gibt» (loc. ult. cit.).

⁷² «Das Verstehen erweist sich als eine Weise von Wirkung und weiß sich als eine solche Wirkung» (323).

⁷³ Così anche R. BIN, *op. cit.*, 48, valorizza il brano. Non ho contingentemente la nota edizione italiana cui Bin si affida.

⁷⁴ Chi scrive è consapevole della pochezza di questi rilievi. Purtroppo, perplessità possono essere avanzate anche nei confronti di quei filoni dell'ermeneutica di stampo più strettamente giusfilosofico. Pensiamo ad esempio ad Arthur Kaufmann, il quale, nel discutere del rapporto fra teoria dell'argomentazione ed ermeneutica, sottolinea che nella ricerca della *verità*, posto che una verità oggettiva non esiste se non per la Chiesa (meglio, le religioni), il pluralismo è il presupposto fonda-

c) Un'ultima perplessità concerne un ulteriore aspetto di drenaggio culturale, che almeno in materia penale suggerisce qualche maggior cautela. Infatti, quando si afferma che i giudici hanno il potere-dovere di decidere il caso, anche quando manchi il *casus legis* (cosa che nessuno si sogna di contestare, in generale) e su questo si cercano di identificare regole d'interpretazione per un sistema incoerente⁷⁵ argomentate metaforicamente in relazione ai concetti della meccanica quantistica, si deve avvertire che tutto ciò non può automaticamente valere anche per la materia penale. Non foss'altro perché si deve avvertire che il potere-dovere di de-

mentale per arrivare, per l'appunto, ad una verità intesa come verità intersoggettiva (A. KAUFMANN, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*, 2 Aufl., München, 1994, 48). Il testo, nel pensiero ermeneutico, è ricompreso nel procedimento della costituzione intersoggettiva di una «decisione giusta». Ma l'intersoggettività e l'inclusione del testo nell'interprete/interpretazione (che sarebbe innanzi tutto un autocomprendersi dell'interpretante: «*Sichselbstverstehen des Verstehenssubjekts*», 45), perfettamente comprensibile quando oggetto del procedimento sia un testo letterario, un'opera d'arte ecc., non convince quando si tratti di una norma di legge (penale), come ch'essa sia costruita, precisa o imprecisa: la negoziazione si esercita allora prevalentemente sul fatto (rilevante per l'applicazione di una norma), e non sulla norma in quanto tale; quanto a questa, essa non viene negoziata con il soggetto che ne è destinatario principale: l'indagato o l'imputato, i quali subiscono la decisione dell'investigatore prima, del giudice poi, che nel momento decisivo non è affatto discorsiva ma imperativa (lo stesso Kaufmann osserva con Engisch che la giustapposizione di norma e fatto empirico – *Gleichsetzung* – non è sussunzione ma decisione, e cioè esternazione della forza, *Äusserung von Macht*). Quanto poi al circolo ermeneutico (o «spirale», per dirla con l'Hassemmer di *Tatbestand und Typus*), il senso comune ha qualche dubbio. Prendiamo l'esempio del paragrafo 250 del codice penale tedesco, prima della modifica introdotta per rispondere ad una sentenza del *Bundesgerichtshof*, il famoso caso dell'acido cloridrico gettato in viso ad una cassiera per rubarle il portafoglio: “arma” ai fini dell'applicazione della rapina aggravata? Il circolo consisterebbe in ciò, che in tanto si può comprendere il caso come di rapina aggravata, in quanto si sappia cosa è una rapina aggravata; ché se fosse inteso come tentativo di omicidio il problema dell'arma non si porrebbe. E la precomprensione, correlativamente, sta nel fatto che ci s'imbatte nella domanda: “l'acido cloridrico, una sostanza chimica, è un'arma?”, solo se si pre-comprende l'accaduto come possibile caso di rapina aggravata (A. KAUFMANN, *Grundprobleme*, 74). Ma che le conoscenze professionali del giudice, oltre alle contingenti vicende della sua carriera, siano la base del suo stesso essere giudice in quel caso, siano cioè la cornice culturale con la quale egli lo inquadra, depone nel senso che ciò che si attiva è un intero paradigma cognitivo – quello delle discipline penalistiche – e non una precomprensione né un circolo (di fronte allo stesso caso, uno psicologo si chiederà delle ragioni profonde del gesto, attivando altri paradigmi; il neuroscienziato si chiederà se vi sono lesioni neuronali o disposizioni genetiche che inibiscono la capacità di reazione agli stimoli aggressivi, attivando così tutt'altro tipo di paradigmi); il paradigma non avrebbe nulla a che vedere con una precomprensione del testo, ma con la prospettazione di una (o più) qualificazioni possibili a partire dal dovere di attivare il tipo di paradigma giuridico-penale (il fatto che ci possa essere un tentato omicidio, poi, non esclude affatto l'altra domanda: a meno che il giudice non sia stato ben formato, e ometta per questo di valutare *tutte* le qualificazioni possibili). Il rimprovero al *BGH* di aver interpretato con “analogia non ammessa” la sostanza chimica come arma, potrebbe cambiare se vi fosse stata un'argomentazione più distesa per legittimare discorsivamente l'interpretazione obiettivo-teleologica? – Ad Umberto Eco è occorso di dire che, invecchiando, è sempre più incline a ragionare secondo il senso comune.

