DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

CORTE EDU E CORTE COSTITUZIONALE TRA OPERAZIONI DI BILANCIAMENTO E PRECEDENTE VINCOLANTE. SPUNTI TEORICO-GENERALI E RICADUTE PENALISTICHE

Parte seconda: Il bilanciamento ad hoc (o caso per caso): alcune esemplificazioni giurisprudenziali

di Alessandro Tesauro

Abstract. *Questo articolo è suddiviso in tre parti e si occupa delle interazioni complesse che si instaurano tra bilanciamenti di competenza della Corte edu e bilanciamenti di competenza della Corte costituzionale sul terreno dei conflitti tra diritti convenzionali e interessi costituzionalmente rilevanti tutelati dal sistema penale nazionale.*

La prima parte dell'articolo si concentra su un primo possibile modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa del giudice sovranazionale, e cioè il bilanciamento ad hoc (o "caso per caso"); e arriva alla conclusione per cui, in questa prima famiglia di strategie decisionali, la Corte europea, rompendo la c.d. "connessione necessaria diritti/interessi", quel che in realtà fa è decidere casi concreti mediante gerarchie astratte che affermano il primato unilaterale del bene convenzionale sul bene giuridico protetto dal legislatore statale. Il che avviene senza alcuna predeterminazione di regole generali e astratte di bilanciamento pensate in rapporto al caso generico e avvalendosi della direttiva interpretativa del "peso sproporzionato".

Nella seconda parte dell'articolo si forniscono alcune esemplificazioni giurisprudenziali a dimostrazione dell'assunto, selezionandole tra quelle che più hanno occupato il dibattito penalistico nostrano sul tema.

La terza parte dell'articolo si concentra infine sulle ipotesi in cui effettivamente la Corte europea formula standard generali e astratti di risoluzione del conflitto tra i beni convenzionali e costituzionali in gioco mettendo però in luce il dato di fondo per cui di solito lo fa esclusivamente in base alle caratteristiche specifiche del caso da decidere; e si avanza la tesi per cui, per produrre effetti vincolanti nei confronti delle giurisprudenze costituzionali nazionali, il bilanciamento di matrice europea o deve mettere a disposizione ex ante regole di collisione create in anticipo e al massimo livello possibile di generalità nel contesto di un'unica decisione o deve pervenire allo stesso risultato secondo la logica del precedente giudiziario. ossia in base a processi di accumulazione casistica e a giudizi di similarità/differenza ripetuti nel tempo.

SOMMARIO: 1. Una verifica sul campo: la Corte costituzionale e il caso Scoppola. – 1.1. La retroattività *in mitius* come super-diritto non bilanciabile? – 1.2. (segue) Il diritto generale alla retroattività *in mitius* come «diritto-ragione». – 2. Una ricostruzione in chiave minimalista dell'inviolabilità dei diritti convenzionali. – 3. Tre variazioni sul tema: i casi Contrada, De Tommaso e Dieudonné. – 4. Le scelte unilaterali di tutela del giudice sovranazionale nell'età del bilanciamento: tra "controlimiti" e "massima espansione delle garanzie". – 5. Una commensurabilità strumentale?

(cc) BY-NC-ND 2010-2019 Diritto Penale Contemporaneo

1. Una verifica sul campo: la Corte costituzionale e il caso Scoppola.

Nella prima parte di questo lavoro ci siamo sforzati di mettere in luce quali potrebbero essere le caratteristiche salienti attribuibili al bilanciamento *ad hoc* frequentemente messo in campo dal giudice europeo dei diritti umani.

In questa seconda parte del lavoro tenteremo una verifica, sul terreno dell'esperienza giurisprudenziale concreta, delle conclusioni cui siamo pervenuti, condotta alla luce di una casistica familiare al dibattito penalistico nostrano.

In questa prospettiva di indagine, un valore esemplificativo di questo primo modello di bilanciamento diffuso nella prassi applicativa del giudice sovranazionale lo possono probabilmente assumere le note vicende che hanno interessato i rapporti tra retroattività *in bonam partem* della legge penale e una disposizione della c.d. legge ex Cirielli (l'art. 10 co. 3 della legge n. 251/2005) con cui si era stabilito che i termini di prescrizione del reato previsti da tale provvedimento legislativo, se più brevi di quelli prima in vigore, non si dovessero applicare ai processi già pendenti in grado di appello o di cassazione[1]. Una disposizione, quella appena richiamata, la cui legittimità costituzionale, già convalidata dalla sentenza n. 72/2008 in relazione al parametro interno dell'art. 3 Cost., era stata successivamente messa di nuovo in discussione in relazione agli artt. 117 co. 1 Cost. e 7 § 1 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola c. Italia del 17 settembre 2009.

Nel ripercorrere per sommi capi l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, va ricordato che la Corte costituzionale aveva avuto occasione di affrontare la questione del fondamento costituzionale del principio di retroattività della norma penale più favorevole, e della sua eventuale derogabilità a seguito di bilanciamento con altri controinteressi di pari rango, già con la sentenza n. 393 del 2006, e – sulla scorta di un costante orientamento della dottrina penalistica italiana – ne aveva confermato il tradizionale inquadramento nell'orbita del principio di ragionevolezza-uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. riservatogli dalla giurisprudenza costituzionale italiana[2].

---

[1] In generale, sul principio e le regole della retroattività *in mitius*, ricostruiti nella loro "versione" continentale ed europeo-convenzionale cfr. V. VALENTINI 2012.

[2] «La regola della retroattività della *lex mitior*, pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., non è priva di un fondamento costituzionale» (sentenza n. 215 del 2008). Questo fondamento è stato individuato nel «principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006). Non sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve). Per il principio di eguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, l'*abolitio criminis*, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa (sentenze n. 215 del 2008, n. 394 e n. , n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978 e n. 164 del 1974). Il principio di

Più in particolare, con questa sentenza, i giudici costituzionali avevano affermato che eventuali deroghe a tale principio sono da considerare legittime «solo in favore di interessi di analogo rilievo (quali, a titolo esemplificativo, quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo) [...]. Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole».

Sulla base di tale più esigente e impegnativo *test* di verifica, la Corte, in questa circostanza, aveva concluso nel senso dell'illegittimità costituzionale dello stesso articolo 10 co. 3 della legge ex Cirielli nella parte in cui derogava all'applicabilità dei sopravvenuti e più favorevoli termini di prescrizione rispetto ai processi *in corso di svolgimento in primo grado per i quali fosse già stato dichiarato aperto il dibattimento*: una fase processuale che la Corte ha reputato come scarsamente significativa sotto il profilo della riscontrabile presenza di una idonea *ratio distinguendi* in grado di superare indenne lo scrutinio positivo di ragionevolezza.

Ad esiti opposti aveva invece condotto l'adozione del medesimo tipo di scrutinio nella successiva sentenza n. 72 del 2008, avente ad oggetto la stessa disposizione, questa volta però nella parte in cui escludeva dall'operatività dei termini di prescrizione più favorevoli da essa introdotti i procedimenti *già pendenti in grado di appello o di cassazione*: qui la deroga al principio di retroattività della norma penale più favorevole veniva reputata dalla Corte idonea a superare indenne il vaglio positivo di ragionevolezza, in considerazione dell'interesse «ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute» nei precedenti gradi di giudizio, e così a tutelare «interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale)»[3].

Come dicevamo, l'emanazione da parte della Grande Camera della Corte Edu della sentenza *Scoppola c. Italia* aveva offerto ai giudici interni l'occasione propizia per prospettare la questione di costituzionalità nei rinnovati termini di un ipotizzato contrasto della disposizione in questione con il combinato disposto degli artt. 117 Cost. e 7 Cedu[4]: secondo l'impostazione dei remittenti, la deroga alla retroattività delle

---

eguaglianza costituisce, però, come è stato chiarito da questa Corte, non solo il fondamento, ma anche il limite dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior*. Mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, costituisce un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività *in mitius* è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo (*ex multis:* sentenze n. 215 del 2008, n. 394 del 2006, n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978).

[3] C. cost. n. 72/2008, con nota adesiva di D. PULITANÒ 2008, 946 ss.

[4] Corte edu, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia (n. 2), «l'art. 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Principio che si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori

disposizioni più favorevoli in materia di prescrizione avrebbe dovuto essere considerata incostituzionale, non già nei più ristretti limiti di un ravvisato contrasto con il principio di ragionevolezza-eguaglianza ex art. 3 Cost. (sia pure da intendere secondo le più pretenziose coordinate prescritte dalla sentenza n. 393 del 2006); bensì in quanto contraria all'obbligo internazionale gravante sullo Stato italiano di rispettare l'art. 7 CEDU, così come autoritativamente interpretato dalla Corte di Strasburgo, vista come giudice *ultimo* dei diritti fondamentali.

Un protocollo di giudizio, quello prospettato questa volta dai giudici *a quo*, che, nel chiudere già in premessa ogni possibile spazio ai controlli di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo degli interessi a disposizione della Corte costituzionale, parrebbe – quanto meno implicitamente – propenso a concepire il diritto convenzionale all'applicazione retroattiva della norma più favorevole come una strana entità *auto-conclusiva*, da sola capace di svelare, *per intero* e *in anticipo*, le sue possibilità applicative: un diritto con contenuti che si suppongono già stabilmente e interamente individuati in partenza, in quanto tale in grado di promuovere una sua applicazione secca in sede di successivo giudizio di costituzionalità.

La Corte costituzionale però – chiamata a pronunciarsi, con la sentenza n. 236 del 2011, sulla compatibilità costituzionale delle limitazioni legislative al principio convenzionale della retroattività della norma penale più favorevole – dichiara non fondata nel merito la questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo esame ed esclude che il principio di retroattività *in bonam partem* della legge penale sia stato innalzato dalla sentenza Scoppola al livello di principio categorico non passibile di deroghe o eccezioni[5].

Il giudice delle leggi comincia innanzitutto col premettere che la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola «ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio

---

adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato». Su tale sentenza cfr., fra i tanti, M. GAMBARDELLA, 2010, 2020 ss.; e, in senso critico, C. PECORELLA, 2010, 397 ss. Critiche sull'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 7 CEDU operato dalla maggioranza sono, del resto, anche le opinioni dissenzienti a corredo della sentenza, le quali sottolineano l'arbitrarietà dell'operazione interpretativa effettuata dalla Corte, in assenza di dati testuali a supporto (e senza neanche preoccuparsi di identificare con un idoneo apparato argomentativo la *ratio* sostanziale retrostante al nuovo diritto fondamentale 'scoperto' dalla maggioranza).

[5] Così la stessa Corte riassume il *thema decidendum* su cui è chiamata a pronunciarsi: «Rimane, però, da stabilire se il riconoscimento, da parte della giurisprudenza europea, del principio di retroattività della norma più favorevole e la sua iscrizione tra le garanzie sancite dalla citata norma convenzionale, oltre a fargli acquistare autonomia, ne abbia mutato natura e caratteristiche, se cioè esso sia assoluto e inderogabile come il principio di non retroattività delle norme penali di sfavore, ovvero se la sua diversità rispetto alla garanzia fondamentale che questo rappresenta renda possibile, in presenza di particolari ragioni giustificative, l'applicabilità della disposizione meno favorevole che era in vigore quando il reato è stato commesso, o comunque l'introduzione di limiti alla regola della retroattività *in mitius*».

affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio».

