

CONTINUA LA NAVIGAZIONE A VISTA*

*Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale:
incoerenze, velleità, occasioni.*

di Vico Valentini

Abstract. *Lo scritto fotografa e tenta di sistematizzare i mutamenti che il diritto europeo (dei diritti umani, unionista) è in grado di imprimere e, per certi versi, ha già impresso sulla legalità penale e sulla stessa separazione dei poteri: ieri (contro-)limiti invalicabili a difesa di prerogative statali e specificità continentali, oggi precetti rivedibili alla luce delle sollecitazioni sovranazionali. Il riconoscimento di un autentico ‘power to make law’ in capo alle Corti europee, infatti, (ha rischiato e) rischia di “contaminare” l’intero sistema e di sovvertire le coordinate normo-culturali dello Stato di diritto: lo dimostra la circolazione del paradigma del giudice-fonte anche nell’ambito della magistratura penale nostrana, e lo dimostrano le inedite “invasioni di campo” che, negli ultimi tempi, ha preso a concedersi il Giudice delle leggi. L’Europa offre molte ghiotte occasioni, insomma, ma tende pure insidie fatali.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’altra legalità penale. – 3. Interferenze assiologiche (fra principi). – 4. Interferenze funzionali (fra Alte Corti). – 5. Il volto della minirivoluzione. – 6. Una tentazione irresistibile. – 7. Sensazioni. – 8. Uno scenario sinistro.

1. Introduzione.

1.1. La legalità penale è un principio-concetto in evoluzione, è sotto gli occhi di tutti; e tale mutamento, come noto, deriva e dipende dal confronto con un’altra legalità: con un *diverso* modello di legalità (anche) penale, con un *diverso* sistema delle fonti del diritto (anche) penale.

Per la verità, si tratta di un mutamento che non coinvolge solo il *Kernbereich* del diritto penale sostanziale ma l’intero sistema di giustizia penale: le garanzie difensive¹ e il

* Testo rivisto e aggiornato della relazione svolta in occasione dell’incontro di studi *La crisi dei concetti politici fondamentali nello specchio del Diritto penale*, Università di Modena e Reggio Emilia, Dipartimento di Giurisprudenza, 27-28 novembre 2014.

¹ G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*², Milano, 2009.

regime delle preclusioni², il ruolo delle vittime nel processo³, nelle politiche criminali e nel momento sanzionatorio⁴, l'ermeneutica, il "fare interpretazione"⁵, *la stessa missione del penale*. È un'evoluzione oppure un'involuzione? Nonostante abbia sempre guardato con scetticismo al processo di europeizzazione dei sistemi domestici, si tratta senz'altro di entrambe le cose: perché dall'Europa, dal diritto UE e dalla normativa CEDU, arrivano al contempo "gioie" e "dolori"⁶

1.2. Ebbene, in quel diverso modello di legalità penale, la giurisprudenza è fonte, il giudice *makes law*⁷. Non si limita a con-correre col Parlamento nel processo di costruzione del diritto penale; questo lo fa, e da sempre, anche da noi: quando cava norme da *disposizioni*⁸; quando costruisce il precetto d'incriminazione combinando l'enunciato-base con le regole positivizzate evocate da quell'enunciato (concetti normativi), oppure su di esso "convergenti" (scriminanti, scusanti, cause di non punibilità, etc.); quando innesta nuove sotto-fattispecie (*accresce la norma*, interpreta estensivamente), oppure espunge certe classi di condotte, e persino l'intera fattispecie (*demolisce la norma*, spesso anche con effetti iperretroattivi)⁹, da *immutate* disposizioni incriminatrici: da enunciati, cioè, che continuano a esistere nella loro originaria fisionomia lessicale¹⁰. Tutte operazioni di "costruzione" e "decostruzione", queste, che avvengono *sul piano normativo*, vale a dire su un piano diverso da quello delle regole scritte.

1.3. Il nostro, dunque, non è mai stato un giudice-dichiaratore, un mero rivelatore, un esecutore di *voluntates legis* obiettivate in testi scritti e strutture tipiche:

² Cfr. per es. [Corte cost., sent. n. 113/2011](#), in [www.cortecostituzionale.it](#); [Corte cost., sent. n. 210/2013](#), in questa Rivista, 19.7.2013; [Cass., SS.UU., 24.10.2013, Ercolano](#), *ivi*, 12.5.2014.

³ G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, 2008; di recente, L. PARLATO, *Il ruolo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012.

⁴ V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, 33 ss., cui ci permettiamo di rinviare anche per gli opportuni richiami.

⁵ V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea e i nuovi "vincoli" per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 1 ss.

⁶ Sul punto, sia consentito rinviare a [V. VALENTINI, Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2012, 167 ss.

⁷ Così già M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

⁸ V. ora M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 63 ss.

⁹ È la cd. abolizione giudiziale; si pensi ad es. alla decriminalizzazione dei delitti-scopo dell'associazione ex art. 416 c.p., che a cascata produce l'abolizione della sotto-fattispecie associativa costituita per commettere i delitti depenalizzati; si pensi, ancora, all'abolizione secca dei reati di rifiuto ex art. 14, co. 2, l. 230/1998 e mancanza alla chiamata ex art. 151 c.p.m.p., vale a dire all'abolizione d'interesse norme incriminatrici, d'interesse fattispecie, a seguito dell'eliminazione *in sede extrapenale* del servizio militare obbligatorio: Cass., I, 2.3.2006, in *DPP*, 2006, 614 ss.; Cass., I, 10.2.2005, in *CP*, 2006, 418 ss.

¹⁰ Sul punto, volendo, V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *RIDPP*, 2014, 285 ss., 315 ss.

è sempre stato un interprete che valuta, corregge, ritocca, rivede e *financo falsifica* intenzioni legislative.

1.4. È sempre stato un giudice-costruttore, insomma. *Ma mai un giudice-fonte*. Qui da noi, si dice, esiste la separazione dei poteri, la distinzione fra chi crea e chi interpreta-applica il diritto¹¹: qui il giudice sottostà alla legge, non anche ai suoi colleghi (non c'è il *binding precedent*.); qui i magistrati interpretano e applicano le leggi, non le fanno (e non c'è il *judicial law making*). La riserva di legge e, prima ancora, il principio di separazione dei poteri sarebbero dunque un *controlimite insuperabile* all'equiparazione fra sentenze e leggi, all'ingresso del paradigma del giudice-legislatore: alla *integrale europeizzazione* delle fonti del diritto penale.

2. L'altra legalità penale

2.1. In Europa, dicevamo, il giudice è autonoma fonte del diritto "in tandem" col legislatore. Là non esiste un principio di riserva di legge parlamentare in senso formale¹², esattamente come nei sistemi di *common law*: a cui le Corti europee, evidentemente, s'ispirano¹³. E l'assenza di quel sotto-principio della legalità penale, è ovvio, genera una diversa declinazione di tutti gli altri.