⁷⁵ R. BIN, *op. cit.*, 46 s.

cidere il caso, se manca la regola, non si attiva proprio per via del principio espresso dall'art. 25, comma 2, della Costituzione.

E peraltro, se proprio si voglia proseguire, per stare al gioco metaforico, sulla strada del prestito extradisciplinare, è invece suggestiva rispetto all'argomento che ci occupa – il rapporto fra legalità costituzionale e legalità convenzionale europea – la premessa di metodo della recentissima teoria fisica cd. delle stringhe. Come si apprende dalla divulgazione di uno dei suoi principali assertori, essa intende rispondere al problema fondamentale posto dal fatto che la combinazione fra due teorie entrambe dimostrate vere – meccanica quantistica e relatività generale – non porta affatto alle conseguenze che dovrebbero derivarne sul piano teorico. In quella combinazione, dunque, «ci deve essere qualcosa di sbagliato»⁷⁶. E sbagliato sarebbe l'assunto sottinteso ad entrambe le teorie, cioè che i blocchi di struttura di base della materia siano puntiformi. Che non lo siano, e siano invece «stringhe», è per l'appunto la diversa ipotesi che spiega perché le altre due teorie non si parlino: perché accettano entrambe un sottinteso sbagliato.

Analoga situazione accade per il confronto tra le due 'legalità penali' e le relative teorie esplicative. Vera quella nazional-costituzionale nell'affermare la riserva di legge come principio fondamentale domestico, talché quella europea ha, per questa parte, un tono minore; vera però anche la seconda, perché i risultanti di garanzia, per larga parte, possono essere maggiori, sicché applicando la seconda (la legalità europea) non accade quel che ci si potrebbe aspettare in base alla prima (la rottura del sistema). Perché?

7. Legalità funzionalmente distinte: legalità formale, legalità effettuale

Torniamo al tema, a questo punto. Come si è più volte avvertito, le contrastanti opinioni sul rapporto fra le due legalità in termini di rispettivo contenuto muovono dall'assunto comune che, in effetti, una comparazione in termini di contenuto sia possibile. E una sostanziale convergenza descrittiva – non in punto di valutazione – si registra sul fatto che la legalità convenzionale sia una legalità materiale mentre quella domestica sia orientata in prospettiva essenzialmente formalistica (nel senso della valorizzazione delle scelte astratte della legge). Ma ciò che resta pressoché sempre in ombra, proprio in questa rappresentazione, è l'interrogativo sul *perché* vi sia questa differenza di prospettiva.

⁷⁶ D. BERMAN, *String Theory: from Newton to Einstein and beyond*, in <https://plus.maths.org/content/string-theory-newton-einstein-and-beyond> (ne esiste una tr. it. in www.matematica.unibocconi.it/print/595): «Evidently, since spacetime is here and this hasn't happened, there must be something wrong with combining relativity and quantum mechanics. But what? Both these theories are well-tested and believed to be true. Perhaps we have made a hidden assumption?».

Per un verso, non ci si può accontentare della ragione storica comunemente allegata, relativa al necessario contemperamento, in sede di redazione della Convenzione, fra i differenti sistemi europei, in particolare – ma non esclusivamente – fra quelli di *civil law* e di *common law*. Anche assumendo che questo possa essere stato uno dei motivi contingenti, essa sarebbe innanzi tutto ormai debole a giustificare lo stato attuale delle cose. Infatti, per quanto gli ordinamenti anglosassoni mantengano un atteggiamento tuttora equivoco sul punto della legittimazione della fonte, si riconosce che l'evoluzione verso la *statutory law* in materia penale costituisca ormai un trend stabilizzato che riduce sensibilmente le differenze. Insomma, sembra di poter affermare che, anche a voler vedere nel «*social consensus*» uno dei principi generali che sorreggono la fonte legittimata ad esser tale in materia penale⁷⁷, anche nel contesto anglosassone si esclude che istituzione sociale legittimata a produrre consenso («*to forge consensus*») possa essere il giudice⁷⁸. D'altra parte, si può osservare che le teorie dell'interpretazione sono nate in relazione ad ambiti disciplinari estranei al diritto penale, e non lo hanno mai preso in specifica considerazione; quando ciò è accaduto, sembra essersi avvertita la necessità di una maggiore cautela. Così lo studioso inglese Gabriel Hallevy ricorda che il giudice della Corte Suprema Holmes, noto per le sue posizioni antiformalistiche (v. *supra*, n. 5.2), affermava che in materia penale non poteva valere quella libertà di produrre una *general rule* mediante una decisione giudiziale: «per far ciò, ci dev'essere un processo logico d'induzione volto ad identificare la *ratio decidendi* ed a separarla dall'*obiter dictum*. Frequentemente questo è impossibile in materia penale».

Per altro verso, è evidente che, nel momento in cui si descrive la differenza fra prospettiva nazionale e sistema della Convenzione europea nei termini di una contrapposizione fra visione formale e visione sostanziale della legalità, ci si attesta, per l'appunto, su un piano meramente descrittivo e si manca di spiegare perché nel sistema convenzionale vi sia l'esigenza di elaborare una nozione sostanziale.