Fatta questa premessa metodologica di fondo, la Corte passa ad osservare che, in realtà, il giudice sovranazionale «nulla ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività *in mitius* subisca deroghe o limitazioni: è un aspetto che non ha considerato, e che non aveva ragione di considerare, date le caratteristiche del caso oggetto della sua decisione»: che infatti – come vedremo appresso – toccava in realtà il *nucleo minimo intangibile del diritto*, quello che racchiude il senso stesso della sua inviolabilità.

E per rafforzare la posizione assunta, il giudice costituzionale mette in rilievo come, del resto, sia lo stesso giudice europeo a mostrare di non concepire il diritto in questione come un "assoluto non bilanciabile" ma, al contrario, come un principio aperto a possibili forme di ponderazione comparativa con l'insieme dei controinteressi rivali, da consegnare in prima battuta al legislatore ordinario: riferendosi testualmente alle «leggi posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva», la Corte europea riconosce infatti espressamente almeno il limite del giudicato, lo stesso che trova alloggio all'interno dell'art. 2, quarto comma c.p. dove, in caso di successione modificativa, la parità di trattamento fra i condannati per una medesima violazione con un disvalore diversamente valutato a livello sanzionatorio è legislativamente reputato come un interesse recessivo rispetto alla salvaguardia di esigenze di certezza, definitività ed economicità degli accertamenti giudiziari.

Infine, sul presupposto epistemologico che le sentenze costituiscono a loro volta oggetto di interpretazione, la pronuncia si impegna in un'esegesi testuale del diritto giurisprudenziale europeo e schiera un argomento di tipo "letteralista": «la sentenza Scoppola, anche se in modo non inequivoco, induce a ritenere che il principio di retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato dalla Corte europea all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni. Si legge infatti nella sentenza che "infliggere una pena più severa *solo* perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo" e che "ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive". Ma, se la retroattività non può essere esclusa "solo" perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti».

La conclusione cui la Corte costituzionale perviene è dunque che «il riconoscimento da parte della Corte europea del principio di retroattività *in mitius* (…) non abbia escluso la possibilità di introdurre deroghe o limitazioni alla sua operatività, quando siano sorrette da una valida giustificazione».

E la presenza di una idonea *ratio distinguendi* a sostegno della limitazione legislativa al principio la Corte la rintraccia nelle diverse caratteristiche definitorie del caso tipologico candidato a essere eccettuato dal potenziale raggio di azione della retroattività *in mitius.*

La razionalità dei bilanciamenti condensati nelle valutazioni di uguaglianza-ragionevolezza, infatti, presuppone sempre un giudizio di somiglianza/differenza tra casi generici, siano essi tipizzati a livello legislativo o giudiziario. E ciò in conformità al canone di giudizio per cui «una teoria del bilanciamento non può, pena l'irrazionalità, abbandonare il requisito della sopravvenienza delle proprietà normative e assiologiche. Se giudico diversamente tra il caso *C1* e il caso *C2*, deve esserci una proprietà appartenente a *C1* e non a *C2*, o viceversa, che spiega e giustifica questo diverso trattamento. I casi sottoposti a decisione sono sempre, in questo senso casi generici (a meno che la decisione non sia priva di ragioni)»[6].

Che poi questo giudizio sia ricostruito come un giudizio di tipo prevalentemente prescrittivo piuttosto che descrittivo è un discorso che porterebbe troppo lontano[7]. Qui basti rilevare che la Corte mostra una consapevolezza quantomeno implicita dei termini essenziali della questione quando afferma che «il principio di retroattività della *lex mitior* presuppone un'omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo, posto che, come è stato chiarito da questa Corte, il principio di eguaglianza, così come ne costituisce un fondamento, può rappresentare anche il limite dell'applicabilità retroattiva della legge penale più favorevole». Premessa concettuale da cui, nel caso specifico, si ricava la conseguenza che «pure la norma censurata, nell'escludere l'applicazione retroattiva dei nuovi termini di prescrizione, se più favorevoli al reo, ai processi già pendenti in grado di appello e avanti alla Corte di cassazione, fa riferimento a due contesti processuali diversi: quello dei processi pendenti in primo grado, ove non è ancora stata pronunciata una sentenza, che, mediante una riorganizzazione dei tempi e delle attività processuali, sono suscettibili di essere definiti prima che decorra il nuovo e più breve termine di prescrizione; quello dei processi pendenti in appello, o avanti alla Corte di cassazione, in cui ciò è meno agevole o addirittura non è più possibile, con la conseguenza che il giudice in seguito all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 dovrebbe dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione». Una soluzione espressamente finalizzata a mettere "in

---

[6] Così lucidamente B. CELANO 2013, 142.

[7] In ambito etico-politico e giuridico-costituzionale, infatti, ogni giudizio di uguaglianza presuppone la scelta a monte di una regola valutativa di decisione che *instaura* o *istituisce* una relazione di somiglianza o di diversità rilevante, *prescrivendo* di assumere come decisive certe caratteristiche o proprietà. Ciò spiega come mai, sul versante della teoria del ragionamento giuridico e morale, l'invito a trattare casi uguali in modo uguale e casi diversi in modo diverso sia oggi generalmente considerato un appello sostanzialmente tautologico, un'idea tutt'al più dotata di mero potenziale retorico-evocativo, se non proprio «una forma vuota, che non presenta in proprio alcun contenuto sostanziale»: così P. WESTEN 1982, 537 ss. che mette bene in luce la necessaria dipendenza dei giudizi di uguaglianza da una «regola prescrittiva di trattamento» capace di identificare tratti di somiglianza o diversità rilevante tra i casi a raffronto. In proposito v. anche L. GIANFORMAGGIO 2008, 240 ss. Sui due principali modi d'uso del concetto di uguaglianza, quello "descrittivo" e quello "valutativo-prescrittivo", v. sempre L. GIANFORMAGGIO 1995, 139 ss. e A. SCHIAVELLO 2000, 65 ss.

equilibrio riflessivo" retroattività *in bonam* e quello che la Corte stessa ribattezza come il «principio di effettività del diritto penale».

1.1. La retroattività in mitius *come super-diritto non bilanciabile?*

Ora, che la Corte costituzionale sia pervenuta «al *medesimo* risultato cui era pervenuta prima sulla base del parametro di cui all'art. 3 Cost., attraverso una lettura restrittiva dell'obbligo internazionale che vincola il nostro ordinamento ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost.», spalancando così «la possibilità di ammettere deroghe al principio affermato dalla Corte Edu, sulla base di bilanciamenti del tutto analoghi a quelli già compiuti in passato dalla Corte costituzionale» lascia però scontenta una parte della dottrina penalistica più sensibile alle esigenze di europeizzazione del diritto penale[8]: secondo l'impostazione seguita da questa prospettazione dottrinale «la Corte costituzionale non può fornire una propria interpretazione delle garanzie convenzionali, ma è tenuta a recepire la lettura fornitane dal loro giudice naturale, la Corte di Strasburgo; la quale, per l'appunto, ha affermato nel caso Scoppola che tra le garanzie assicurate dall'art. 7 Cedu rientra anche il diritto all'applicazione retroattiva della norma più favorevole, tra tutte quelle succedutesi dalla commissione del fatto al passaggio in giudicato della sentenza. Un diritto, dunque, apparentemente formulato in via assoluta dai giudici europei, e pertanto *prima facie* chiuso a possibili bilanciamenti, nemmeno con controinteressi di pari rilevanza come quelli consentiti nel quadro del vaglio positivo di ragionevolezza».

Per arrivare a negare ogni fondatezza all'idea per cui «tale principio avrebbe una cogenza soltanto *tendenziale*, potendo essere sacrificato ogniqualvolta sussistano *valide ragioni giustificative*, liberamente apprezzabili dai giudici nazionali (costituzionali o ordinari)», la suddetta ricostruzione dottrinale non esita a impegnarsi in un esercizio di "sovra-interpretazione" del «sincopato ragionamento della Corte europea» aperto a margini di opinabilità consistenti almeno quanto quelli insiti nel ragionamento sviluppato dalla sentenza costituzionale sopra richiamata per pervenire alla soluzione opposta: uno sforzo ermeneutico che, dalla stringata affermazione per cui "la pena concretamente inflitta all'imputato deve essere proporzionata alla gravità del fatto come oggi apprezzata dallo Stato, e dalla collettività che lo Stato rappresenta", si spinge ad affermare, con notevole slancio creativo, «l'idea del (*legittimo*) *affidamento dell'imputato* sull'applicazione della pena più mite entrata in vigore durante il processo» come *ratio* giustificativa per la creazione di un *super-diritto non bilanciabile* alla retroattività *in mitius* valido in *tutti* i contesti e passibile di eccezioni in fin dei conti *solo apparenti* (segnatamente, si considerano soltanto l'ipotesi del decreto-legge non convertito e quella della declaratoria di incostituzionalità di norme penali di favore).

---

[8] F. VIGANÒ 2011, 11. Sulla questione cfr. anche F. PALAZZO 2012, 1174, che riconosce al principio natura «tendenzialmente assoluta». Per la ragionevolezza di alcune deroghe al principio v. anche V. VALENTINI 2012, 221 ss.

In effetti, «ragionando proprio sulla base di questa *ratio*», e dando per scontato che la presunta copertura convenzionale universalmente garantita al principio in questione dalla Corte edu debba riflettersi in un corrispondente vincolo tendenzialmente assoluto a carico della giurisprudenza costituzionale, le uniche «*eccezioni* al principio statuito in maniera apparentemente perentoria in Scoppola» sarebbero solo quelle già ricavabili dalla "pancia" stessa del principio in questione: con la conseguenza dichiarata di relegare la giurisprudenza costituzionale a un ruolo tutto sommato marginale, consistente unicamente nell'esplicitare eventuali *limiti interni* rimasti impliciti o proporre precisazioni di contenuto che ne specifichino meglio il profilo, muovendosi sempre ed esclusivamente «*all'interno della stessa logica convenzionale*» che impone la valorizzazione unidirezionale della sola garanzia sovranazionale. Ciò che in questa prospettiva si chiede al giudice costituzionale è, in sostanza, di rinunciare al bilanciamento con altri interessi di pari rango e agire nell'ambito di una subalterna "strategia della persuasione" tendente al limitato obiettivo di influire sulla giurisprudenza convenzionale in un solo modo possibile: e cioè «esplicitando passaggi inespressi e individuando possibili sotto-regole ed eccezioni» al diritto enunciato dal giudice europeo, da concepire, nella sua solitaria perfezione astratta, come un "Assoluto Convenzionale".

Quel che ne risulta, a conti fatti, è il tentativo di procedere alla costruzione a tavolino di un *Inviolable Core Right* destinato ad agire indisturbato in uno spazio costituzionale vuoto: un diritto appositamente concepito per ignorare la resistenza fisiologicamente opposta dalla costellazione dei controinteressi in gioco, che cioè si presume capace di autocertificarsi da sé fornendo *ex ante* la soluzione giusta tramite un ordine oggettivo di valori da imporre al mondo.