2.2. E così, visto che il giudice è autorizzato a "fare legge", non ha più senso il divieto di analogia, considerata una *species* di interpretazione estensiva¹⁴; il divieto di irretroattività sfavorevole cattura anche imprevedibili mutamenti interpretativi¹⁵; e le disposizioni possono e anzi debbono essere scritte in modo generico e impreciso, per dare modo al giudice-demiurgo di integrarle e adeguarle all'evoluzione dei tempi¹⁶.

2.3. La legalità penale europea, insomma, è priva di una dimensione istituzionale: non serve *anche* a scongiurare interferenze fra poteri, a presidiare-attuare

¹¹ V. fra gli altri H. MÜLLER-DIEZ, *Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht*, in FS R. Maurach, 1972, 44 ss.; HA, *Belastende Rechtsprechungsänderungen und die positive Generalprävention*, Köln-Berlin, 2000, 3 ss. e *passim*; F. MADRID CONESA, *El principio de irretroactividad de la lei penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Valencia, 1982, 22 ss.

¹² C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.

¹³ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, 1/2009, 57 ss.

¹⁴ V. per es. Corte EDU, CR c. *Regno Unito*, 22.11.1995, § 33.

¹⁵ Corte EDU, *Pessino c. Francia*, 10.10.2006; CGUE, 8.2.2007, *Groupe Danone c. Commissione*, in CP, 2007, 2200 ss.

¹⁶ *Ex multis* Corte EDU, E.K. c. *Turchia*, 7.2.2002, § 52; v. anche F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*⁸, Paris, 2006, 422 ss.

la riserva di legge in materia penale¹⁷, appunto perché non esiste un monopolio del parlamentare da garantire.

Non è come da noi, dove tassatività-precisione e divieto di analogia intendono anche a ribadire la riserva di legge, a imbrigliare il giudice, a scongiurarne “invasioni di campo”. Poi certo, è vero che tale dimensione istituzionale non è fine a sé stessa, ma ha decisive ricadute individual-garantiste: in termini di controllo democratico sul potere punitivo e di tutela della libertà d’azione¹⁸; tuttavia, è innegabile che una dimensione oggettivo-istituzionale della legalità penale, ancorché “servente” la democrazia penale e la libertà di autodeterminazione individuale, sia comunque presente in tutti i sistemi continentali.

La mancanza della riserva di legge, quindi, implica giocoforza la scomparsa della dimensione oggettivo-ordinamentale del nostro macro-principio, *di cui sopravvive solo la curvatura individuale e umanistica*. Ovvio, perciò, che la legalità penale europea venga ricostruita in chiave soggettiva, vale a dire “dal punto di vista” dell’individuo destinatario del precetto¹⁹: non conta più la maggiore o minore precisione-vaghezza del testo di legge; non serve più distinguere fra interpretazioni analogiche, evolutive, restrittive oppure estensive, fra leggi e sentenze, fra leggi retroattive e interpretazioni retroattive (che un po’ lo sono sempre)²⁰, e via dicendo. Ciò che conta, invece, è stabilire se una punizione, “per mano” parlamentare o giurisprudenziale, fosse o meno ragionevolmente prevedibile. Breve: la legalità penale sovranazionale non è altro che una *obbligazione generale di prevedibilità* che grava sul legislatore-fonte e sul giudice-fonte²¹.

2.4. Ora: può un modello di legalità come questo, monco del sotto-principio di riserva di legge, essere trapiantato integralmente qui da noi? La ricostruzione in chiave soggettiva del principio, e le “maggiori garanzie” che essa reca con sé (il *prospective overruling*), “compensano” quelle che perderemmo abbandonando il nostro modello?

2.5. Si tratta di domande retoriche, naturalmente. Un trapianto del genere sarebbe tutt’altro che indolore *in termini di garanzia*: rinunciare alla riserva di legge e al principio di precisione, infatti, significa rinunciare alla *garanzia* del controllo democratico sulle scelte punitive, fare a meno di *antidoti* contro le istanze di giustizia

¹⁷ Su questa funzione della legalità penale, limpidamente, K. S. GALLANT, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, New York, 2009, 24 ss.

¹⁸ Sulla «doppia natura» del principio di legalità, all’un tempo garanzia (oggettiva) di tipo istituzionale e diritto (soggettivo) fondamentale, v. T. S. VIVES ANTÓN, *Principios penales y dogmática penal*, in T. S. VIVES ANTÓN, J. L. MANZANARES SAMANIEGO (dir.), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, Madrid, 1996, 39 ss.; F. C. PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.)*, in S. CASSESE (cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3373 ss.

¹⁹ K. AMBOS, *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona, 2008, 35 ss., 43 ss.

²⁰ Posto che il giudice del giudizio stabilisce, ora per allora, significato, contenuto e ‘confini’ di una disposizione: così, efficacemente, A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, 198.

²¹ Così già P. ROLLAND, sub art. 7, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, 293 ss.

materiale e l'interventismo penale, l'ermeneutica populista, la difesa oltranzista del cittadino-vittima²². Vuol dire, insomma, abbracciare un sistema di giustizia penale in cui solidarismo e difesa sociale non significano più solo rieducazione, ma anche, e soprattutto, securitarismo.

3. Interferenze assiologiche (fra principi).

3.1. Quella legalità penale, dunque, non può essere presa e innestata così com'è nel nostro sistema. Non possiamo però far finta che non esista, perché si tratta di un modello prescrittivo, di un modello, cioè, *formalmente vincolante*. Ce lo dice chiaro e tondo la Corte costituzionale nel costruire le "regole d'ingaggio" fra ordinamento domestico e sistemi europei: la normativa "scrittovivente" CEDU e il diritto UE vantano un rango (sub-, para-) costituzionale²³.

3.2. Questo significa, in buona sostanza, che il principio di "preferibile indeterminatezza", lo pseudo-divieto di analogia, il principio di irretroattività "allargato", come pure la cd. clausola di Norimberga ex art. 7, co. 2, CEDU²⁴, stanno dentro il nostro ordinamento, *sono ordinamento*, ancorché (e per fortuna) in stato di "coma farmacologico".

3.3. Ecco, il "preparato" che consente di indurre in coma questo "pezzo di ordinamento" sono i controlimiti: un preparato sintetizzato dalla Consulta, e somministrato, negli ultimi 4-5 anni, piuttosto frequentemente. Non più un rimedio da sfoderare in casi eccezionali ed estremi, dunque, ma un farmaco di uso oramai comune: un analgesico da parafarmacia.