Si approssima bensì alla questione centrale chi afferma che la Convenzione/Corte europea adotta una visione funzionale della legalità, perché le visioni formalistiche «*possono rivelarsi inadeguate in ambito, dove emerge invece [...] l'esigenza di elaborare, almeno a fini garantistici, nozioni di 'diritto penale' e di 'materia penale' di tipo, appunto, meno formale e più sostanziale*»⁷⁹. L'affermazione è in sé corretta, ma ciò che va spiegato è precisamente il perché emerga quell'esigenza sostanziale.

Non è sufficiente, d'altronde, ammettere che la nozione formale 'possa' rivelarsi insufficiente: sia perché il criterio dell'insufficienza sarebbe rimesso alla finzione delle situazioni concrete ed avrebbe bisogno a sua volta di una legitti-

⁷⁷ Così G. HALLEVY, *op. cit.*, 21-22.

⁷⁸ G. HALLEVY, *op. cit.*, 21. L'A. aggiunge che «*there is some uniformity worldwide in that judicial decisions are not a legitimate source for creating criminal norms*» (41).

⁷⁹ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 40.

mazione ulteriore, che si collocherebbe al di là di esso e che non è dato rinvenire; sia, soprattutto, perché la chiave di lettura sostanziale è talmente fondante nella prospettiva della legalità convenzionale che non può costituire un accidente legato alla fisionomia del caso concreto.

Ne deriva che una criteriologia puramente quantitativa – che fa trascorrere una medesima legalità fra due poli, uno ‘più’ formale ed uno ‘più’ sostanziale, collocando su un’unica linea contenuti disposti secondo un gradiente di rigidità – non ha capacità realmente esplicative, perché non sa rendere adeguata ragione del fatto che, nella prospettiva della Convenzione e della Corte che la applica, *non si potrebbe fare a meno di adottare una prospettiva sostanziale*, nella quale le classificazioni formali degradano a mero indizio, punto di partenza del sindacato sul rispetto dei diritti.

Ciò accade perché fra il principio di legalità nazionale – ma in particolare quello di riserva di legge – e la legalità *ex art. 7 CEDU* non intercorre tanto una differenza di contenuti, quanto di *funzione*. Il principio di riserva di legge nazionale, quale norma sulla fonte, ha la funzione di definire il soggetto che per l’ordinamento interno è deputato istituzionalmente ad operare la selezione primaria fra lecito ed illecito; ad effettuare, dunque, scelte di criminalizzazione e definizione dei criteri di imputazione penale. Si tratta di una scelta che non è solo dell’ordinamento italiano, ma che comunemente si ritiene propria della maggior parte dei sistemi giuridici del mondo⁸⁰.

Diversamente, nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo non ha rilievo la prospettiva ‘genetica’ delle norme astratte, cioè non conta come le norme nell’ordinamento siano (debbono essere) approvate, né conseguentemente interessano primariamente le questioni di legittimazione della fonte dal punto di vista dell’ordinamento interno⁸¹. Ciò che conta è che l’atto normativo produca un effetto sul diritto previsto dalla Convenzione: la legalità convenzionale è parametro di controllo sugli effetti prodotti dalla scelta nazionale sui diritti tutelati dalla stessa Convenzione.

Dal punto di vista dell’art. 7 CEDU, pertanto, adottare una prospettiva non già genetica ma “effettuale” è necessario, e non potrebbe essere altrimenti. Sono gli effetti di pregiudizio che contano, e precisamente per questo la Corte non si può accontentare di considerare le forme, ma deve sindacare la sostanza dell’attività ordinamentale.

A proposito della legalità convenzionale sembra dunque pertinente parlare, ancor più che di legalità materiale o sostanziale, di *legalità effettuale*.

⁸⁰ G. HALLEVY, *op. cit.*, 42.

⁸¹ Conta se mai l’identità della fonte come idoneo oggetto di sindacato.

Proprio per questa ragione si tratta di superare le definizioni nominalistiche o formali del diritto penale, del reato, della pena: perché è il tipo di giudizio che deve essere condotto dalla Corte europea che impone questo superamento. La prospettiva effettuale plasma il significato del principio di legalità in termini indipendenti dalla fisionomia della fonte: diverso è il giudizio (non selezione di comportamenti ma controllo sul rispetto dei diritti), diverso il suo parametro (legalità in senso effettuale anziché legalità formale)⁸².

Soltanto questo chiarimento sulla diversa funzione delle regole sulle fonti nel diritto domestico, da un lato, e il principio di legalità convenzionale⁸³, dall'altro lato, pare idoneo a rendere giustizia dell'uno e dell'altro, evitando fraintendimenti ed indebite sovrapposizioni, per ciò stesso al contempo potenziando il dialogo fra le istituzioni. Quando sia chiaro che è operazione vana la comparazione di contenuti, perché i due principi si dislocano su piani funzionalmente diversi⁸⁴, perde di senso la disputa se l'uno sia più esteso dell'altro; ed al contempo perdono di senso prodromiche ritrosie e diffidenze che proprio lo scontro frontale fra le 'due Autorità' sembra tuttora determinare, sia in Italia⁸⁵ che altrove, come la Giudice della Corte Suprema britannica Brenda Hale ha ben mostrato in uno scritto a tratti discutibile, ma consapevole ed intelligente⁸⁶.