Parafrasando I. Shapiro, si potrebbe dire che concezioni come quelle appena esaminate sembrerebbero attratte «dall'irresistibile convinzione» di potere trattare la questione del bilanciamento (come, più in generale, ogni questione di giustizia) «come questione di teoria speculativa»[9] . In realtà, ogni diritto o principio (convenzionale o costituzionale che sia) non è mai una monade chiusa e autosufficiente che vive in condizioni di perfetto isolamento, bensì «interagisce con il "sistema dei diritti" adottato in ogni ordinamento. Questa interazione assume di regola le fattezze del conflitto, ed è proprio tramite la definizione dei rapporti reciproci fra diritti e la risoluzione dei conflitti, che ciascun diritto acquista una sua fisionomia, e ciascuna formulazione astratta acquista un contenuto semantico prescrittivo articolato»[10].

Il punto, infatti, non è quello di una (per certi versi causidica) "esegesi biblica" di *singole* sentenze europee all'insegna dell'*ipse dixit*, essendo esse sempre strumentalmente manipolabili in un senso o nell'altro a seconda che si enfatizzi o si

[9] I. SHAPIRO 1996, 110 e 111, il quale aggiunge che "perfino se una teoria della giustizia fosse migliore delle altre, c'è qualcosa di sconcertante nel suggerimento che essa dovrebbe per ciò stesso essere imposta al mondo".

[10] A. PINTORE 2004, 122.

depotenzi il legame genetico col caso concreto[11]. Il problema, come abbiamo più sopra anticipato, è più sostanziale: e attiene alla struttura che i diritti fondamentali sono ineluttabilmente destinati ad assumere nella cornice del costituzionalismo globale contemporaneo e alla funzione che, al suo interno, essi sono chiamati a svolgere. Data la centralità che assume sul terreno dei giochi di interazione strategica fra corti, la questione merita forse qualche riflessione in più.

1.2. (segue). *Il diritto generale alla retroattività* in mitius *come «diritto-ragione».*

Il punto di partenza del ragionamento che segue è rappresentato dal rilievo per cui concezioni come quella sopra riassunta – nel concepire i diritti enunciati in sede di giurisdizione convenzionale secondo un rigido "schema oppositivo *dentro* o *fuori*" che opera "per tagli verticali" e risolve necessariamente il bilanciamento nella monolitica, indiscriminata applicazione del diritto fondamentale in gioco prima di (e a prescindere da) ogni contatto con i controinteressi volta per volta potenzialmente implicati dalla fattispecie legale coinvolta nel caso concreto[12] – sembrano arrestarsi sulla soglia dell'affermazione di un diritto che, a questo stadio, *può essere concettualizzato soltanto come un mero «diritto-ragione»*[13]. E concettualizzare un diritto (per es. un diritto di fonte Cedu) come diritto-ragione significa limitarsi semplicemente a identificarne la presumibile *ratio* sostanziale sottostante, significa isolare la giustificazione di sfondo che evidenzia quale sia la *ragione* per il riconoscimento di un diritto: significa in definitiva, sulle orme della c.d. *Interest Theory*, individuare l'*interesse* a protezione del quale si può presumere sia stato attribuito un diritto. Che è precisamente quel che fa l'impostazione ricostruttiva che stiamo criticamente analizzando quando individua la giustificazione sostanziale del diritto generalizzato, indifferenziato e inderogabile all'applicazione del trattamento penale comparativamente più favorevole nell'esigenza «che la Corte abbia (implicitamente, e forse inconsapevolmente) inteso comunque tutelare l'*affidamento* creatosi *durante il processo* in capo all'imputato»[14].

---

[11] In questo stesso senso O. DI GIOVINE 2015, 15, alla quale «risulta difficile anche solo immaginare una "semantica delle sentenze". Il mio scetticismo investe la possibilità di "interpretare alla lettera" qualunque pronuncia giurisprudenziale ed in modo particolare quelle rese in un sistema che del testo dichiara espressamente di fare a meno ed in cui, dunque, ogni esercizio speculativo risulterebbe vanificato».

[12] Mentre invece, come immaginificamente osserva R. BIN 2000, 17: «la definizione del "diritto" non è come una pentola, rispetto alla quale un determinato fenomeno sta dentro o fuori, *tertium non datur*. Si comporta piuttosto come un ombrello durante un forte acquazzone: vi è un punto in cui la protezione è massima, e poi, via via che ci si allontana da esso, la tenuta diviene sempre meno efficiente; è persino difficile dire in che punto si è totalmente fuori dall'ombrello, anche perché in buona parte dipende dal vento».

[13] Per ogni opportuno riferimento al relativo concetto v. M. BARBERIS 2005, 11; ID., 2006, 8; F. FERRARO 2013, 165; A. PINTORE 2016, 17.

[14] Così F. VIGANÒ 2011, 18, ad avviso del quale «l'idea di fondo è, insomma, che almeno sino alla conclusione del processo e all'esecuzione della pena l'imputato possa legittimamente (e definitivamente) tirare un sospiro di sollievo allorché entri in vigore una norma che stabilisca un trattamento sanzionatorio più mite», un effetto che viene fatto discendere dal riconoscimento della "incontestabile" titolarità di un diritto generale, astratto e assoluto al trattamento più vantaggioso, considerato come un dato acquisito *ex*

Il punto è però che, anche a volere ipotizzare una ragione soggiacente di questo tipo come matrice giustificativa per l'attribuzione del diritto in questione, non è affatto detto che su questa esile base sia sempre possibile predeterminare in maniera esaustiva, e con largo anticipo sui contesti rilevanti, l'insieme delle posizioni soggettive funzionali ad assicurare la realizzazione dell'interesse sottostante: almeno per i casi periferici o *in penombra* che (come l'applicazione ai processi in corso di termini di prescrizione più brevi) si allontanano dal nucleo dei casi centrali o *autoevidenti* (come la modifica peggiorativa di una pena in senso stretto), allegare una ragione sostanziale come questa costituisce, a ben vedere, la semplice mossa di apertura di un gioco argomentativo che deve ancora cominciare.

Questo perché riferirsi all'interesse sottostante, e pensare di potere affermare per tale via la presenza di un diritto-ragione dalle improbabili virtù auto-applicative, non fa i conti con la c.d. complessità *dinamica* dei diritti[15]: un diritto è infatti un aggregato *evolutivo* e 'ad assetto variabile' di posizioni soggettive (i cd. «macro-diritti») precisabili, per lo più, solo *a posteriori* e a seconda del contesto normativo e fattuale rilevante: «detto altrimenti, i macro-diritti che derivano da un medesimo diritto-ragione possono cambiare fisionomia in base alle circostanze di fatto (realtà sociale, condizioni tecnologiche, risorse disponibili...) e di diritto (altri diritti, considerazioni di interesse pubblico...) che vengono di volta in volta prese in considerazione»[16].

Questa caratteristica strutturale si riannoda altresì alla già segnalata natura di *norme di principio* delle norme attributive di diritti fondamentali: le quali, a causa dell'elevato tasso di indeterminazione che normalmente le contraddistingue, non sono applicabili «in modalità 'tutto o niente'»[17] a insiemi di casi rigidamente predeterminabili *ex ante*. Un diritto fondamentale, a parte forse le posizioni soggettive che possono ragionevolmente candidarsi ad occupare il suo nucleo centrale, è sempre un diritto *prima facie* che, per ampi tratti, "lascia in sospeso" l'ampia e diversificata gamma di possibilità applicative e modalità di esercizio ad esso potenzialmente riconducibili. I tratti di elasticità che ne connotano il profilo spiegano perché un diritto fondamentale, essendo caratterizzato – per dirla con Emilio Betti – da una "*eccedenza di contenuto deontologico* (o *assiologico*)"[18], *ex se* non genera macro-diritti dal profilo già in partenza compiutamente e definitivamente delineato[19]: quel che semmai più di

---

ante e perciò insensibile al ragionamento per contesti paradigmatici ragionevolmente tipizzati in via legislativa.

[15] Sul carattere dinamico-evolutivo dei diritti v. J. RAZ 1986, 171; J. WALDRON, 1993, 203 ss.; M. KRAMER 1998, 141; B. CELANO 2013, 65 ss.;

[16] Così G. PINO 2017, 91. Per la nozione di «macro-diritti», contrapposta alla categoria dei micro-diritti, v. M. BARBERIS 2006, cap. I.

[17] Prendo a prestito l'efficace espressione da G. Pino.

[18] E. BETTI 1971, 316.

[19] Sul carattere elastico comunemente attribuito ai principi, in particolare sulla loro flessibile capacità di adattamento alle mutevoli contingenze della loro molteplice interazione nei più svariati contesti normativi e fattuali, con correlativa variabile capacità di controllare i risultati della loro applicazione pratica v. S. BARTOLE, 1986, 522; R. ALEXY 2012, 106; R. BIN 1992b, 31; G. ZAGREBELSKY 2008, 216; ID. 2009, 104; R. GUASTINI 2011, 206.

frequente accade è che i diritti si precisano, per passaggi intermedi e gemmazioni successive, in una pluralità di macro-diritti i cui contorni e contenuti variano in funzione delle diverse contingenze normative (per es. la convergenza di altri diritti o principi) e fattuali (per es. le caratteristiche del caso concreto) da prendere in considerazione.

Da tutte queste premesse può trovare conferma una duplice conclusione: e cioè che, concettualmente, il destino dei diritti di fonte cedu è quello a) di non poter essere applicati *totalmente*; e b) di poter essere disapplicati solo *parzialmente*. Nel senso che, a determinate condizioni e in determinate circostanze, alcune specifiche pretese, libertà, poteri o immunità, che astrattamente apparterrebbero alla configurazione *standard* di quel macro-diritto, possono retrocedere – prima a livello legislativo e poi in sede di successivi controlli giurisdizionali – sotto la spinta di qualche altro interesse, anche non *espressamente* formalizzato in costituzione, ma reputato sufficientemente importante in quella specifica tipologia casistica: sicché non si può mai escludere *a priori* che «la presunzione di maggior peso» dei diritti convenzionali possa restare "localmente" sconfitta nelle operazioni di bilanciamento (e il *test* di proporzionalità-ragionevolezza della limitazione legislativa serve proprio per verifiche di questo tipo).

Posizioni come quella assunta da una parte influente della dottrina penalistica sul versante della retroattività *in melius* sembrerebbero invece irresistibilmente attratte dalla tentazione di trattare sempre i diritti convenzionali, così come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo, come *regole ad applicazione sussuntiva*: anche quando, come in questo caso, essi sembrano più plausibilmente presentarsi con le più miti sembianze di un macro-diritto specificabile soltanto *ex post*.

Posizioni come queste sembrerebbero cioè non dare alcun peso al fatto che il generico diritto alla retroattività della normativa penale più favorevole sia stato, in realtà, affermato in termini apparentemente categorici e indiscriminati nel contesto di un unico precedente-sentenza *ancora* da sottoporre a collaudo giudiziale nell'ambito della stessa giurisprudenza europea e alla luce dei diversi tipi di casi concreti.