3.4. Il *trend* è noto²⁵: la Consulta, dopo l'euro-entusiasmo della prima ora (del 2007), ha preso a *moltiplicare* i limiti all'adeguamento al diritto sovranazionale, proponendoci una folta serie di argomenti (assiologici, logici, ermeneutici, esegetici, etc.) finalizzati a *stoppare* l'ingresso della disciplina europea, specie quella partorita a Strasburgo. Ed è grazie a questa *ermeneutica della sorveglianza*²⁶, che siamo stati e siamo

²² Cfr. sul punto le insuperate pagine di F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 1981, 227 ss.

²³ *Ex multis* [Corte cost., sent. n. 348/2007](#), in www.cortecostituzionale.it; [Corte cost., sent. n. 349/2007](#), *ivi*; [Corte cost., sent. n. 311/2009](#), *ivi*; e [Corte cost., sent. n. 317/2009](#), *ivi*; [Corte cost., sent. n. 236/2011](#), *ivi*.

²⁴ In argomento, di recente, v. L. BIN, «*Formula di Radbruch*», *principio di irretroattività e lex mitior*, in *questa Rivista*, 9.4.2014.

²⁵ Cfr. per tutti O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, 159 ss.

²⁶ Ho già proposto questo slogan in *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controlimiti. Dall'euro-entusiasmo della prima ora all'ermeneutica della sorveglianza*, in corso di pubblicazione in S. A. SONELLI (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino, 2015.

in grado di narcotizzare certe regole e certi principi, o certi aspetti di principi (come la clausola di Norimberga, oppure il modo d'intendere la precisione della descrizione tipica) *drammaticamente inconferenti* con la giustizia penale di uno Stato sociale e democratico e di diritto.

3.5. Ma allora, si dirà, dovremmo pur star tranquilli: la riserva di legge statale in materia penale è sempre stato il controlimite *par excellence*, per di più condiviso e riconosciuto anche dalle Alte Corti europee²⁷.

Certo, si tratta di un controlimite "mono-direzionale", nel senso che un intervento del Parlamento è da sempre considerato irrinunciabile solo quando si tratta di punire o punire di più: la riserva di legge, insomma, è sempre stata intesa in un'accezione *minimal* (ad es. ammettiamo scriminanti di fonte sub-legislativa e non codificate, tolleriamo interventi manipolativi della Consulta se *in bonam partem*, affermiamo che la *primauté* del diritto UE opera "senza limiti" quando l'epilogo ridonda in favore, etc.). Tuttavia, seppure in un'accezione minimalista, il monopolio parlamentare sulle scelte di criminalizzazione ha sempre retto le sfide della europeizzazione della giustizia penale, al punto da essere confermato dal Trattato di Lisbona: che ha comunitarizzato la materia penale, è vero, ma ha anche contestualmente sdrammatizzato quell'operazione, fra l'altro ribadendo la riserva di legge statale in materia penale²⁸.

Perciò, se la riserva di legge ha sempre funzionato da "sbarramento" all'influenza del diritto europeo, figuriamoci un *controlimite totale* come l'assetto istituzionale dello Stato di diritto: figuriamoci, insomma, se l'europeizzazione dell'ordinamento domestico, e di quello penale in particolare, potrebbe mai implicare l'abbandono del principio di separazione dei poteri e la revisione del sistema delle fonti. Figuriamoci.

3.6. Del resto, la Consulta l'ha escluso anche di recente: il carattere non vincolante e quindi "instabile" di una sentenza, la riserva di legge e soprattutto il principio di separazione dei poteri, non ci consentono di equiparare un *overruling* favorevole a una *lex superveniens* abolitiva; la questione di legittimità costituzionalità dell'art. 673 c.p.p., ha stabilito la Corte, va dunque rigettata, proprio perché attribuire efficacia iperretroattiva a una sentenza significherebbe equipararla a una legge parlamentare, e ciò implicherebbe l'esplosione del nostro assetto istituzionale basico²⁹.

3.7. Tutto in regola, si dirà, tutto prevedibile e sottoscrivibile. Il punto, però, è che questo è solo uno *spaccato parziale* del sistema costruito dalla Consulta fra il 2007 e il 2011. Il tradizionale modo d'intendere la riserva di legge e il principio di separazione dei poteri, *nel nostro ordinamento*, funziona infatti solo per le Alte Corti domestiche, che continuano a fare il loro mestiere: a non fare "leggi vincolanti", ma a interpretarle e

²⁷ V. per es. CGUE, GS, 3.5.2005, *Berlusconi et al.*, in CP, 2005, 2764 ss.

²⁸ Cfr. per tutti V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2009, 7, 13 s., 36 ss., 107 ss.

²⁹ [Corte cost., sent. n. 230/2012](#), in www.cortecostituzionale.it

applicarle. Viceversa, *sempre nel nostro ordinamento*, quei contro-limiti non funzionano per le Alte Corti europee: né per la CGUE, ma neppure per la Corte EDU.

3.8. Altro che separazione dei poteri: *judicial law making* e *binding precedent* ci sono già, qui e ora, da noi. Ed invero,

3.8.1. una prima eccezione al dogma della separazione fra *interpretatio* e *dispositio*, una prima manifestazione del paradigma della giurisprudenza-fonte, è apertamente riconosciuta dalla Corte costituzionale: si tratta degli arresti delle CGUE, equiparati a *leges supervenientes*³⁰. E tutti sappiamo cosa è successo dopo la sentenza “*El Dridi*”³¹ sull’incompatibilità della fattispecie di inosservanza ex art. 14, co. 5-ter, T.U. Imm. col diritto euro-unionista: una cascata di richieste ex art. 673 c.p.p., come se quella figura fosse stata abolita o annullata³².

3.8.2. Una seconda macro-eccezione, mai dichiarata e anzi sostanzialmente negata, ma ciò nonostante auto-evidente, riguarda proprio la *case-law* convenzionale, ed è implicita nell’*upgrading* della prima ora: quando la Consulta ha preso ad attribuire alle sentenze della Corte EDU, ossia a un’interpretazione giudiziale (le disposizioni convenzionali “così come interpretate” dalla Corte EDU), l’attitudine a *inficiare leggi* parlamentari e *giustificarne l’espunzione*. Pure qui, all’evidenza, semplici sentenze erano “trattate” come *leges superiores et supervenientes* che “dialogano” con leggi dello Stato e ne determinano la caducazione.

Cosa che, peraltro, conferma che l’ermeneutica della Corte EDU, *anche* nella visione della Consulta, non è affatto *case by case*, individualizzata, “serva del caso concreto”, ma può avere un respiro generalizzante: può contenere, cioè, massime *con valenze generale* e sotto-fattispecie *ripetibili*. In effetti, se quella strasburghese non fosse mai un’ermeneutica generalizzante, se, in altri termini, gli arresti della Corte EDU non trascendessero mai il singolo *case*, allora il diritto «scrittovivente» CEDU *non potrebbe neppure giustificare l’espunzione di regole (primarie) generali e astratte*, appunto perché si occuperebbe solo del “sottostante” livello dei casi-fatto³³.