A questo punto, appare del tutto evidente la *compatibilità* tra asserzioni altrimenti (e vacuamente) percepite come incompatibili, che determinano sproporzionati arrocchi. Ci si soffermerà di seguito, innanzi tutto, ad approfondire i termini di questa compatibilità, che esprime bensì una distinzione, ma non una separatezza (§ 8); in secondo luogo, si rivela altrettanto necessario, correlativamente, dedicare sia pur brevi cenni alla legittimazione teoretica di questa posizione "compatibilista": essa può essere fondata, come cercheremo subito di esplicitare (§ 9), mediante il ricorso a presupposti di teoria del diritto diversi dal ricorso alle teorie filosofiche dell'interpretazione o del c.d. decostruzionismo.

⁸² Si riprende qui quanto affermato in A. DI MARTINO, *Intersezioni di legalità e "sanzioni" accessorie. Tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri*, in *Studi in onore di M. Romano*, cit., 193 ss., 225.

⁸³ Lo intuisce bene A. VALLINI, *op. cit.*, 254.

⁸⁴ Un accenno fulmineo in V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *AIC - maggio 2015*, 1 s.

⁸⁵ Cfr. soltanto, da ultimo, la sent. della Corte costituzionale n. 49/2015.

⁸⁶ Cfr. B. HALE, *Argentoratium Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?*, in *Human R. Law Rev.*, 2012, 65 ss. (67-68 e 71 dopo il richiamo della nota 32).

8. Legalità distinte, ma non “separate”

8.1. Compatibilismo e riserva di legge: punto di vista nazionale

Quanto al primo aspetto, dalla tesi espressa circa il differente livello funzionale al quale si collocano le due Legalità, deriva quanto segue. Legittimare (ed autolegittimare) la giurisprudenza in quanto fonte del diritto penale ‘come sostiene la Corte di Strasburgo’ nell’interpretare il principio di legalità di cui all’art. 7 CEDU è insostenibile perché poggia su un fraintendimento teoretico che ci siamo qui sforzati di chiarire.

La giurisprudenza non è fonte del diritto nel senso istituzionale del termine. A questa conclusione osta, d'altronde, il ben noto art. 53 CEDU, secondo il quale «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione» – dunque neppure quella fondamentale dell’articolo 7 – «può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell’Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi [*laws, lois*] di ogni parte contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi»⁸⁷. Non sembra dubbio che tra questi diritti vi sia in Italia tuttora quello, costituzionalmente sancito, per il quale le scelte di incriminazione sono effettuate dalla legge, e non dal giudice. La teoria della giurisprudenza-fonte è dunque costituzionalmente intollerabile.

Certamente la dimensione storica della riserva di legge, la crisi della legge e della democrazia rappresentativa, la perdita di legittimazione morale e sociale del legislatore, sono elementi di contesto che impongono un’attenta considerazione della dimensione reale della riserva (peraltro, bisognerebbe dimostrare se la perdita di legittimazione del legislatore contingente sia anche una crisi del ‘potere’ legislativo).

Tuttavia, e questo è un aspetto che non pare sempre adeguatamente valutato, sarebbe altrettanto necessario verificare – innanzi tutto con verifiche empirico-statistiche, sulle quali basare eventuali approfondimenti di tipo sociologico – il grado di legittimazione, di credibilità sociale del giudice quando lo si prospetti (al cittadino-campione statistico) *esplicitamente come soggetto ‘creatore’ del diritto penale*. Così come sarebbe necessaria un’indagine seria sulla misura d’incidenza delle correnti sulla definizione delle posizioni di vertice nell’ambito dell’organizzazione giudiziaria. Chi scrive ha la sensazione che se ne avrebbe qualche sorpresa, circa la totale immunità del potere giudiziario dalla crisi che investe quello politico (e la società in generale).

⁸⁷ Dubita dell’efficacia del ricorso alle clausole di salvezza della maggior tutela offerta in ambito nazionale, al fine di far valere la riserva di legge, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, IV, Napoli, 2011, 2197 (2217, sia pure a proposito dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; ma il discorso vale *mutatis mutandis* anche per l’art. 53 CEDU).

Il problema, in realtà, non attiene ai criteri di legittimazione attualmente predicabili a costituzione data; bensì alla ricerca di forme di (ri)organizzazione istituzionale capaci di far fronte alla realtà dei modi di reggimento politico della società e con essa anche dell'ordinamento giuridico⁸⁸.