In questa prospettiva, affrettarsi – come con la proverbiale pelle dell'orso – a dare per certa l'avvenuta proclamazione di un diritto *assoluto* alla retroattività favorevole sottratto all'incidenza di futuri bilanciamenti, senza neanche aspettare le successive elaborazioni giudiziarie del principio in questione da parte del formante europeo, può esporsi al rischio più che prevedibile di andare incontro a future smentite da parte dello stesso giudice convenzionale: che è quanto sembra essere puntualmente accaduto, ad esempio, con la sentenza della Corte Edu *Ruban c. Ucraina* del 16 luglio 2016, anch'essa, come il precedente Scoppola, vertente su un caso di *lex mitior intermedia*[20].

---

[20] In questa *Rivista*, 27 febbraio 2017, con nota di A. GALANTE, *La non proporzionalità del trattamento sanzionatorio come limite all'operatività del principio convenzionale della retroattività* in mitius. Già con la Corte EDU, *Previti c. Italia*, sent. 12 febbraio 2013, la Corte si era orientata nel senso di escludere la violazione dell'art. 7 della Cedu, precisando che, in ogni caso, la disciplina nazionale sulla prescrizione derogante al principio della retroattività *in mitius* «non appar[iva] né irragionevole né arbitraria».

In particolare, la vicenda concreta da cui aveva tratto origine la pronuncia in questione riguardava una convulsa serie di vicende modificatrici della pena prevista per l'omicidio aggravato, in cui all'originaria comminatoria codicistica della reclusione da 8 a 15 anni prevista in alternativa alla pena di morte, era subentrata la dichiarazione di incostituzionalità con effetti retroattivi della pena di morte, seguita il 29 marzo 2000 da un più generale intervento legislativo di sostituzione della pena di morte con l'ergastolo, poi confermato da un più mirato intervento di rimodulazione della pena edittale associata all'omicidio aggravato che prevedeva la pena dell'ergastolo in alternativa alla reclusione da 10 a 15 anni. Ci si sarebbe potuti aspettare, a maggior ragione data la stretta affinità con la specifica questione decisa in *Scoppola*, che la Corte europea accogliesse la doglianza del ricorrente in ordine alla mancata applicazione nei suoi confronti della legge penale più favorevole in vigore dopo la commissione dei fatti e, quindi, riconoscesse, anche in questo caso, la violazione del principio della retroattività *in mitius.* Ed invece la Corte, dopo avere ribadito, a livello di generiche enunciazioni di principio, il proprio ossequio formale alla presunta regola per cui «laddove vi siano differenze tra la legge penale in vigore al tempo della commissione del reato e le leggi penali successive emanate prima della sentenza definitiva di condanna, i tribunali devono applicare la legge le cui disposizioni sono più favorevoli per l'accusato», rilevano che, con la dichiarazione di incostituzionalità della pena di morte, si è creato un *gap normativo involontario*, risolto solo in un secondo tempo a seguito dell'intervento di riforma da parte del Parlamento, sicchè «sarebbe difficile sostenere» che l'originaria formulazione codicistica «contenesse una pena che il legislatore potesse considerare *proporzionata* per il tipo di crimine commesso dal ricorrente». La conclusione del ragionamento è perciò nel senso di ritenere che il rifiuto da parte dei tribunali nazionali di considerare la disposizione incriminatrice, nel testo risultante dall'intervento ablatorio della Corte costituzionale, «come legge più favorevole in vigore prima della sentenza definitiva di condanna e, al contrario, [la scelta di] applicare il testo della legge del Parlamento entrata in vigore il 29 marzo 2000 (...) non determina una violazione dei diritti riconosciuti al ricorrente dall'art. 7 della Convenzione». Contrariamente alle attese e agli auspici formulati all'indomani della sentenza Scoppola, la Corte individua perciò nella non proporzionalità del trattamento sanzionatorio «un limite al principio della retroattività *in mitius* e si occupa anche di effettuare il relativo bilanciamento tra i contrapposti interessi»[21].

2. Una ricostruzione in chiave minimalista dell'inviolabilità dei diritti convenzionali.

Naturalmente, il fatto che un diritto convenzionale sia un diritto attribuito da norme di principio con un contenuto largamente indeterminato per lo più ricostruibile

[21] Così A. GALANTE, cit., 192, il quale aggiunge che «questo caso potrebbe essere richiamato dalla Corte Costituzionale come precedente per sostenere la relatività del principio della *lex mitior*».

ex post non significa che esso non possa mai presentare alcun profilo contenutistico riconoscibile *ex ante*, che cioè non possa già in partenza rendere ragionevolmente identificabili alcune componenti *standard* appartenenti alla sua conformazione basica: segnatamente si tratta di quelle proiezioni applicative del diritto destinate a presidiare il suo c.d. «nucleo essenziale».

Quel che qui si vuole evidenziare è che la riconosciuta sottoponibilità dei diritti convenzionali enunciati a Strasburgo ai *test* di proporzionalità-ragionevolezza resta compatibile con l'idea che assume l'esistenza di un'area di potenziale intangibilità interna al diritto, chiusa (o, comunque, meno facilmente soggetta) a ulteriori bilanciamenti[22].

In questa prospettiva, quel che va messo opportunamente in luce è che il controinteresse costituzionale antagonista – sempre ammesso che se ne possa affermare, anche argomentativamente, la presenza – è effettivamente in grado di esercitare sul diritto convenzionale una forza di incidenza attiva che è suscettibile di variare *a seconda dell'area del diritto fondamentale di volta in volta interessata*.

Un macro-diritto (come per es. uno di quelli desumibili dall'art. 7 Cedu) ce lo possiamo infatti figurativamente immaginare come un fascio (un *Cluster*) di posizioni soggettive, alcune delle quali appunto destinate a coprire il c.d. «nucleo essenziale del diritto», e altre destinate invece ad occuparne il c.d. «perimetro esterno»: le une in un rapporto più diretto e immediato con l'interesse sostanziale sottostante (con il «diritto-ragione»); le altre non strettamente necessarie, come le prime, alla determinazione del profilo contenutistico minimo e insopprimibile del diritto, ma piuttosto funzionali ad assicurarne volta per volta la praticabilità, le condizioni effettive di esercizio: condizioni precisabili solo all'esito di mutevoli e non eludibili confronti dialettici con gli altri diritti o principi costituzionali implicati dalle diverse fattispecie legali coinvolte nel caso concreto[23].

Si tratta dunque di posizioni soggettive (di tipologie casistiche, di ipotesi applicative) che risultano più facilmente comprimibili in base al diverso e mutevole

---

[22] Si può infatti presumere in proposito che, quando le varie corti costituzionali, come quella italiana e tedesca, la stessa Corte edu e la Corte di giustizia Ue fanno ricorso all'idea del nucleo essenziale dei diritti, lo fanno per rendere reciprocamente compatibili il metodo del bilanciamento con l'idea che assume l'esistenza di un'area di intangibilità del diritto in linea di massima (e cioè salvi i casi altamente dilemmatici di conflitto frontale tra i nuclei essenziali di due diritti entrambi fondamentali) sottratta a ulteriori bilanciamenti. Cfr. ad es. Corte Costituzionale, sentenza n. 85 del 2013, relativa al caso Ilva secondo cui «la Costituzione italiana, come le altre costituzioni democratiche e pluralistiche contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi […] Il punto di equilibrio, dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza tali da non consentire il sacrificio del loro nucleo essenziale».

[23] Sul piano delle considerazioni di teoria generale dei diritti fondamentali cfr., in relazione alla distinzione tra «nucleo» e «perimetro protettivo» esterno al nucleo, G. PINO 2017, 91 ss. Per analoghe linee di ragionamento cfr. G. WILLIAMS 1956, 1144 ss.; H.L.A. HART (1973), in ID. 1982, 171 ss.; R. ALEXY (1994) 2012, 255 ss.; M. KRAMER 1998, 11; C. WELLMAN 1999, 8, che mette a fuoco la distinzione tra "*Core*" e "*Associated Elements*" riscontrabile in ciascun diritto.

contesto normativo e fattuale rilevante e nella misura strettamente necessaria a far posto agli interessi costituzionali protetti dalla fattispecie legale di turno. Il che vuol dire che non *tutte* le posizioni soggettive idealmente riconducibili a una configurazione del diritto spinta fino al massimo livello di "ottimizzazione" possibile siano da considerare *tutte* ugualmente indispensabili alla realizzazione dell'interesse sostanziale che ne giustifica l'attribuzione.

Se è davvero così che stanno le cose, resta aperta la possibilità di ipotizzare, nell'*intorno* complessivamente occupato da un diritto convenzionale, la simultanea presenza di alcune aree più "decentrate" che, in quanto tali, risultano potenzialmente passibili di parziali "disattivazioni" in relazione a particolari tipologie applcative in cui si registra un conflitto con altri diritti o principi costituzionali altrettanto rilevanti nelle circostanze date (paradigmaticamente la prescrizione, «non attenendola prescrizione ai nuclei centrali del fatto punibile, ma collocandosi ai margini delle ragioni sostanziali che fondano la punibilità»[24]); e di altre aree, per converso, più resistenti, meno sacrificabili, se non addirittura intangibili: un nucleo irriducibile capace di disegnare attorno a sé un cerchio di non interferenza non ulteriormente bilanciabile, se non al prezzo di svuotare il diritto in questione di ogni connotato di riconoscibilità[25].

La qual cosa – beninteso – non equivale affatto a decretare una totale estraneità del concetto in questione alla semantica del bilanciamento. E ciò sotto due diversi aspetti tra loro collegati, che vale la pena di sottolineare a scanso di equivoci: sotto un primo aspetto, va detto che la stessa determinazione del "nucleo essenziale del diritto" (così come, correlativamente, anche del suo perimetro esterno), lungi dall'essere qualcosa di ontologicamente preesistente alla valutazione legislativa o giudiziale, il frutto di un'operazione concettuale di tipo teorico-ideale interamente condotta *in vacuo*, ci arriva anch'essa come il prodotto di bilanciamenti, per lo più impliciti, già fatti a monte[26]; sotto un secondo aspetto, va messo in rilievo che è sempre possibile

---

[24] G. FIANDACA 2017.

[25] Per un analogo ordine di idee, cfr. J. FEINBERG, 1973, 79 ss. Vedi anche J. RIVERS, 2006, 180; M. KUMM, 2007, 147.

[26] In questi termini G. PINO 2010, 162. il quale condivisibilmente mette in rilievo che l'individuazione del c.d. nucleo essenziale di un diritto non è un'operazione concettuale astratta condotta a tavolino, ma un'operazione intrinsecamente associata all'idea del conflitto e del bilanciamento con la galassia degli interessi concorrenti, rispetto ai quali è anch'esso a sua volta non un *prius* ma un *posterius*: in questo senso, «una plausibile ricostruzione del contenuto essenziale di un diritto non può che avvenire a partire da una serie di ipotesi tipiche, di casi paradigmatici in cui la violazione o anche la limitazione di quel diritto ci sembra inammissibile». B. CELANO 2004, 67-68. in proposito lucidamente fa osservare: «La dottrina costituzionalistica e la giurisprudenza dei tribunali costituzionali hanno elaborato la dottrina del c.d. "contenuto essenziale dei diritti fondamentali: la compressione di un diritto fondamentale può essere giustificata, purché e fintantoché non intacchi il suo contenuto essenziale. Ma dove finisce l'ambito delle (giustificabili) limitazioni di un diritto fondamentale, e dove ha inizio il suo contenuto essenziale? Che cosa stabilisce fin dove arriva il contenuto essenziale di un diritto, se non un'estrapolazione e generalizzazione dell'insieme dei casi in cui, in ipotesi di conflitto, la sua violazione ci appare ammissibile (o inammissibile)? Presupporre, senza alcuna giustificazione, che i diversi "contenuti essenziali" di diritti fondamentali diversi non possano confliggere (rendere questa condizione soddisfatta per definizione) sarebbe una petizione di principio». Nella dottrina costituzionalistica coglie il punto, O. CHESSA 2000, 288,

l'emersione di conflitti tra due diritti *entrambi* fondamentali, nel qual caso sono addirittura gli stessi rispettivi "nuclei essenziali" dei diritti in contesa che possono subire variazioni contenutistiche, e ciò sempre in funzione delle diverse circostanze normative e fattuali che fanno da sfondo ai diversi tipi di conflitti e in ragione del diverso peso comparativo rispettivamente assegnabile ai beni in contesa in base a giudizi di valore potenzialmente divergenti.