E qui, ancora una volta, finisce per farne (indirettamente) le spese il giudicato: che va revocato o, comunque, rivisto.

3.8.3. Di più. L’interpretazione-legge delle Alte Corti sovranazionali è una specie di super-legge: perché, oltre ad avere portata generale (oltre a trascendere il caso

³⁰ V. ancora Corte cost., sent. n. 230/2012, cit., § 5, *ivi* con auto-richiami.

³¹ [CGUE, I, 28.4.2011, El Dridi](http://curia.europa.eu), <http://curia.europa.eu>

³² In realtà, si è trattato di un fenomeno di disapplicazione generalizzata e “oltre il giudicato” analogicamente ricondotto alla norma ex art. 673 c.p.p.: sul punto, mi permetto di rinviare ancora a V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 401 ss.

³³ V. VALENTINI, *Case-law convenzionale*, cit., 299 ss. In questo senso, del resto e fra le altre, anche [SS.UU., ord. 19.4.2012, n. 34472, Ercolano](#), in *questa Rivista*, 12.9.2012; [SS.UU., ord. 18.10.2012, n. 41694, Nicosia](#), *ivi*, 28.10.2012; Corte cost., sent. 210/2013, cit.

concreto), ha pure effetti generali (supera anche i confini dello Stato coinvolto dal *case*)³⁴. È una sorta di legge europea, insomma, uno *ius superveniens* obbligatorio-vincolante “ad ampio spettro”; basti solo ricordare la recente declaratoria di costituzionalità del divieto di PMA eterologa³⁵, occasionata, se non proprio direttamente cagionata, da una condanna resa dalla Corte di Strasburgo nei confronti dell’Austria³⁶. L’attitudine delle interpretazioni-leggi a condizionare genesi ed esistenza di leggi italiane, dunque, sussiste *anche* quando l’Italia *non* sia parte della controversia.

Certo, non è detto che la Corte EDU renda in ogni caso interpretazioni generalizzanti; d’altronde, stiamo pur sempre parlando di entità (i diritti umani) che “vivono” in una dimensione storica e contingente³⁷. Quand’anche la Corte EDU non ci regali interpretazioni-leggi, tuttavia, i suoi *dicta* restano comunque *obbligatori* e *auto-applicativi* oltre il giudicato: restano insomma leggi-provvedimento che travolgono (non già atti normativi generali e astratti, ma) singoli casi e *res iudicatae*³⁸.

3.9. Questo il mega-sistema costruito dalla nostra Consulta, dunque: per le Alte Corti nazionali vale la consueta regola del precedente persuasivo, il giudice *does not make law*; le Supreme Corti europee, invece, vengono piazzare al vertice del sistema delle fonti e dell’apparato giurisdizionale domestici.

4. Interferenze funzionali (fra Alte Corti).

4.1. È pensabile (ancora qualche domanda retorica) che precedente persuasivo e giurisprudenza-fonte coabitino in un unico macro-mono-sistema, senza che l’uno

³⁴ G. UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona*, in *CP*, 2010, 2494 ss.

³⁵ [Corte cost., sent. n. 162/2014](#), in [www.cortecostituzionale.it](#).

³⁶ Cfr. [Corte cost., ord. n. 150/2012](#), in [www.giurcost.org](#), con cui la Consulta, sollecitata a scrutinare la (perdurante) legittimità costituzionale *ex art. 117, co. 1, Cost.*, in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, del suddetto divieto, ha rinviato gli atti al giudice *a quo* perché rivalutasse i termini della questione in quanto, *medio tempore*, era intervenuta una sentenza della GC della Corte EDU concernente una controversia austriaca.

³⁷ Che, cioè, per prendere “forme definite” devono essere bilanciate dal giudice: per alcuni esempi di interpretazioni “individualizzate” v. ancora V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia*, cit., 24 ss.

³⁸ È la nota “revisione europea” introdotta da Corte cost., sent. n. 113/2011, cit., con cui l’art. 630 c.p.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire l’apertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo». Trovo perciò piuttosto curiosa da difesa del dogma del giudicato in cui continua a cimentarsi una parte della dottrina (v. ad es., da ultimo, M. TOLOMELLI, *Giudicato penale e lex mitior ex art. 7 CEDU: argomenti a difesa della stabilità della preclusione*, in *CP*, 2014, 2716 ss.): oggi il giudicato “cede” e va rivisto per *molto meno* di una modifica disciplinare come quella *ex art. 2, co. 3, c.p.*; oggi, infatti, si riaprono processi definitivi anche per sanare violazioni *meramente procedurali* (un contro-esame o una contro-prova illegittimamente negati, il mancato riconoscimento del diritto a interloquire sulla rivisitazione *in iure* dell’accusa, etc.).

interferisca con l'altra? Non è forse un po' troppo cibernetico, chimerico, incoerente lo scenario dei "compartimenti stagni" propostoci dalla Consulta? Non era forse prevedibile, insomma, che le Alte Corti interne si sarebbero lasciate tentare dal paradigma del giudice-creatore? Francamente sì: c'era da aspettarselo, che il modello dell'interprete-legislatore iniziasse a serpeggiare pure fra le Alte Corti interne, talvolta sotto mentite e meno impegnative spoglie.

4.2. Quel modello, anzitutto, lo abbracciano sotto meno impegnative insegne le "Sezioni Unite Beschi" nel 2010: da quel momento, pure una nuova interpretazione diventava un nuovo "elemento di diritto" capace di superare lo sbarramento *ex art. 666, co. 2, c.p. e*, di conseguenza, giustificare la riproposizione di un incidente di esecuzione. Attenzione, però (ecco le spoglie posticce): qui un'*overruling* favorevole non era equiparato a una nuova legge abolitiva capace di travolgere *autentici* giudicati, ma era considerato integrare "solo" un nuovo elemento di diritto capace di abbattere *pseudo-giudicati*³⁹.

4.3. Le stesse Sezioni Unite, poi seguite dalla Consulta, però, accolgono *anche nitidamente* quel paradigma, seppur con riguardo all'altro e opposto principio intertemporale: insinuano, cioè, la praticabilità del *prospective overruling*.

4.3.1. Le une (le Sezioni Unite) quando, dopo aver precisato che legittima il superamento della preclusione *ex art. 666 c.p.p.* non già qualsiasi mutamento giurisprudenziale, ma solo le nuove interpretazioni più favorevoli, affermano che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.), quanto l'art. 7 della CEDU, sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli *e della mutata interpretazione più sfavorevole*⁴⁰. E qui, all'evidenza, c'è un'*equiparazione secca* fra legge sopravvenuta sfavorevole e nuova interpretazione sfavorevole, posto che gli artt. 2 c.p. e 25, co. 2, Cost., che da sempre si ritiene governino la successione *fra leggi*, vengono *espressamente estesi* all'interpretazione.