8.2. Punto di snodo: il giudice convenzionale

Quanto appena osservato, ovviamente, non elimina il problema della natura dell'interpretazione. Tuttavia, esso assume una fisionomia del tutto particolare, se si tiene presente che legalità nazionale e legalità convenzionale (come legalità effettuale) sono bensì funzionalmente distinte, non sono però separate. Il rapporto reciproco è governato da un giudice, la Corte EDU, il cui compito rispecchia la scomposizione su due livelli della legalità: essa ha una funzione di controllo non della genesi del diritto, ma dei suoi effetti; le regole (e non solo) sono il suo "contesto di fatto", la sua decisione esprime anche necessariamente un'azione performativa, quella di giudicare della "giustizia" o "ingiustizia" di quel fatto (alla stregua dei parametri convenzionali, ovviamente). Si tratta d'un ruolo non dissimile, nel senso dell'esercizio d'una funzione di controllo, da quello del giudice costituzionale rispetto alle leggi interne; per esso, in effetti, i temi dell'interpretazione si pongono in termini diversi rispetto al momento della genesi della norma penale. Del tutto coerente, in questa prospettiva, la definizione del ruolo della Corte EDU di cui al Protocollo n. 15, nella parte in cui confida alla Corte il ruolo di «*supervisory jurisdiction*» del modo con cui gli ordinamenti statuali garantiscono i diritti convenzionali, sia dell'uso che essi fanno del «*margin of appreciation*».

Rispetto a questo ruolo, gli indirizzi ermeneutici, l'approccio basato sulla logica del bilanciamento ecc., acquistano una ben maggiore plausibilità e sostenibilità domestico-costituzionale. Con una duplice precisazione, tuttavia.

a) Per un verso, si deve ribadire la convinzione che è necessaria una grande cautela nell'importare indirizzi filosofici generali nel ragionamento giuridico-penale, in ragione della specificità di una materia che reagisce *in corpore vili* – almeno sino a quando la privazione della libertà personale, innanzi tutto carceraria, così come la stigmatizzazione connessa al processo penale e la rovina derivante dalla sua durata continueranno ad esserne la cifra. Per altro verso, come si è accennato in particolare a proposito della posizione di Gadamer, in quegli stessi indirizzi sembrerebbero ravvisabili elementi indiziati di conclusioni ben diverse da quelle che ne vengono comunemente tratte.

⁸⁸ In ciò concordiamo senz'altro con M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 431 ss.

D'altronde, la scelta fra indirizzi diversi (ma anche un eventuale sincretismo) finisce con il basarsi su un elemento di arbitrarietà e parzialità incontrollabile. Perché ad esempio il decostruzionismo di Derrida?⁸⁹ e non invece, diciamo per dire, la riflessione epistemologica di un Carlo Sini? (il quale ha avvertito come l'indicibilità del significato espresso dal segno al di fuori dell'espressione, l'inesistenza della differenza fra significato e significante alla base della teoria della *differAnce* e dell'atteggiamento decostruzionista è come l'atteggiamento di colui che, percorrendo in lungo e in largo una città senza uscire dalla metropolitana e dunque basandosi soltanto sui cartelli – i segni – che indicano luoghi, si convince che la città è quei cartelli, e non ha un'esistenza al di fuori di quei segni di espressione); o il neo-realismo nei termini prospettati da Maurizio Ferraris?

b) In secondo luogo, anche il giudice europeo, per così dire, subisce la scomposizione della legalità su due livelli. Se sul livello a lui proprio – l'interpretazione della convenzione ed il giudizio sugli ordinamenti – il suo ruolo è chiaro, meno approfondita sembra essere la questione se questo stesso giudice debba anche tenere in conto la regola dell'art. 53 CEDU, qualora essa possa venire in considerazione nel determinare il *rispetto o meno di un diritto quando l'aspettativa del ricorrente, obiettivamente legittimata dalle regole sulle fonti stabilite dall'ordinamento soggetto a giudizio, è quella di non vedere una regola penale creata da un giudice, anche se assistita dalle qualità della chiarezza e della prevedibilità*. Qui la logica dell'art. 53 dovrebbe essere intesa come strettamente saldata a quella del c.d. *margin of appreciation*: nel senso che la Corte EDU si porrebbe, in casi come questo, non solo e non tanto come giudice dei diritti individuali, quanto (anche) come giudice dello Stato che riconosca – nel caso concreto – maggior livello di pretese formali in funzione di tutela.

In ciò, il sistema della Convenzione europea si rivela (si rivelerebbe) compiutamente sistema di *Rule of Law*: nel RoL non regna un fondamentalismo incondizionato dell'unilaterale priorità dei diritti, ma si afferma un'esigenza di equilibrio *in funzione di tutela* – di cui la Corte è *supervisor*, ma per ciò stesso attore – fra legge, sovranità, democrazia, diritto non sovrano, diritti individuali, diritti fondamentali. Per tematizzare questo ruolo, tuttavia, piuttosto che alle teorie dell'interpretazione sembra necessario ricorrere a diversi ambiti di riflessione giurifilosofica (*infra*, n. 9).

8.3. *Compatibilismo e legalità convenzionale*

La tesi qui espressa si rivela anche perfettamente in linea con un atteggiamento di favore per il sindacato sull'ordinamento e sulle sue scelte operato dalla Cor-

⁸⁹ Se lo chiedono, dal punto di vista degli atteggiamenti teoretici dei comparatisti B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *op. cit.*, 58 e *passim*.

te europea. Quando sia chiarito, infatti, che la legalità CEDU opera in funzione di controllo sull'ordinamento nazionale, ben si comprenderà che, dal punto di vista della Corte, tutto l'ordinamento è soggetto a scrutinio per gli effetti che produce sui diritti: e questo sono costitutivamente legati, più che alle norme in quanto tali, nella loro dimensione formale, per l'appunto alla loro applicazione: è dunque perfettamente naturale che oggetto del giudizio della Corte sia anche e soprattutto la giurisprudenza; è perfettamente logico che in quest'ottica la giurisprudenza sia intesa come 'fonte' – ma non *dell'*ordinamento (fonte di produzione), bensì *nell'*ordinamento (fonte di cognizione), necessaria per verificare come esso agisce nei confronti dei diritti.