Da questo punto di vista, un senso più modesto che, in ultima analisi, è forse possibile attribuire all'intangibilità 'senza restrizioni' e all'altrimenti incontrollata vocazione espansiva dei diritti proclamati a Strasburgo è che la loro vincolatività non è generalizzata ma, in realtà, riguarda soltanto quelle decisioni che accertano *violazioni al nucleo incomprimibile del diritto*, a loro volta frutto di pregressi bilanciamenti consolidati di livello legislativo o giudiziale. La refrattarietà a ulteriori bilanciamenti ad opera delle corti costituzionali nazionali assume così una connotazione esclusivamente *difensiva*, non *propulsiva*, limitata cioè alla garanzia di questo nucleo minimo inviolabile: un *minimum standard* al di sotto del quale non si può scendere, né in sede di bilanciamenti legislativi né in sede di bilanciamenti giudiziali pena la perdita di identità del diritto, e che perciò può davvero assumere il tono di un *definitional stop.*

Una ricostruzione in chiave "minimalista" del senso attribuibile all'inviolabilità dei diritti convenzionali, e della connessa non rivedibilità delle scelte di tutela del decisore europeo a livello di giurisprudenze costituzionali nazionali, dovrebbe dunque rimanere circoscritta ai soli casi di irragionevole limitazione legislativa che si sia spinta fin dentro l'area di intangibilità del diritto che si assume violato.

Per tutte le altre modalità di esercizio del diritto esterne a quest'area, la sopra accennata dimensione difensiva dell'inviolabilità si dovrebbe per lo più convertire nella esigenza di ammettere la loro tendenziale comprimibilità in sede di giudizio costituzionale di ragionevolezza, sempre (e solo) a patto che la normativa penale nazionale che ne opera il sacrificio parziale sia funzionale alla promozione di un interesse di pari rango: un altro diritto fondamentale o anche un principio espressamente o implicitamente garantito in costituzione[27].

Considerazioni di questo tipo possono forse utilmente contribuire a spiegare il *perché essenziale* del diverso esito decisorio cui è pervenuta la Corte costituzionale nel momento in cui è stata chiamata a vagliare, in relazione a soggetti in posizione identica a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo, la legittimità costituzionale in base l'art. 117, comma 1, Cost. della *medesima* normativa su cui si era formato lo specifico

---

il quale nota come «in presenza di un catalogo ricco e variamente articolato di principi costituzionali potenzialmente configgenti, il problema del "contenuto essenziale" si converta e, in un certo senso, si dissolva nel problema del bilanciamento», ravvisando il limite teorico delle c.d. teorie assolute nella pretesa di «ricostruire in positivo la nozione di "contenuto essenziale", di escogitare cioè una definizione *a priori* che individui una misura fissa e valevole una volta e per tutte». Per punti di vista affini v. A. MARMOR 1997, 9 ss.; L. PRIETO SANCHÌS 2003, 233 ss.; J. WALDRON 2003, 197-198.

[27] La tesi qui avanzata costituisce un adattamento al settore dei diritti convenzionali e al piano dei rapporti tra Corte edu e Corte costituzionale di una più generale cornice teorica sul senso dell'inviolabilità dei diritti fondamentali tracciata da G. PINO 2017, 161 ss.

precedente europeo relativo al caso Scoppola[28]: come è noto, si trattava dell'art. 7 del D.L. 341/2000, per effetto del quale una serie di imputati di reati punibili con la pena dell'ergastolo che avevano chiesto di essere giudicati con rito abbreviato nella prospettiva di potere contare sulla riduzione della pena a trent'anni di reclusione loro assicurata dalla l. 479/1999, erano stati invece condannati in via definitiva all'ergastolo. Una disposizione che, sotto le simulate apparenze di una interpretazione autentica della disciplina previgente, introduceva, in realtà, un regime sanzionatorio più sfavorevole, stabilendone in sostanza l'applicazione retroattiva e vincolando, corrispettivamente, il giudice della cognizione o dell'esecuzione a derogare al principio della retroattività della legge più favorevole a causa dell'impossibilità di applicare la disciplina meno severa fissata dalla *lex intermedia*.

A parte ogni considerazione di stampo più formale attinente all'identità di «situazione normativa» che fa da sfondo ai due giudizi, europeo e costituzionale (che già di per sé indirizzava verso l'applicazione della regola di giudizio enunciata nel singolo caso deciso a Strasburgo nei confronti di tutti i condannati che si trovavano nella stessa identica situazione del ricorrente in dipendenza della medesima violazione strutturale[29]), l'impressione che se ne ricava è che la Corte costituzionale non poteva che pronunciare l'annullamento integraledella normativa denunciata, con correlativa rinuncia a tecniche ponderative e argomenti comparativi, per un duplice ordine di considerazioni concorrenti di carattere più *sostanziale* direttamente desumibili da quanto finora esposto.

Da questo punto di vista, parrebbe cioè di potere intuire che, a livello di giustificazioni sostanziali di fondo, la declaratoria di incostituzionalità "a rime obbligate", cui perviene il giudice delle leggi in sede di esecuzione dell' obbligo di conformarsi alla pronuncia di condanna del giudice europeo, in questo caso dipenda in primo luogo dal fatto che qui ci troviamo di fronte a una irragionevole limitazione legislativa che si era spinta *fin dentro il nucleo basico di incomprimibilità del diritto* alla retroattività del trattamento sanzionatorio *più favorevole*: al tal punto da finire col confinare, se non col sovrapporsi, con il divieto di retroattività della normativa *più sfavorevole*.

La disposizione denunciata era infatti intervenuta, a partita iniziata, all'unico e dichiarato scopo di restaurare in senso peggiorativo, e con effetti retroattivi nei confronti degli imputati che avessero già presentato istanza di abbreviato, la disciplina sanzionatoria previgente: cosa che risulta a ben vedere in contrasto, prima ancora che con la Convenzione europea, con il *principio di irretroattività* della norma penale di cui all'art. 25, secondo coma, Cost.[30]. In tal modo creando una situazione di impedimento

---

[28] Corte cost., sentenza n. 210 del 2013, in questa *Rivista*, 31 marzo 2014, con nota di E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*.

[29] Cass. pen., Sez. Un., ord. 19.4.2012, Ercolano, in questa *Rivista*, 12 settembre 2012, con nota di F. Viganò, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*.

[30] In termini sostanzialmente analoghi C. PECORELLA 2013, 1430 ss., la quale mette in evidenza come la disposizione in questione in realtà interferisca non già con il principio di retroattività *in mitius* della legge

radicale che, in conformità alle premesse teoriche sopra esposte, tocca quell'area di intangibilità interna al diritto, quel nucleo minimo inviolabile al di sotto del quale non si può scendere, compromesso il quale il diritto diventa irriconoscibile, una scatola vuota.

E comunque, anche a non volere considerare le suddette considerazioni decisive per spiegare l'atteggiamento della Corte costituzionale, resta sempre il fatto che la possibilità di comprimere il diritto in questione in un caso tipologico come quello della paralisi della *lex intermedia mitior* ad opera di una normativa sopravvenuta è qui messa fuori gioco dal fatto che l'intervento legislativo che ne opera il sacrificio non parrebbe invero funzionale alla promozione di un interesse di pari rango: e cioè un altro diritto fondamentale o anche un principio espressamente o implicitamente garantito in costituzione.

3. Tre variazioni sul tema: i casi Contrada, De Tommaso e Dieudonné.

a) Contrada. Abbiamo visto che, nella cornice etico-politica del costituzionalismo contemporaneo, quando il decisore sovranazionale si limita a effettuare meri bilanciamenti *ad hoc* con cui pretende di risolvere casi concreti di conflitto tra beni convenzionali e costituzionali in base a graduatorie assiologiche precostituite in astratto, senza predeterminare, in chiave di generalizzazione tipizzatrice, criteri di coordinamento atti a vincolare le corti future, si apre il campo per i meta-bilanciamenti del decisore costituzionale sui bilanciamenti "di primo livello" del legislatore nazionale.

Pur se in vista del più limitato obiettivo di sospendere l'operatività dell'obbligo di conformarsi alle sentenze del giudice europeo, uno schema sostanzialmente non molto dissimile può intravedersi in controluce anche quando – sempre a fronte del ricorso in sede sovranazionale a un ordine "lessicografico" di priorità tra i diritti convenzionali e i beni costituzionali in conflitto – al compito di introdurre possibili deroghe volte ad attenuare le conseguenze di un uso troppo "tirannico" dei diritti convenzionali sia interpellato *non il giudice delle leggi ma le corti comuni:* e cioè i giudici ordinari (della cognizione o dell'esecuzione) chiamati, in sede di interpretazione convenzionalmente conforme, a rendere effettivi gli obblighi di adeguamento dell'ordinamento italiano alle pronunce del giudice europeo e, dunque, a decidere se estenderne o negarne l'applicabilità a soggetti diversi dal ricorrente vittorioso a Strasburgo.

Il problema in particolare ha ragione di porsi in tutti i casi in cui ci si trovi di fronte al tentativo di "sovra-interpretare" soluzioni originariamente calibrate dalla

---

penale, bensì con il generale divieto di retroattività *in malam partem* di una norma processuale il cui effetto sia quello di frustrare, irragionevolmente, «il legittimo affidamento dell'imputato (…) che, derivando dall'esigenza del rispetto delle regole del gioco da parte dello Stato, rende certe leggi processuali non suscettibili di modifiche *in malam partem* con effetto retroattivo, al pari di quanto dispone come regola generale l'art. 25, comma 2, Cost. per le leggi penali sostanziali».

Corte in chiave *casistico-individualizzante* per desumerne *regole generali ad applicazione universale*.

Nei limiti in cui la si volesse interpretare come una pronuncia contenente una regola di giudizio con una intrinseca vocazione espansiva passibile di applicazioni ultra-casistiche generalizzate, è proprio in questa traiettoria che ci sembra si possa inserire anche la sentenza in tema di concorso esterno resa sul caso *Contrada*: una sentenza che, se appunto interpretata in una simile chiave "massimalista", finirebbe per risultare anch'essa espressione della medesima tendenza giurisprudenziale riscontrabile in sede sovranazionale a risolvere casi concreti mediante bilanciamenti *ad hoc* al fondo dei quali fa sempre la sua comparsa l'idea di un ordine astratto di precedenza assoluta tra i valori in gioco solidale con l'ideale morale-costituzionale del "terreno proibito".