4.3.2. L'altra (la Corte cost.), mentre con una mano nega che un *overruling* favorevole possa travolgere il giudicato, con l'altra sollecita e legittima l'operazione opposta: quella, appunto, che estende divieto di irretroattività ai mutamenti giurisprudenziali peggiorativi in nome della tutela della libertà d'azione⁴¹.

4.4. Ma quel paradigma lo abbraccia "in chiaro" pure il Tribunale di Torino, e proprio con riguardo al principio di retroattività *in mitius*. La Curia piemontese, in particolare, pretende coerenza, vuole uguaglianza: reclama la "parificazione" fra Alte

³⁹ SS.UU., sent. n. 18288/2010, Beschi, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*

⁴⁰ SS.UU., sent. n. 18288/2010, Beschi, cit., § 10.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 230/2012, cit., § 7.

Corti nazionali ed europee, esige che agli *output* delle prime sia accordato lo stesso valore (la stessa efficacia, la stessa validità sostanziale) di quelli delle seconde.

4.5. Solo che, si sa, gli uffici giudiziari sono fatti di persone, e le persone sono diverse: per indole, coraggio e cultura. E così, mentre il dott. Natale segue diligentemente il protocollo ordito dalla Consulta, *non fa da sé*, ma solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p.⁴², la dott.ssa Recchione, *questione di legittimità costituzionale sollevata dal collega ancora pendente*, non ci pensa su tanto ed applica l'art. 673 c.p.p. "europeizzato" a un *overruling* favorevole delle Sezioni Unite⁴³.

4.6. Domande (meno retoriche del solito): la dott.ssa Recchione era legittimata a estendere l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. ai mutamenti interpretativi "senza passare" dalla Consulta? Ancora: il Consiglio di Stato e il TAR Lazio (siamo nel 2010, a tre anni dalle "prime gemelle")⁴⁴, erano legittimati ad applicare il principio di *primauté* al diritto CEDU, potevano cioè cimentarsi in un controllo diffuso di legittimità costituzionale-convenzionale, disapplicando la *inconsistent* disciplina domestica ("usando" l'art. 11.), invece di passare la palla alla Consulta (invece che l'art. 117 Cost.)?

4.7. Ebbene sì, erano tutte operazioni praticabili. I giudici amministrativi *non erano formalmente vincolati* al "protocollo" costruito dalla Corte costituzionale, e il G.i.p. torinese *era formalmente libero* di non attendere l'esito della questione di costituzionalità: che, se rigettata (come poi è stato), non avrebbe invalidato la sua soluzione, non avrebbe cioè precluso e reso "illegittima" una *diversa interpretazione* alla disposizione. Perché? Perché, esattamente come quella delle SS.UU., anche l'interpretazione del Giudice delle leggi, pure autorevolissima e super-persuasiva, *non vincola formalmente nessuno*⁴⁵. La Consulta, infatti, vincola tutti quando espunge o manipola, quando esercita attività para-legislativa, *ma non anche quando attribuisce significati*.

4.7.1. Risultato: abbiamo un sistema a due velocità, in cui le Alte Corti sono giudici-fonte; e questo progetto, questo *judicial law making* "a metà", è il frutto dell'interpretazione della Consulta: che nel 2007 ha cambiato idea, equiparando la *case law* convenzionale a una *legge* sub-costituzionale. Poteva continuare a considerarla di rango primario, proiettarla nell'11 Cost., oppure declassarla a mero argomento. E invece no: ha scelto la "porta" ex art. 117 Cost.

⁴² [Trib. Torino, Sez. III, ord. 27.6.2011](#), in *questa Rivista*, 26.7.2011.

⁴³ [Trib. Torino, sez. GIP, ord. 30.1.2012](#), in *questa Rivista*, 19.10.2012.

⁴⁴ [CdS, Sez. IV, n. 1220/10](#), in [www.personaedanno.it](#); [Tar Lazio, Sez. II-bis, n. 11984/10](#), in [www.federalismi.it](#).

⁴⁵ Se non il giudice a quo, che non può riproporre la *medesima* questione, fondata sui *medesimi* argomenti, nella *medesima* fase di quel *medesimo* giudizio; pacifico, dunque, che sentenze di rigetto e interpretative di rigetto siano *precedents* solo nel senso che una questione identica a quella già proposta sarebbe destinata, salvo (sempre possibili) ripensamenti della medesima Consulta, a essere rigettata: cfr. per tutti R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, 454 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*⁴, Milano, 2008, 236 ss., 276 ss.

4.7.2. Il punto, però, è che la Consulta *propone ma non impone*: questo mono-sistema, e questo potere di “legiferare attraverso sentenze” accordato alla Corte europea, sono l’esito di una proposta interpretativa non vincolante. Ragionando “per fonti”, dunque, questo sarebbe l’epilogo obbligato: il Giudice delle leggi tenta di *persuadere* i giudici comuni a interpretare regole e principi nostrani “alla luce” della normativa convenzionale, ed a sollevare questione di costituzionalità nei casi di conflitto insanabile. Ma non è affatto detto che un giudice comune non preferisca andare oltre quella proposta (applicando direttamente il diritto CEDU), oppure mantenere un profilo più basso, anche molto più basso (declassando il diritto CEDU a mero argomento *ad colorandum*)⁴⁶.

Per quanto il sindacato centralizzato d’illegittimità costituzionale-convenzionale abbia le sue ottime ragioni (*infra*, § 5), dunque, non è escluso che un giudice applichi direttamente una decisione “generalizzante” della Corte EDU *senza sforzarsi di cercare una disposizione da annullare a tutti i costi*. Esattamente quanto è accaduto a molti “cloni” di Scoppola prima che le SS.UU. chiamassero in causa la Consulta: in diverse occasioni, infatti, la Sezione I della Cassazione affermò che il giudice dell’esecuzione *poteva fare da sé*, commutando *direttamente* la pena (da ergastolo a reclusione) in ipotesi “analoghe” a quella del sig. Scoppola, vale a dire applicando *direttamente* la sentenza-legge della Corte EDU⁴⁷. Una via, questa, senz’altro meno tortuosa e più immediata, per “cancellare” la violazione del principio di retroattività favorevole, di quella imboccata dalla “ordinanza Ercolano” (annullare la norma pseudo-interpretativa, in realtà innovativa, che aveva a sua volta “impedito” l’applicazione della *lex mitior*).

5. Il volto della minirivoluzione.

5.1. Sia come sia, resta il fatto che *non* siamo di fronte a una piatta omologazione al sistema di *common law*: si tratta infatti di un *judicial law making* che, prima di essere trapiantato, viene “adattato” e “continentalizzato”, viene *armonizzato alla cultura del costituzionalismo penale continentale*. Il discorso si riannoda alla “ermeneutica sorveglianza” della Consulta e alle sue ottime ragioni⁴⁸.