Oggetto del giudizio è dunque, per dirla con Giuseppe Capograssi, l'«esperienza giuridica» ordinamentale. Del resto, proprio rammentando l'elementare informazione che alla Corte EDU pervengono solo violazioni 'irrimediabili' per l'ordinamento interno, è giocoforza ammettere che non soltanto il pronunciamento legislativo, ma tutto quell'ordinamento implode, per così dire, in quella eventuale violazione, come ordinamento potenzialmente ineffettuale nella tutela del diritto.

9. *Fondazioni teoriche: uno schizzo*

Come si è accennato più sopra, una fondazione teorica della posizione compatibilista può essere ricercata utilmente, piuttosto che nelle teorie dell'interpretazione, nel contesto della discussione teorica sul concetto di *rule of law*.

Il principio di legalità nazionale, al livello del quale si pone l'interrogativo di quale sia la fonte legittimata a emanare norme penali, esprime soltanto e necessariamente un aspetto *jurisdiction related*, cioè relativo ad un ordinamento dato⁹⁰. In questo contesto dato, la riserva di legge come versante formale del diritto (penale) esprime l'idea che anche i poteri pubblici sono soggetti a regole prestabilite (il «*law of rules*» di Antonin Scalia)⁹¹, fra le quali la principale è la separazione dei poteri. Si tratta di una preconditione necessaria; non si vuol affatto dire che sia sufficiente. Che infatti non lo sia, è sotto gli occhi di tutti. Ma questo non è un problema teorico, bensì operativo (e che impegna idee di riforma organizzativa,

⁹⁰ Tengo come punto di riferimento concettuale di queste considerazioni, fra i lavori di G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari 2006; ID., *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law*, dattiloscritto (in corso di stampa presso la casa editrice Il Mulino nell'ambito di un volume collettaneo).

⁹¹ A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1989). Per il pensiero di Scalia cfr. anche in tempi recenti, ampiamente, A. SCALIA, B.A. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul (MN), 2012.

non di riforma delle regole sulle condizioni di legittimazione della fonte). Se, ad esempio, la quantità di normazione prodotta dal potere esecutivo anche in materia penale è debordante, ciò comporta soltanto che le scelte politiche qualificanti risalgono inevitabilmente verso livelli di astrazione particolarmente rarefatti; ma ciò comporta che tanto più rigorosa dovrà essere la pretesa: *a*) che il legislatore effettui quelle scelte in modo empiricamente fondato⁹², non irragionevole, e che esse – e non quelle tecniche – siano chiare e distinte; nonché, in termini altrettanto rigorosi ed esigenti, *b*) che la Corte costituzionale si incarichi del controllo non solo sul prodotto ma anche sul processo legislativo (è accaduto ad esempio, com'è ben noto, in tema di decretazione d'urgenza in materia penale).

C'è dunque un garante, per questa pretesa: la Corte costituzionale⁹³. Il resto, è questione pratica di verifica sul campo circa il debordare o meno del potere.

Quanto poi alle scelte tecniche, certamente il sindacato di costituzionalità è la sede *ultima* per l'operare di quelle dimensioni di garanzia, peraltro già tematizzate da Max Weber e rappresentate dai principi dell'imputazione: prevedibilità e calcolabilità, presupposto della colpevolezza. Si tratterà di 'prendere sul serio' anche questi principi (già peraltro da parte dei giudici comuni), non a caso sulla scorta della loro valorizzazione da parte della Corte EDU.

Tuttavia è evidente che né la riserva di legge né la legalità interna si identificano (e men che meno esauriscono) con il *rule of law*. Con la riserva di legge come preconditione necessaria, unitamente al distinto operare all'interno dell'ordinamento degli altri principi e strutture istituzionali (*in primis*, il sindacato di legittimità costituzionale) quale completamento della non sufficienza di quello stesso principio, siamo pur sempre nell'ambito di ciò che soddisfa, nell'ordinamento dato, le sue condizioni di esistenza (qui, l'ordinamento penale).

Siamo ancora, con ciò, nell'ambito del principio di legalità domestica, che può essere definito come *rule by law*⁹⁴.

Come è stato scritto, peraltro, «soddisfare requisiti per l'esistenza del diritto, non significa automaticamente che il *rule of law* sia realizzato»⁹⁵; esso cioè non

⁹² Cfr. su questo aspetto G. MARINUCCI, "Depenalizzazione" del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 137.

⁹³ Per una articolata riflessione su questi aspetti del controllo di costituzionalità (il particolare sul c.d. diritto vivente), con particolare attenzione ai rapporti con il sistema di tutela «multilivello», cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula "bella e infedele"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 985 ss.

⁹⁴ Diversamente M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 376, identifica senza meno il rinnovamento del principio di legalità (in cui si cingono il diritto come è e quello come deve essere per essere giusto, accettato dalla società) e *rule of law*.