Pur se da una prospettiva più eccentrica, che non cioè riguarda le interazioni Corte europea-Corti costituzionali ma quelle tra giudice convenzionale e giudici comuni, anche questa sentenza, almeno per il modo in cui è stata estensivamente interpretata – nell'affermare la contrarietà all'art. 7 Cedu dell'applicazione retroattiva dell'orientamento giurisprudenziale favorevole alla configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa – avrebbe fissato una regola di giudizio che, se dilatata nella sua portata applicativa oltre il caso deciso, mirerebbe a decretare la prevalenza *categorica e senza eccezioni* del diritto convenzionale alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie su ogni altro interesse confliggente.

Saremmo cioè di fronte a un diritto da intendere in una rigorosa accezione "oggettivistica" che non lascia aperto nessuno spiraglio a possibili correttivi di stampo soggettivistico-colposo modellati sulla falsariga dello schema inevitabilità-scusabilità dell'ignoranza o dell'errore sul precetto penale in uso nel contesto della scusante di cui all'art. 5 c.p. Un diritto da considerare quindi sempre vincente sul concomitante fascio di interessi protetti dalla normativa penale di riferimento (dall'ordine pubblico, alla libertà di iniziativa economica, al metodo democratico) anche se si tratta di interessi che trovano riconoscimento, perlomeno implicito, nella Costituzione, con conseguente rinuncia a trovare forme di "compromesso armistiziale" fra diritti e interessi antagonisti che eviti lasciare il bicchiere di uno dei beni in contesa completamente vuoto[31].

La sentenza in questione, come è arcinoto, afferma che «il reato in questione è stato il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry. Perciò, all'epoca in cui si sono svolti i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo». Una condotta, pare di capire, la cui permanenza cessa quando sta per iniziare il "tormentato cammino del concorso esterno".

[31] Corte Edu, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia su cui, a titolo meramente esemplificativo, A. MANNA, 2016; G. MARINO, 2015; D. PULITANÒ, 2015. M. DONINI 2016, 347; S. BERNARDI 2017, 257 ss.

Almeno stando alle ricostruzioni più accreditate avanzate in dottrina, nello stabilire come debba intendersi agli effetti della violazione dell'art. 7 Cedu, la nozione-chiave di *prevedibilità della decisione giudiziaria*, la pronuncia sul caso Contrada ne avrebbe perciò fornito una lettura che, rispetto al precedente panorama giurisprudenziale formatosi in ambito europeo, si mostrerebbe nettamente favorevole a ricostruire tale elemento in termini radicalmente "oggettivizzanti": una lettura in base alla quale una condanna penale può essere considerata come imprevedibile, non solo nell'ipotesi dell'improvvisa emersione di orientamenti giurisprudenziali peggiorativi con carattere inedito o 'a sorpresa' (ipotesi, questa, analogicamente equiparabile all'introduzione di una fattispecie di nuovo conio); ma anche nella diversa, e più problematica, ipotesi della accertata compresenza simultanea, al tempo della commissione del fatto, di *più* orientamenti giurisprudenziali in competizione fra loro in ordine alla risposta da dare al problema della punibilità delle condotte di sostegno esterno.

In realtà, come è stato ben osservato, la dimostrata coesistenza di più filoni giurisprudenziali caratterizzati da esiti divergenti in ordine alla configurabilità o meno di una certa ipotesi di reato, consentendo pur sempre al reo di rappresentarsi il duplice, possibile, inquadramento penalistico della vicenda che lo coinvolge, sembrerebbe a prima vista più plausibilmente compatibile con uno stato di dubbio[32]: uno stato che, a stretto rigore, sarebbe in grado di rendere semmai la condanna *incerta* piuttosto che *totalmente imprevedibile*. Secondo l'opzione ermeneutico-ricostruttiva che tende a predominare in dottrina, invece, nonostante il fatto che – almeno a partire dal momento in cui risulti empiricamente comprovabile – la presenza di un *contrasto giurisprudenziale sincronico* in materia di concorso esterno possa essere ragionevolmente considerata come un fattore in grado di consentire all'autore del fatto di percepire *quantomeno il rischio* di subire una condanna a tale titolo, il dubbio sulla qualificazione penalistica della propria condotta sarebbe stato, tuttavia, pur sempre considerato implicitamente dalla sentenza Contrada come un elemento sufficiente a escludere la prevedibilità della condanna ai sensi dell'art. 7 Cedu.

In ciò innovando rispetto a un fronte compatto di precedenti europei che, in simili situazioni di incertezza in ordine alla liceità del proprio comportamento, si erano determinati nel senso di escludere una violazione della suddetta disposizione convenzionale, valorizzando a tale scopo una nozione di prevedibilità orientata in senso soggettivo, e cioè misurata al metro delle caratteristiche personali e professionali del ricorrente. Accanto alla soluzione isolatamente adottata nel caso Contrada, che (almeno per come viene autorevolmente interpretata) punterebbe su un divieto di retroattività "senza restrizioni", collegato a un'impossibilità *oggettiva-universale-impersonale* di riconoscere in anticipo il fatto tipico per tutte le condotte realizzate prima del 1994 – e cioè su una soluzione che, se universalizzata senza eccezioni, finirebbe con l'attribuire rilevanza liberatoria all'ignoranza sulla possibile antigiuridicità penale del proprio agire anche quando teoricamente evitabile in base al

[32] F. PALAZZO, 2015, 1061 ss.

criterio dell'agente-modello – si può infatti registrare la presenza di un orientamento consolidato della giurisprudenza europea che, all'opposto, aveva ribadito in più occasioni la scelta di privilegiare un divieto di retroattività degli orientamenti giurisprudenziali sfavorevoli (non illimitato ma) condizionato ai poteri-doveri previsionali del soggetto agente[33].

Ora, ammettendo che il noto principio del consolidamento giurisprudenziale desumibile dalla sentenza costituzionale n. 49 del 2015 (principio che invero la Corte invero riferiva alla sola questione del parametro interposto nelle questioni di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost.) possa «essere persuasivamente esteso a tutte le ipotesi in cui il giudice comune nazionale si trovi ad applicare – anche solo nel contesto di un'interpretazione conforme – le norme della Convenzione così come interpretata dal "loro" giudice»[34], le corti comuni, chiamate a giudicare i "fratelli minori" di Contrada, per sottrarsi all'obbligo di conformarsi al principio in essa fissato

[33] Per una sintetica rassegna di pronunce della Corte edu orientate in questo senso v. S. BERNARDI 2017, 273 ss. In dottrina, forniscono autorevole avallo ad una lettura in chiave oggettivizzante dell'estremo della prevedibilità delle decisioni giudiziarie di condanna per concorso esterno G. FIANDACA 2016, 731, secondo cui «dalla circostanza che i presupposti della punibilità del concorrente esterno è in ogni caso di matrice (non già legislativa, bensì) ermeneutico-ricostruttiva, deriva un'implicazione sulla quale la Corte edu concentra, comprensibilmente la sua attenzione: assume cioè rilievo determinante l'individuazione del frangente temporale a partire dal quale l'elaborazione del concorso esterno può considerarsi maturata al punto da conferire all'istituto un volto ben chiaro, come tale preventivamente riconoscibile da ogni potenziale destinatario del precetto penale. Ora, ad avviso della corte di Strasburgo, questa maturazione, nell'arco temporale in cui si collocano le condotte addebitate a Contrada non era ancora avvenuta: cioè, negli anni 1979-1988 il concorso esterno – per dirlo con le parole della Corte – non era ancora "sufficientemente chiaro e prevedibile". A ben vedere, questa diagnosi di insufficiente chiarezza dei presupposti della responsabilità equivale a sostenere che, con riferimento al periodo preso in considerazione, faceva difetto, già su di un piano oggettivo, una riconoscibile tipicità del concorso esterno. vale a dire, non si profilava ancora con chiarezza quale tipo di fatto potesse, agli occhi del cittadino, presentare il volto di una contiguità punibile. Si tratta, insomma, di una riconoscibilità oggettiva, di una impossibilità impersonale di riconoscere in anticipo il fatto tipico, dal momento che vale per ogni cittadino potenzialmente interessato a prevedere le possibili conseguenze penali del proprio comportamento: è questo carattere di impersonalità a far sì che la questione esuli da quel paradigma di conoscibilità o prevedibilità puramente soggettiva, riferibile cioè a degli imputati ben determinati (ad esempio, prevedibilità specificamente da parte di un Contrada Bruno o di un Dell'Utri Marcello), che vale come possibile causa di esclusione della colpevolezza ex art. 5 c.p.)». E, più diffusamente sulla distinzione tra versante soggettivo e oggettivo della prevedibilità, M. DONINI 2016, 360 ss. Per una significativa apertura a criteri deontologici di tipo soggettivizzante cfr. F. PALAZZO 2015, 1061 ss. e F. VIGANÒ 2017, 27, il quale, nel chiedersi se, in una situazione caratterizzata dalla presenza, al momento della condotta, di *contrasti sincronici* nella giurisprudenza, e dunque di precedenti tra loro non coerenti – alcuni favorevoli, altri sfavorevoli all'imputato – la condanna possa ritenersi ragionevolmente prevedibile da parte dell'imputato, riconosce che «in effetti, in una situazione in cui una certa tipologia di condotta è considerata da alcune pronunce come costitutiva di un reato, e da altre penalmente irrilevante ovvero costitutiva di un reato diverso, potrebbe agevolmente sostenersi che il soggetto abbia comunque ricevuto dall'ordinamento un *fair warning* circa la possibilità di una sua futura condanna a quel titolo, e dunque che non possa poi dolersi una volta che la condanna sia davvero pronunciata nei suoi confronti. Un'elementare ragione di cautela gli avrebbe dovuto imporre di *astenersi* da quella condotta, che qualunque parere legale emesso all'epoca avrebbe segnalato come rischiosa dal punto di vista delle possibili conseguenze penali».

[34] Così S. BERNARDI 2017, 272.

avrebbero certo potuto semplicemente limitarsi a fare appello all'argomento dirimente per cui la sentenza in questione non costituisce espressione di una giurisprudenza europea consolidata sul punto.

Ma, ad uno sguardo più attento, quel che al riguardo ci sembra di potere intuire è che in realtà, prima ancora del *mancato consolidamento*, la ragione più profonda dell'inesigibilità di un obbligo di osservanza indiscriminato a carico dei giudici interni sarebbe forse da rintracciare ancora una volta nel *mancato bilanciamento*.

Viste le cose nella diversa prospettiva della ricerca di un equilibrato bilanciamento tra esigenze di garanzia individuale connesse alla irretroattività assoluta degli orientamenti ermeneutici peggiorativi e esigenze di tutela oggettiva dei beni giuridici connesse alla repressione penale, la 'soluzione a taglia unica' che interpreta la pronuncia della Corte di Strasburgo nel senso di una riscontrata assenza di tipicità oggettiva del concorso esterno valevole *erga omnes* potrebbe pertanto essere sostituita da una 'soluzione differenziata', da inquadrare proprio «nell'ottica di un problema oggettivo di evoluzione normativa e della costruzione progressiva di un tipo»[35], e incline ad attribuire rilevanza decisiva all'orizzonte temporale in cui si colloca la condotta incriminabile.