L’intuizione che il dialogo con Strasburgo dovesse essere sorvegliato con particolare scrupolo, in effetti, *c’era già all’inizio*, posto che *già le prime gemelle* del 2007 “allargavano” i controlimiti e introducevano il criterio massimo-standardista⁴⁹. Poi la Consulta, con una straordinaria sentenza del 2009, introdusse un *ulteriore* limite-cautela, riservandosi il

⁴⁶ Sul punto, mi permetto di rinviare ancora a V. VALENTINI, *Case-law convenzionale*, cit., 313 ss.

⁴⁷ In argomento, v. G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, 261 ss., ivi anche per gli accurati richiami giurisprudenziali.

⁴⁸ Critica l’atteggiamento “diffidente” della Consulta, invece, F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *questa Rivista*, 14.7.2014.

⁴⁹ Esigevano cioè che la normativa CEDU, per poter orientare l’interpretazione e inficiare leggi, doveva essere compatibile con *tutti* i principi costituzionali e assicurare un *plus* di tutela rispetto a quello garantito dal sistema interno.

potere di *rivedere* il bilanciamento operato dalla Corte EDU, di *sindacarne l'interpretazione*⁵⁰: nello stesso «concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso [...] il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali»⁵¹. Si apre a una combinazione virtuosa *multievel* finalizzata alla massima espansione delle garanzie basiche, dunque, ma la si controlla con un insormontabile anticorpo: il *veto* della Consulta in punto di *limiti della tutela-espansione* dei diritti basici⁵².

5.2. Dicevamo: “continentalizzazione” prima del “trapianto”.

5.2.1. E così, anzitutto, l'interpretazione della Corte EDU non diventa legge sub-costituzionale se non è “generalizzante” e se non supera la fitta serie di “prove d'ingresso” di cui sopra: il *judicial law making*, cioè, funziona solo a certe condizioni date e verificate dalla Consulta.

5.2.2. Inoltre, e soprattutto, il giudice sovranazionale assurge a fonte vincolante solo se, e solo quando, intensifichi le *garanzie individuali* e amplifichi gli spazi di libertà *di accusati e condannati*: e questo vale *sia* per la Corte EDU, *sia* per la CGUE, i cui arresti sono equiparati a “leggi sopravvenute” solo se riducono l'area della penalità.

5.2.3. Come dire: tiene la riserva di legge (resiste il monopolio parlamentare sulle scelte di criminalizzazione e/o maggiore criminalizzazione) *a dispetto* della fluidificazione della separazione dei poteri (nonostante l'innesto del paradigma della giurisprudenza-fonte). E questo, all'evidenza, è uno scenario un po' paradossale, contro “la fisica dei principi”: conserviamo un canone settoriale e intra-penalistico ma, al contempo, ne sacrificiamo uno istituzionale e basico.

5.3. S'è dunque trattato, per lo meno finora, di una minirivoluzione dal volto buono. Ma non perché è buona la *case-law* convenzionale: la Corte EDU, infatti, è *anche* inquisizione, obblighi positivi di criminalizzazione e punizione, cultura del “ghiaccio sottile”, ermeneutica della sicurezza-prevenzione generale, imprevedibile dogmatica del bilanciamento, etc.⁵³. Questa “mezza rivoluzione”, infatti, conserva un volto buono grazie al sapiente *triage* della Corte costituzionale: che seleziona e “lascia entrare” solo

⁵⁰ Così, condivisibilmente, S. FOÀ, *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla CEDU: il parametro di legittimità «conteso» tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Famm CDS*, 2011, 2247 ss.

⁵¹ Corte cost., sent. n. 317/2009, cit., § 7.

⁵² Del resto, stiamo pur sempre parlando di un interprete che considera la ragionevole durata del processo un “obbligo procedurale” funzionale alla sollecita soddisfazione del “bisogno di punizione” delle vittime da reato: [A. COLELLA, La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita \(art. 2 CEDU\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2011, 197 ss.

⁵³ Sul punto, volendo, V. VALENTINI, *European Criminal Justice and Continental Criminal Law - A Critical Overview*, in *EuCLR*, 2/2011, 188 ss.

ciò che calza sul nostro modo d'intendere la giustizia penale, scartando tutto il resto.

6. Una tentazione irresistibile.

6.1. L'idea del giudice-legislatore, la tendenza a sdrammatizzare il principio di separazione dei poteri ed a divorare pezzi del monopolio parlamentare sulla materia penale, ha finito per tentare e pervadere anche la stessa Consulta: che, pur non auto-attribuendosi interpretazioni formalmente vincolanti, ha preso a concedersi *inedite invasioni di campo*. Non è un giudizio critico, è una fotografia.

6.2. L'abbiamo visto, fra l'altro, con la recentissima sentenza in materia di stupefacenti⁵⁴, che, come è sacrosanto che sia, è stata studiata-valORIZZATA soprattutto sotto altri e "più concreti" profili⁵⁵.

6.3. Dice la Consulta: la declaratoria d'incostituzionalità di una norma abrogativa implica la reviviscenza della normativa abrogata, quand'anche quest'ultima sia più sfavorevole: proprio come la disciplina "Vassalli-Jervolino", per certi versi più favorevole (es. trattamento differenziato fra droghe pesanti leggere), *ma per altri più sfavorevole* (es. cade il lavoro di pubblica utilità per il responsabile di un "quinto comma"; cade quindi pure il 5-ter, che estendeva quella sanzione anche a reati diversi, purché commessi "in connessione" con uno stato di tossicodipendenza; scompare la causa di non punibilità dell'uso personale di droghe) rispetto alla normativa "Fini Giovanardi".

6.3.1. E si faccia attenzione: si tratta di uno scenario *niente affatto analogo* a quello ingenerato dall'annullamento, per eccesso di delega *ex art. 76 Cost.*, delle norme che avevano abrogato il reato di "associazione paramilitare"⁵⁶: in quel caso, infatti, *era stato il Governo* a eliminare la figura (che, appunto, tornava a rivivere)⁵⁷; qui, invece, era stato il Parlamento, *il titolare del monopolio*, a manipolare-abrogare la vecchia (e rediviva)

⁵⁴ [Corte cost., sent. n. 32/2014](#), in [www.cortecostituzionale.it](#).

⁵⁵ A cominciare da quelli intertemporali: cfr. ad es., fra i primi commenti "a caldo", [A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.](#), in questa Rivista, 27.2.1014; [V. MANES, L. ROMANO, L'illegittimità costituzionale della legge cd. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, 215 ss.; [F. VIGANÒ, Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta \(e nuovi guai si profilano all'orizzonte...\)](#), in questa Rivista, 24.3.2014. Sugli effetti diacronici della sentenza della Consulta, peraltro, sono state di recente chiamate a pronunciarsi anche le Sezioni unite: [A. DELLA BELLA, Alle Sezioni Unite la questione della rilevanza penale dei fatti concernenti sostanze stupefacenti inserite nelle tabelle dopo la legge Fini-Giovanardi \(e prima del d.l. 36/2014\)](#), in questa Rivista, 25.11.2014.