⁹⁵ G. PALOMBELLA, *Oltre il principio*, cit.

può essere ridotto ad un principio di legalità⁹⁶, né ai criteri organizzativi del potere politico quale strumento di essi⁹⁷.

L'esperienza storica mostra precisamente questo, che l'idea di Stato di diritto non è affatto incompatibile con la compressione dei diritti e delle libertà: fino al limite estremo dell'ingiustizia radicale, contro il quale si rivolge la formula (plurale) di Radbruch⁹⁸ – peraltro, un'ingiustizia nella quale una buona parte fu giocata dallo stesso potere giudiziario. Qui, proprio la stagione delle costituzioni europee contemporanee costituisce il punto di svolta: se si deve ammettere che *le norme* penali devono essere di fonte legislativa (livello del *rule by law*), si deve pure stabilire irrevocabilmente che *i diritti* non dipendono dalla legislazione (livello del *rule of law*): «furono le costituzioni ad assicurare ai diritti fondamentali e ad altri concorrenti principi, rango equipollente al principio democratico, escludendo così che il secondo detenesse il potere giuridico di determinare a propria discrezione il destino dei primi»⁹⁹.

Se è chiara la distinzione fra *rule by law* e *rule of law*, appare evidente come ogni sede nella quale si ponga, quale oggetto dell'attività giurisdizionale, non già l'applicazione delle norme in quanto espressione del potere dello Stato, ma la tutela dei diritti fondamentali *contro* il potere dello Stato, pertiene all'ambito del *rule of law*.

La difficoltà del giudice sta più che nel labirinto delle fonti, nel riconoscere i confini rispettivi dei due livelli. Quando opera nell'applicazione delle norme, il giudice siede, per così dire, nel recinto del *rule by law*; ma allo stesso tempo deve commisurare quelle norme alla tutela dei diritti fondamentali. Proprio per le regole del suo ordinamento, tuttavia, egli non può essere giudice dell'eventuale conflitto che riconosca come insanabile: questo potere è riservato alla Corte costituzionale; e questo è il livello 'domestico' del *rule of law*.

Ma vi è anche un ulteriore livello del *rule of law*: questo è proprio il sistema convenzionale. Rispetto al sistema di tutela approntato dalla CEDU, il diritto nazionale (l'esperienza giuridica) è oggetto di giudizio circa il rispetto dei diritti: in questa sede, sia la stessa deliberazione democratica precipitata nella fonte, sia l'atteggiamento ordinamentale che si esprime nella sua applicazione (o non applicazione) da parte dell'amministrazione e/o del potere giudiziario potrebbero complessivamente rivelarsi incompatibili con la libertà.

⁹⁶ Così invece sostanzialmente B.Z. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, 2009, 3.

⁹⁷ S. HOLMES, *Lineages of the Rule of Law*, in J. MARAVALL, A. PRZEWORSKI (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, 2003, 49 ss.

⁹⁸ D'obbligo, nella letteratura italiana, il richiamo a G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla produzione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania post-comunista*, Milano, 2001.

⁹⁹ G. PALOMBELLA, *Oltre il principio*, 7.

10. Riflessioni in chiusura

Come è evidente, i confini devono essere rispettati da tutti gli attori in gioco; dunque, anche dalla Corte europea. Su questo nessuno nutre dubbi, e la dottrina del margine di apprezzamento esprime la tematizzazione di questo aspetto¹⁰⁰. Essa esprime cioè, a sua volta, una concretizzazione del contenuto centrale del *rule of law*: quello di impedire la monopolizzazione della capacità di *rule-making*, in nome di un'esigenza di protezione di istanze che, se del caso, proprio l'ordinamento nazionale può essere in grado ed in dovere di proteggere.

Siccome però, a livello di sindacato della Corte, l'oggetto del giudizio non sono norme in quanto tali, ma, per così dire, comportamenti *mediante* norme e prassi (fondate o non fondate su norme), può risultare particolarmente difficile la comprensione del significato di tali comportamenti, e misurarne gli effetti. Il 'dialogo' mediante i suoi veicoli istituzionalizzati deve servire proprio a questo (con l'espressione «veicoli istituzionalizzati» intendiamo, ad esempio, meccanismi come quello della *advisory opinion* previsto dal Protocollo n°16 alla Convenzione)¹⁰¹. Strumento del dialogo, del resto, sono proposizioni verbali; e l'importanza dell'espressione (o meglio, del rapporto fra significante e significato) non può certo essere sottovalutata. Qui sta forse il nucleo più valido del messaggio delle teorie dell'interpretazione, qui la principale difficoltà del dialogo: è necessario tener presente sia il significante, sia il significato. Un esempio.

Quando la Corte europea fa riferimento ad una sentenza di condanna¹⁰², dovrebbe essere (messa in) condizione¹⁰³ di apprezzare l'esistenza di forme di accertamento di responsabilità senza forma della condanna. Oggetto del giudizio di compatibilità con i diritti sarà allora anche la possibilità e legittimità di questa dissociazione; ma non sarebbe legittimo ignorarla, perché con ciò si comprimerebbe indebitamente l'oggetto del dialogo.