In questa prospettiva, occorrerebbe cioè distinguere – come una lettura filologicamente più ortodossa della sentenza forse indurrebbe a fare – tra due diverse classi di condotte punibili: da un lato, le condotte (o porzioni di condotta) cronologicamente dislocabili in un intervallo temporale in cui risultino tutt'al più precedute da un abbozzo appena embrionale di tipizzazione giurisprudenziale del concorso esterno, per le quali dovrebbero valere "criteri oggettivi puri" di irriconoscibilità ontologico-fattuale insuperabile del fatto tipico analogicamente equiparabili all'«assoluta oscurità del testo legislativo» o al «repentino mutamento giurisprudenziale» tradizionalmente in uso sul più specifico terreno dell'*ignorantia legis*. Circostanze obbiettive che possono in effetti assumere rilevanza, più correttamente, su di un piano che precede quello della colpevolezza, per attingere il livello dell'*esistenza stessa* di un precetto penale giuridicamente vincolante, in cui cioè «il cittadino non può essere chiamato rispondere penalmente perché non esiste – a monte – l'obbligo di osservare un precetto sostanzialmente inesistente o, comunque, privo di contenuto riconoscibile»[36]. E dall'altro, le condotte temporalmente collocabili in un frangente cronologico in cui fosse già emersa in modo conclamato la compresenza, anche a livello di giurisprudenza di legittimità, di più orientamenti ermeneutico-applicativi in conflitto tra loro, per le quali potrebbero valere "criteri misti oggettivo-soggettivi", che tengano contemporaneamente conto, da un lato, dei fattori potenzialmente capaci di incidere sulla riconoscibilità oggettiva del precetto (come l'emanazione di più sentenze in contrasto l'una con l'altra) e, dall'altro, dell'insieme delle circostanze che incidono sull'osservanza esigibile dei doveri strumentali di informazione giuridica, da determinare in rapporto al diverso campo di esperienza e al

[35] M. DONINI, 2019 (in corso di pubblicazione).
[36] G. FIANDACA – E. MUSCO 2018, 417.

diverso livello di socializzazione e cultura del tipo di agente modello cui l'agente concreto è di volta in volta riconducibile[37].

b) de Tommaso. Come abbiamo a più riprese notato, lo schema di gestione del conflitto tra diritti convenzionali e interessi costituzionalmente garantiti che abbiamo fin qui tentato di tratteggiare nelle sue linee essenziali usa gerarchie astratte per risolvere casi concreti.

Uno schema grosso modo simile può però sostanzialmente risentire della stessa ispirazione di fondo persino quando – come ci pare sia accaduto, per esempio, con la sentenza *De Tommaso*[38] – il giudice sovranazionale sembrerebbe maggiormente intenzionato a spostare più decisamente il *focus* della decisione *dal fatto concreto alla fattispecie astratta*, avvicinandosi così, in modo più vistosamente percepibile, alle funzioni tipiche di un tribunale costituzionale: da questo punto di vista, anche quando il decisore europeo si dovesse contingentemente mostrare più propenso a puntare l'obiettivo più a monte, ovverossia sulla diretta compatibilità agli *standard* convenzionali della normativa statale sospetta, non è da escludere che possa andare in replica lo stesso dispositivo della valorizzazione "a senso unico" di uno solo dei beni in conflitto, senza che si avverta la preoccupazione di fissare regole di bilanciamento in grado di assicurarne la reciproca coesistenza.

In particolare con la sentenza De Tommaso c. Italia, la Grande Camera, chiamata ad occuparsi della legittimità convenzionale della legislazione italiana in materia di misure di prevenzione, ha statuito che «né la legge, né la giurisprudenza della Corte costituzionale abbiano chiaramente identificato gli 'elementi fattuali' e le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell'individuo» quale presupposto per l'applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno: ad avviso della Corte, la legge, nell'individuare la platea dei destinatari della misura in «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici

---

[37] Sulla questione, del resto, saranno presto chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite della Corte di cassazione, alle quali Cass., sez. VI, 17 maggio 2019 ha rimesso la questione consistente nello stabilire «se la sentenza sul caso Contrada lasci al giudice nazionale un margine di apprezzamento per valutare come applicare *erga alios* la nozione di prevedibilità della legge penale in presenza di contrasti giurisprudenziali, legittimando il ricorso a soluzioni individuali, caso per caso, senza quindi aggredire le reali cause del *deficit* riscontrato, bensì facendo uso dei *test* di prevedibilità modellati su un giudizio di prevedibilità/colpevolezza, e quindi personale, secondo i criteri della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale» e se dunque « la sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 sul caso Contrada abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna; e, conseguentemente, laddove sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile». Per una approfondita indagine sull'imprevedibilità dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli tra principio di colpevolezza e certezza giuridica v. ora D. PERRONE 2019. Su tale ordinanza di rimessione v. il quadro riassuntivo ricostruttivo che ne traccia S. BERNARDI 2019.

[38] Corte edu, Grande Camera, sentenza 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in questa *Rivista*, 3 marzo 2017, con nota di F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personale*.

delittuosi» nonché in «coloro che, per la condotta e il tenore di vita, debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», non contiene «previsioni sufficientemente dettagliate su che tipo di condotta sia espressiva di pericolosità sociale», concludendo per la violazione dell'art. 2 prot. 4 della Cedu, a tenore del quale la libertà di circolazione non può essere sottoposta a restrizioni diverse da quelle previste dalla legge.

Rinviando alla letteratura specifica sul tema, quel che qui si può dire è che il giudice convenzionale tratta l'esigenza di sufficiente prevedibilità delle conseguenze della propria condotta, le stesse tradizionalmente espresse dal principio di tassatività-determinatezza-precisione della base legale, come un principio "dimostrativo" e non bilanciabile portato a divorare per intero lo spazio conteso con altri interessi teoricamente giustificabili a livello costituzionale.

Ma si tratta di una pretesa davvero sempre sensata? In effetti, nell'ambito della stessa dottrina penalistica non è mancato chi ha fatto opportunamente osservare come lo stesso principio di sufficiente determinatezza è un principio inquadrabile in un'ottica più "gradualista" che "assolutista", un principio che non risponde cioè a una logica "tutto o niente", ma è suscettibile di affievolimenti parziali a seconda dei campi di materia coinvolti (per es. il sotto-sistema della prevenzione) o i contro-interessi implicati (per es. la sicurezza collettiva e le connesse esigenze di tutela oggettiva dei beni finali di sfondo)[39].

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi, sia in base a parametri convenzionali esterni (art. 2 del Prot. n. 4 Cedu che tutela la libertà di circolazione e art. 1 del Prot. addiz. che tutela il diritto di proprietà) che in base a parametri costituzionali interni (gli artt. 13 e 25, terzo comma, Cost., per quanto riguarda le misure di prevenzione personali; l'art. 42 Cost. per quanto riguarda quelle patrimoniali) sulla legittimità delle sopra richiamate fattispecie 'a pericolosità generica' – costituenti il presupposto per l'applicazione non solo della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con o senza obbligo o divieto di soggiorno ma anche del sequestro e della confisca di prevenzione – si è pertanto trovata a dovere sciogliere il dilemma se inseguire la stessa logica del "terzo escluso" e adottare sentenze di annullamento *totale* delle disposizioni impugnate; o se, piuttosto, tentare di contemperare le esigenze in conflitto (garanzie individuali di predeterminazione sufficientemente precisa della base legale della restrizione – in modo da poterne ragionevolmente prevedere l'applicazione – e prevenzione *ante delictum*) tramite sentenze interpretative di rigetto col compito di precisare con maggiore grado di dettaglio, anche attraverso un rinvio *per relationem* alla giurisprudenza di legittimità, i presupposti applicativi (i c.d. «elementi di fatto») delle misure di prevenzione personale e patrimoniale: e cioè provare a descrivere *casi paradigmatici di pericolosità* e correlativi indicatori oggettivi per poi giudicare costituzionalmente legittima la fattispecie denunciata a patto che li preveda[40].

---

[39] G. FIANDACA 2012, 117 ss.

[40] Per un tentativo in questa direzione v. R. MAGI 2017, 490 ss.

La strada che alla fine ha deciso di seguire la Corte costituzionale con la recentissima sentenza n. 24 del 2019 è quella di una *soluzione differenziata di tipo compromissorio* che riserva un opposto destino alle due fattispecie a pericolosità generica sospettate di incostituzionalità in atto previste nell'art. 1, lettere a) e b), del d.lgs. n. 159 del 2011 (il c.d. codice antimafia), e cioè quella che concerne «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»; e quella che invece concerne «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi».

Il cuore del percorso argomentativo seguito per pervenire a una tale soluzione si articola in due passaggi-chiave: a) da un lato i giudici costituzionali riconoscono espressamente che la rigorosa osservanza delle esigenze di tassatività-determinatezza attinenti alla dimensione linguistica del precetto può subire consistenti affievolimenti nel settore delle misure di prevenzione, a differenza di quanto accadrebbe per l'insieme dei presupposti della responsabilità penale, per i quali invece (in modo forse più ideologico che realistico) sembrerebbero potersi autorizzare soltanto interventi conformativi ridotti al minimo da parte del diritto penale giurisprudenziale[41]: «allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza

[41]Sul punto la Corte, a supporto delle sue impegnative prese di posizione, richiama pregressi orientamenti del giudice costituzionale e ricorda che «in materia di responsabilità penale, invero, questa Corte ha da tempo sottolineato come "l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale" (sentenza n. 327 del 2008), ribadendo recentemente, in termini assai netti, come nessuna interpretazione possa "surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone "la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione" (sentenza n. 364 del 1988) (sentenza n. 115 del 2018)"; e ciò in quanto "nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia" è indispensabile l'esistenza di un "diritto scritto di produzione legislativa" rispetto al quale "l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo" (sentenza n. 115 del 2018)». Non è forse inutile rammentare in proposito che, al di là di queste pur nobili e impegnative affermazioni di principio, la corte costituzionale italiana ha di fatto assunto, lungo più di un sessantennio di attività, un atteggiamento prudenziale ispirato ad un estremo *self-restraint* nell'esercitare un effettivo potere di controllo sulla presenza di inammissibili spazi di indeterminatezza legislativa, essendo notoriamente degli autentici "cigni neri" i casi in cui è effettivamente pervenuta a una pronuncia di annullamento, e per contro statisticamente più numerosi i casi in cui ha preferito operare il salvataggio anche di fattispecie macroscopicamente affette da evanescenti contorni di inafferrabile tipicità (in controtendenza rispetto a questa radicata tendenza si potrebbe adesso citare la sentenza n. 25 del 2019 relativa alla fattispecie che sanziona l'inosservanza dell'obbligo di «vivere onestamente» pur esso incombente sui destinatari della misura di prevenzione sorveglianza speciale). Per una aggiornata rassegna v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI 2001, 143. Senza contare che, a ritenere come seriamente impegnativa e vincolante la presa di posizione suddetta, si potrebbe addirittura involontariamente profilare all'orizzonte, come effetto di sistema non previsto, il "rimbalzo" di una potenziale incompatibilità in linea di principio di un intero modello di illecito penale come il reato colposo, da sempre in una posizione di difficile coabitazione con le esigenze di una rigorosa predeterminazione legislativa dei suoi elementi costitutivi posta al riparo da inevitabili apporti creativi del formante giurisprudenziale.

delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione»; b) dall'altro lato, e conseguentemente, i giudici costituzionali si dichiarano favorevoli ad applicare con minori inibizioni al sotto-sistema delle misure di prevenzione il *topos* argomentativo tradizionalmente in uso nelle questioni di determinatezza, e cioè l'argomento – criticatissimo soprattutto da chi ha più a cuore più la dimensione *semantica* che *pragmatica* del principio[42] – del c.d. «diritto vivente», di cui sembrerebbero d'ora in avanti volere interdire, non si sa con quante *chances* di successo, il possibile impiego come scialuppa di salvataggio nell'ambito del diritto penale strettamente inteso, anche quando non si discuta di fattispecie imprecise a tal punto da non consentire neppure alla giurisprudenza di porvi rimedio mediante un'opera di tipizzazione giudiziale.