⁵⁶ [Corte cost., sent. n. 5/2014](#), in [www.giurcost.org](#).

⁵⁷ Il Governo, insomma, *aveva violato* la riserva di legge; chiaro quindi che la Consulta, giustiziando la norma abrogativa, rimediava a quel *vulnus*, ossia (non invadeva ma) *ribadiva* il monopolio parlamentare sulle scelte di criminalizzazione: [M. GAMBARDELLA, Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione](#), in *CP*, 2010, 3727 ss.

disciplina.

6.4. La Consulta, più in particolare, finisce per equiparare due fenomeni *decisamente diversi*: la *reviviscenza* di una più sfavorevole e *previgente* disciplina, conseguente all'ablazione delle norme abrogative dettate, ripetiamolo, dal legislatore, e la *riespansione* di una più sfavorevole e *compresente* disciplina generale in conseguenza dell'espunzione di una disciplina speciale: *facendo ciò che, ancora nel 2006 a proposito dei "falsi elettorali", aveva assicurato mai avrebbe fatto*.

In quell'occasione, infatti, nell'affermare che, giustiziando compresenti e più favorevoli norme speciali, «la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva», posto che «l'effetto *in malam partem* [...] rappresenta [...] una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale [...], dettata dallo stesso legislatore [...] una reazione naturale dell'ordinamento», la Consulta aveva cura di *ribadire molto chiaramente* ciò che mai si sarebbe concessa: l'introduzione di nuove norme, la manipolazione di norme esistenti, e il *ripristino di norme abrogate*; operazione, quest'ultima, «senz'altro preclusa [...] in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte»⁵⁸.

6.5. Certo, già con la sentenza sui "falsi elettorali" l'allarme era rosso, ma lì, tutto sommato, il giochino poteva ancora reggere, proprio perché c'era *sincronia* fra la più sfavorevole incriminazione generale e la più mite figura speciale: espungendo quest'ultima, i fatti di falso elettorale venivano "automaticamente" riabbracciati dalla norma generale, ossia ricondotti a una opzione punitiva "di fondo" che il Parlamento *non aveva mai sconfessato*. La disposizione più generale e comprensiva, insomma, c'era ancora: il legislatore *non aveva mai falsificato* il giudizio di meritevolezza e bisogno di pena per quelle condotte di falso "omogenee"⁵⁹.

6.6. Insomma, è sempre stato pacifico che l'intervento ablativo del Giudice costituzionale fosse precluso *nei casi di diacronia*, quando ci sono, cioè, diverse discipline punitive di fattura parlamentare che si avvicendano-sostituiscono l'un l'altra: proprio perché il legislatore, eliminando il "vecchio" e introducendo il "nuovo", esprime una *nuova* valutazione politico-criminale *sconfessando la vecchia*.

6.7. Ebbene, è proprio questo l'auto-limite che la Corte costituzionale supera con la sentenza sulle droghe, con ciò rosicando un'altra grossa fetta di riserva di legge; e lo fa, peraltro, non solo provando – senza successo – a convincerci di essersi attenuta

⁵⁸ [Corte cost., sent. 394/2006](#), in www.giurcost.org, § 6.1.

⁵⁹ Certo, è innegabile che la Corte costituzionale *faceva politica criminale*, in quanto il legislatore esprime un giudizio di bisogno di (minor) pena anche isolando classi di fatti e sottoponendoli a un trattamento più mite: cfr. le convincenti osservazioni di F. GIUNTA, *Relazione*, in L. ZILLETTI, F. OLIVA (cur.), *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, 13 ss. Tuttavia, si trattava di un'invasione più garbata: "formalmente", la riserva di legge era fatta salva.

alla “dottrina dei falsi elettorali”⁶⁰, ma condendo il tutto con un inquietante *obiter dictum*: precisando cioè che, se così non fosse (se la vecchia disciplina non “rivivesse”), si creerebbe un vuoto punitivo e resterebbero impuniti fatti per i quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione⁶¹.

6.7.1. Ma cosa significa? Significa che il legislatore è obbligato a punire secondo i *desiderata* euro-unionisti, e che, se non punisce, oppure commina sanzioni “non adeguate”, la Consulta interverrà, giustizierà e “ripristinerà”? E’ forse un’evocazione dello “schema di giustiziabilità” per inadempimento statale sopravvenuto degli obblighi di punizione-efficace punizione UE?⁶² Vuol dire che la Corte costituzionale, d’ora in avanti, è pronta a concedersi ciò che la CGUE non s’è mai azzardata a fare, supplendo a inazioni e indulgenzialismi del legislatore nazionale?

6.8. Il *nullum crimen sine lege*, dunque, subisce un altro duro colpo; e, si faccia attenzione, non soccombe di fronte a principi penalistici che incarnano diritti fondamentali (come la libertà d’azione sottesa a colpevolezza e irretroattività), ma viene schiacciato dalla combinazione fra un vizio procedurale “interno” (che giustifica la parziale espunzione della “Fini-Giovanardi”: art. 77 Cost.) e un potenziale vizio sostanziale di derivazione sovranazionale (che, a sua volta, implica la reviviscenza della normativa abrogata: artt. 11, 117 Cost.)⁶³.

6.9. Certo resta un dato – dal mio personalissimo punto di vista – confortante: che, come mi fa giustamente notare Simone Pajno, la pronuncia della Consulta è vincolante nel suo dispositivo (espunzione degli artt. 4-bis e 4-vicies ter della legge “Fini-Giovanardi”), *ma non anche nella sua motivazione* (dove, appunto, si afferma la reviviscenza della vecchia e, per molti versi, più sfavorevole disciplina). *Il giudice comune, insomma, resta formalmente libero di non aderire alla proposta interpretativa della Consulta e, perciò, di non riesumare la legge “Vassalli-Jervolino”.*

⁶⁰ «È bene ribadire che [...] sin dalla sentenza n. 148 del 1983, si è ritenuto che gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione della Corte non precludono l’esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all’art. 25 Cost.) di “configurare nuove norme penali” (sentenza n. 394 del 2006), siano esse incriminatrici o sanzionatorie, eventualità questa che *non rileva nel presente giudizio*, dal momento che la decisione della Corte *non fa altro che rimuovere gli ostacoli all’applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore*»: Corte cost., sent. n. 32/2014, cit., § 6 [corsivi aggiunti].

⁶¹ Corte cost., sent. n. 32/2014, cit., § 5.

⁶² Teorizza e declina tale “schema” V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 106 ss.

⁶³ Vero è, infatti, che giudizio di conformità-diffornità fra legge interna ed europea non si esaurisce in un *test* di validità formale-procedurale, ma finisce per coinvolgere profili limpidamente sostanziali: così V. MANES, L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale*, cit., 224 ss.