La Corte muove dal presupposto che la ragione per la quale le Corti italiane dispongono la confisca anche in mancanza di condanna è la ritenuta natura amministrativa. Su questa base, giustamente afferma di non riuscire a rendersi conto di come si possa disporre una pena – ché una pena è quella confisca – in assenza

¹⁰⁰ Cfr. ora la proposizione aggiunta al preambolo della Convenzione dal Protocollo n. 15: «*the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention*».

¹⁰¹ «*Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto*».

¹⁰² Ci si riferisce a Corte EDU, *Varvara c. Italy*, cit.

¹⁰³ Per effetto del dialogo *nel* processo dinanzi ad essa.

di una condanna¹⁰⁴; così come, a proposito della posizione di terzi (nel caso di specie, acquirenti dell'immobile contestato), si afferma come dallo stesso principio di legalità derivi l'inammissibilità di una responsabilità per fatto altrui. Infine, ed è l'aspetto più problematico ma anche decisivo nell'economia di queste considerazioni, il principio di legalità esprime il divieto di irrogare una pena senza un accertamento di responsabilità («*the prohibition on imposing a penalty without a finding of liability*», o «*guilty*»)¹⁰⁵.

Su queste basi, il tema principale da affrontare non può essere considerato quello della natura della sanzione (amministrativa o penale), quanto piuttosto se si possa distinguere, ed eventualmente sulla base di quali criteri, fra concetto di 'condanna' e concetto di 'accertamento di responsabilità'¹⁰⁶: questa distinzione può avere cittadinanza davanti alla Corte nel giudizio *ex art. 7*? E che cosa si intende, a questo punto, per responsabilità? Certo è che per «attribuzione dell'offesa»¹⁰⁷ la Corte ha mostrato di non intendere necessariamente una responsabilità anche soggettiva.

Non è questa a sede per rispondere nel merito a questi interrogativi; ma dev'essere chiaro ch'essi non possono non essere sollevati come oggetto di dialogo 'democraticamente plurale' fra i sistemi ordinamentali.

Un utile strumento di dialogo, almeno di tipo preliminare (non potendosi tutto esaurire in questioni linguistiche) può essere la consapevolezza che nel passaggio dal sistema nazionale a sistemi extranazionali i termini tecnici del linguaggio devono essere oggetto di definizioni stipulative il più precise possibile¹⁰⁸. Così, ad esempio, il termine 'condanna', linguisticamente parlando, è un cd. tecnicismo collaterale, nel senso che il suo significato tecnico, per quanto suscettibile di essere tradotto in forme del linguaggio comune, è utilizzato nella cerchia degli specialisti – nel diritto nazionale – con riferimento specifico alla sentenza *ex art. 533 c.p.p.* In tal senso, essa presuppone l'accertamento di un fatto tipico, anti-giuridico (se si ammette la cd. tripartizione) e certo colpevole.

Ma fuori dal diritto nazionale il tecnicismo può non avere lo stesso significato, perché cambia la comunità dei parlanti: e questo è anche il caso della Corte europea. È sempre necessaria una traduzione (che in questo caso potremmo definire, prendendo abusivamente a prestito un'espressione di Umberto Eco, trans-

¹⁰⁴ «*The Court fails to see how punishing a defendant whose trial has not resulted in a conviction could be compatible with Article 7 of the Convention, which provision clearly sets out the principle of legality in criminal law*»: Corte EDU, *Varvara c. Italy*, cit., par. 39.

¹⁰⁵ Corte EDU, *Varvara c. Italy*, cit., par. 45.

¹⁰⁶ Opportune riflessioni in V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2 s.

¹⁰⁷ Testualmente: «*a finding of liability [...] enabling the offence to be attributed*»: Corte EDU, *Varvara c. Italy*, cit., par. 49.

¹⁰⁸ Su questi aspetti cfr., volendo, A. DI MARTINO, *Questo limite non è un termine. Tecnicismi "specifici" e "collaterali" in un sistema penale internazionalizzato*, in *Arch. pen.*, 2011/3, 1 ss.

semiotica)¹⁰⁹: una sentenza di condanna può non essere fondata su un'attribuzione dell'offesa che sia a sua volta basata necessariamente su requisiti anche soggettivi; ciò accade in qualche ordinamento. Per converso, nelle forme concrete di un ordinamento nazionale (per come vive nella giurisprudenza), potrebbe verificarsi il caso di una sentenza che "contiene" un giudizio di responsabilità, per giunta con valutazioni in termini di colpevolezza, ma non ha la forma della sentenza di condanna perché vi osta la prescrizione. Una sentenza che contiene un giudizio di responsabilità è però anche un 'accertamento' di essa? E via dicendo¹¹⁰.

Ne consegue allora che la definizione di condanna, nella traduzione «trans-semiotica», deve essere oggetto di una previa definizione stipulativa. E proprio qui sta la necessità, ed anche la possibilità del dialogo: contribuire a definire il proprio oggetto; qui, il concetto di accertamento, di responsabilità, di condanna.

Non pare che questi concetti siano stati sinora oggetto d'un chiarimento inequivocabile; senza perdere ulteriore tempo in dispute cesaropapiste, sarà bene (continuare a) incamminarsi sulla strada del lavoro oscuro e lento sui significati.

¹⁰⁹ U. ECO, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, 2013.

¹¹⁰ Nel merito di questi problemi v. ad es. V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.4.2015.