7. Sensazioni.

I miei strumenti intellettuali e culturali mi consentono solamente di proporre qualche fotografia: sempre sperando che l'immagine non esca troppo sfocata. Mi è difficile tirare conclusioni, anche solo provvisorie, trattandosi di un quadro in continuo e velocissimo movimento. E meno che mai formulare previsioni. Al massimo, sono in grado di esprimere qualche sensazione. Ora, la mia sensazione è che può succedere tutto e il contrario di tutto: siamo di fronte a un mutamento giuridico-culturale epocale (del ruolo giocato del giudice, "del sistema"), ma *non è ancora detto* che dovranno essere riscritti i capitoli sulla legalità e sull'interpretazione; anzi, la speranza è che quei capitoli vengano *arricchiti*, proprio perché l'Europa, se debitamente sorvegliata-filtrata, è in grado di *arricchire* l'identità genetica dei principi basici della giustizia penale continentale⁶⁴, non solo di storpiarla.

8. Uno scenario sinistro.

8.1. Se poi si vorrà spalancare l'uscio al diritto sovranazionale, ed affidarsi apertamente alle mani del giudice⁶⁵; se, cioè, vorremo un sistema di giustizia penale meno formale e meno democratico, dobbiamo essere pronti a pagarne il prezzo.

8.2. Il costo dell'abbandono del principio di legalità formale ce lo insegna drammaticamente la storia, e ce lo insegna pure la vicinissima Gran Bretagna, dove vige, come noto, un *imprevedibile* sistema di giustizia penale: apertamente analogico (*distinguishing*), disinvoltamente retroattivo (*overruling*), e dichiaratamente neo-giusnaturalistico (*thin ice principle*)⁶⁶. Quello d'oltremania, dunque, è un sistema penale in cui la è *la giustizia a controllare, correggere e divorare il diritto*.

8.3. Che, poi, è quello che accade anche quando, in occasione del passaggio da regimi totalitari a ordinamenti democratici, si utilizza il diritto penale per "regolare i

⁶⁴ Occasionando l'estensione del "raggio di copertura" del divieto di retroattività sfavorevole (es. *prospective overruling*, irretroattività di misure sostanzialmente penali come la confisca per equivalente); determinando l'applicazione principio di retroattività *in mitius* alle norme processuali "con effetti sostanziali" (es. rito abbreviato, patteggiamento, disciplina dell'esecuzione penale); sollecitandoci a prendere sul serio la regola del *ne bis in idem* (es. le draconiane sanzioni amministrative pecuniarie in tema di abusi di mercato, ma pure applicazioni troppo disinvolute della disciplina del concorso formale di reati), e via discorrendo.

⁶⁵ Perché, piaccia o non piaccia, di fatto è sempre stato così. Nessuna disposizione, neppure la più precisa, chiara e dettagliata pensabile, è mai stata in grado di "inchiodare" l'interprete: cfr. ad es. l'emblematica vicenda della legislazione penale retroattiva *post-fascista* descritta da A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, in AA.V.V., *Dieci anni dopo (1945-1955). Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, 1955, 317 ss., il quale ricostruisce meticolosamente il percorso che condusse la giurisprudenza dell'epoca a neutralizzare quella legislazione.

⁶⁶ Su questi aspetti, rinvierei ancora a V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 159 ss.

conti col passato”⁶⁷. Vero è, però, che, nell’eccezionale scenario della giustizia transizionale, ci possiamo concedere il lusso di ricorrere a formule di Radbruch, principi superiori di natura, imperativi di giustizia, e *slogans* simili. In quel contesto, infatti, ci sono amici e nemici, c’è un antisistema da cancellare, c’è un “campo separato” in cui possiamo permetterci di giocare *unfairly* adducendo opportunistiche giustificazioni storico-identitarie: dicendo e dicendoci, cioè, che colpire “loro” significa anche affermare “noi”⁶⁸. *In quel contesto eccezionale*, insomma, c’è un una giustizia penale anormale che colpisce “loro”, ma non anche “noi”.

8.4. Viceversa, in condizioni di normalità e democrazia deve succedere l’esatto contrario: *deve essere il formalismo del diritto a controllare le istanze di giustizia sostanziale*, a scongiurare pene “giuste” ma imprevedibili, a imbrigliare i giudici “di scopo”, ad atrofizzare la cultura vittimo-centrica del “ghiaccio sottile”. Proprio perché, nella normalità dello Stato di diritto, la dicotomia noi/loro *non funziona più*: tutti siamo esposti allo stesso sistema penale, e quindi tutti ne possiamo rimanere “vittime”.

8.5. Ma la primazia del diritto sulla giustizia, a bene riflettere, non riposa solamente su ragioni di calcolo opportunistico, ma anche e soprattutto... sulla giustizia stessa; non è un gioco di parole, è l’eredità etica e culturale più preziosa della svolta illuminista: l’idea che la “nuda giustizia” produce ingiustizia, o, comunque, più ingiustizie che giustizia⁶⁹.

8.6. *Cosa c’è di più ingiusto, infatti, di una punizione imprevedibile?*

8.7. Perciò, quando sento dire che sarebbe bene includere fra i materiali didattici testi in cui si assolvono i Robin Hood e si condannano a pene esemplari le Crudelie Demon⁷⁰, non posso che essere in forte disaccordo: perché, per ogni ladro-filantropo *giustamente* assolto c’è un Brontolo imprevedibilmente e quindi *ingiustamente* punito, e una fattucchiera *ingiustamente* strumentalizzata per finalità di *deterrence*.

⁶⁷ Sulle esperienze di *Transitional Justice* e, in particolare, sulla “Bewältigung der Vergangenheit durch Strafrecht” (“gestione del passato attraverso il diritto penale”) esiste una letteratura sterminata; a chi desiderasse farsi una prima idea, suggerirei di iniziare da A. ESER, J. ARNOLD (cur.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionprozesse*, S 82.1, Freiburg i Br., 2000.

⁶⁸ Così ad es., fra gli altri, R. G. TEITEL, *Transitional justice*, Oxford, 2000, 28 ss.; C. VARGA, *Transition to rule of law*, Budapest, 1995, 122 s., 140 ss.

⁶⁹ In questo senso, peraltro, anche le recenti considerazioni della Sostituto Procuratore generale presso la Corte di Cassazione nel “processo Eternit”: [F. IACOVIELLO, Schema della requisitoria pronunciata avanti alla Sezione I penale della Corte di cassazione nel processo Eternit – 19 novembre 2014](#), in questa Rivista, 21.11.2014.

⁷⁰ Mi riferisco al volume, peraltro assai gradevole, di E. BERETTA, *Favole alla sbarra. Processo ai buoni e ai cattivi dei cartoni animati*, Roma, 2014.