La conclusione cui la Corte perviene è che, alla luce dell' "impegno tassativizzante" assicurato dalle corti ordinarie, risulti possibile attribuire in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011: nel senso che tale opera di concretizzazione giudiziale dell'enunciato normativo astratto dovrebbe consentire ai consociati di potere prevedere ragionevolmente e in anticipo in quali «casi» essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

Più in particolare, alla locuzione «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» è richiesto di identificare non tanto singoli "titoli" di reato specificamente enumerabili, quanto piuttosto più ampie "classi" o "categorie" di comportamenti punibili, predeterminabili *ex ante* in sede di istruzioni definitorie astratte e specificabili più dettagliatamente *ex post* in sede di arricchimento ermeneutico garantito dalla prassi applicativa, e per questo legittimamente assumibili a presupposto delle misure in questione al cospetto di una determinatezza temperata dal concomitante richiamo alle esigenze di maggiore flessibilità dell'intervento preventivo, sempre notoriamente sospeso tra dimensione diagnostica e dimensione prognostica.

Tale interpretazione della fattispecie ha permesso ai giudici costituzionali di ritenere soddisfatta l'esigenza di rispettare «gli standard qualitativi – in termini di precisione, determinatezza e prevedibilità – che deve possedere ogni norma che costituisca la base legale di un'interferenza nei diritti della persona riconosciuti dalla CEDU o dai suoi protocolli» attraverso la individuazione di «"tipi di comportamento"

---

[42] Con accenti vigorosamente polemici contro il richiamo al diritto vivente in funzione di "sanatoria" *ex post* dei *deficit* di precisione descrittiva dell'enunciato legislativo si esprimono G. MARINUCCI – E. DOLCINI 2001, 145 ss. Per una prospettiva più aperturista cfr. G. Fiandaca in G. FIANDACA – G. DI CHIARA, 2003, 82, secondo cui «se si privilegia una prospettiva di analisi a orientamento "realistico", che anche ad avviso di chi scrive è da preferire, il contributo della magistratura alla "tassativizzazione" delle fattispecie penali di significato incerto non va incontro a eccessive obiezioni teoriche».

("Types of Behaviour")»: e cioè – secondo la prospettiva di indagine qui adottata – casi generici, tipologie casistiche, frutto del bilanciamento tra le esigenze convenzionali e costituzionali in conflitto.

A esiti decisori opposti è invece pervenuta la Corte con riferimento all'altra fattispecie sottoposta a scrutinio di costituzionalità, quella attualmente prevista dall'art. 1, lettera a), del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione del 2011, ritenuta «affetta da radicale imprecisione» al punto da risultare non emendabile nemmeno in virtù del contributo al riempimento ermeneutico della fattispecie fornito in sede di tassativizzazione giudiziale dalla giurisprudenza antecedente o successiva alla sentenza De Tommaso: all'esito di un'indagine empirica condotta sul panorama complessivo della giurisprudenza esistente in materia, il decisore costituzionale giunge questa volta alla conclusione per cui, in relazione alla suddetta ipotesi, la prassi applicativa non è riuscita nell'impresa di «riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l'interessato, il disposto normativo in esame».

I giudici costituzionali sul punto mettono in evidenza come nella giurisprudenza della Corte di cassazione convivano a tutt'oggi due distinti indirizzi ermeneutico-ricostruttivi che interpretano in modo non omogeneo il concetto di «traffici delittuosi»[43].

Ma vi è di più: perché, a parte la ravvisata presenza di un disaccordo giurisprudenziale più o meno "profondo" nel chiarimento ermeneutico di un requisito così centrale nell'economia complessiva della fattispecie preventiva in discussione, quel che più conta è che né l'una, né l'altra delle due suddette opzioni in campo è in grado di raggiungere un livello di precisione descrittiva e di intellegibilità preventiva sufficiente, quanto meno, a soddisfare gli *standard* minimi richiesti dalla necessaria presenza di un'idonea – ancorché attenuata – base legale richiesta sia per le misure personali che per quelle patrimoniali da tutti i parametri convenzionali e costituzionali coinvolti[44].

---

[43] All'esito della sua attività ricognitiva la Corte costituzionale puntualizza che « Il termine «traffici» delittuosi, di cui alla lettera a) del medesimo articolo, è stato in un caso definito come «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti […]», risultandovi così comprese anche attività «che si caratterizzano per la spoliazione, l'approfittamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili» (Cass., n. 11846 del 2018). In altra pronuncia, il termine è stato invece inteso come «commercio illecito di beni tanto materiali (in via meramente esemplificativa: di stupefacenti, di armi, di materiale pedopornografico, di denaro contraffatto, di beni con marchi o segni distintivi contraffatti, di documenti contraffatti impiegabili a fini fiscali, di proventi di delitti in tutte le ipotesi di riciclaggio) quanto immateriali (di influenze illecite, di notizie riservate, di dati protetti dalla disciplina in tema di privacy, etc.), o addirittura concernente esseri viventi (umani, con riferimento ai delitti di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), o di cui all'art. 600 cod. pen. e segg., ed animali, con riferimento alla normativa di tutela di particolari specie), nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite (usura, corruzione), ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento» (Cass., n. 53003 del 2017)».

[44] A proposito dei tentativi di decodificare il contenuto inespresso della nozione affacciatisi sul terreno del diritto in azione, il giudice delle leggi osserva che «simili genericissime (e tra loro tutt'altro che congruenti)

Sicché, in mancanza di significativi apporti ricostruttivi in possesso degli auspicati caratteri provenienti dalla prassi applicativa del giudice ordinario cui fare rinvio, il giudice costituzionale ha ritenuto che non gli rimanesse a disposizione altra strada se non quella di ricorrere alla ghigliottina di una declaratoria di incostituzionalità della disposizione oggetto di ricorso.

Senonché, ci si potrebbe problematicamente chiedere al riguardo se, prima ancora che compito della comunità dei giudici ordinari, decodificare senso e portata di precetti indeterminati, una volta constatato il fallimento degli sforzi fatti dalle corti comuni, non possa essere un tipo di competenza di cui possano quanto meno essere considerati "con-titolari in proprio" anche i tribunali costituzionali: ai quali potrebbe pertanto spettare non soltanto il compito meramente "osservativo" di registrare, in modo neutro e "non interventista", l'eventuale presenza di interpretazioni tassativizzanti consolidate all'interno della giurisprudenza ordinaria ma – laddove possibile – anche quello di raccogliere gli *imput* frammentari disorganici e incoerenti, già emersi nella prassi giudiziaria comune e ricomporli ad unità nel quadro di una razionalità generalizzatrice da essa potenzialmente esercitabile tramite sentenze interpretative che si preoccupino di salvare la fattispecie tramite l'inserimento di requisiti aggiuntivi estranei al testo della disposizione denunciata in sede di bilanciamento, per es. tra legalità e prevenzione.

Nessun ipotizzabile recupero di tassatività attraverso un aggancio al diritto vivente si è rivelato possibile invece con riferimento all' art. 75, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione) nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» connessi all'imposizione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno: una disposizione da sempre considerata come vistosamente gravata da un incorregibile *deficit* di precisione descrittiva e perciò giudicata, dalla seconda delle due nuove "sentenze gemelle" del 2019, la n. 25, costituzionalmente illegittima per contrasto col «canone di prevedibilità della condotta sanzionata con la limitazione della libertà personale, quale contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 del Protocollo n. 4, e rilevante come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.»[45].

In relazione a tale specifico sottoinsieme di prescrizioni comportamentali, la prassi giurisprudenziale nazionale non ha potuto orientarsi nella direzione della concretizzazione ermeneutico-applicativa dell'enunciato normativo bensì si è orientata nell'opposta direzione di farne emergere il congenito disavanzo in termini di determinatezza: trattandosi di un enunciato con un contenuto così evenescente e indefinito da mettere allo scoperto coincidenze non casuali col modo "tautologico" e

---

definizioni di un termine geneticamente vago come quello di «traffici delittuosi», non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura».

[45] Per un primo commento alle sentenze costituzionali n. 24 e 25 del 2019 v. S. FINOCCHIARO 2019.

"totalista" di intendere l'enfatico "bene sicurezza" alla stregua di un'indifferenziata pretesa di rispetto dell'ordinamento vigente *in tutta la sua estensione*, con evidenti connessi rischi di compromissione indiscriminata di libertà individuali[46];.

Ed è proprio in questo contesto che la Corte di cassazione a sezioni unite, con la c.d. "sentenza Paternò" aveva condiviso, in sede di interpretazione convenzionalmente orientata al precedente de Tommaso, l'assunto del giudice europeo secondo cui il contenuto della sottofattispecie tipica relativa alla prescrizione di vivere onestamente e nel rispetto delle leggi non fosse stato sufficientemente delimitato dall'interpretazione che ne aveva fornito la Corte costituzionale, a seguito del cui intervento sarebbe rimasto inalterato un insopprimibile alone di indeterminatezza dei comportamenti che si pretendono dal sorvegliato speciale[47]. Per arrivare poi a concluderne che, in base a una «rilettura del diritto interno aderente alla Cedu (…) il richiamo "agli obblighi e alle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno" può essere riferito soltanto a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo»: caratteri che vistosamente difettano alle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi"[48].

---

[46] Sul punto cfr., nella letteratura penalistica, D. PULITANÒ 2009, 553 e M. DONINI, 2011, 11 ss. Nella letteratura filosofico giuridica v. A. PINTORE, *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore*, in Id., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, 2010 e da ultimo, in una più ampia prospettiva di indagine, M. BARBERIS, 2017.

[47] La preoccupazione di ridurre i margini di indeterminatezza spinta della fattispecie non è risultata estranea allo sviluppo precedente della giurisprudenza costituzionale. La Corte costituzionale aveva invero tentato, con la sentenza n. 282 del 2010, una manovra di salvataggio della fattispecie, spingendosi ad affermare che «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensi, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo». Per poi concluderne che la prescrizione di vivere onestamente e di rispettare le leggi non violasse il principio di legalità in materia penale. E ciò in base al duplice rilievo per cui, da una parte, il dovere, imposto al prevenuto è quello di rispettare «tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale»; e, dall'altra parte, l'obbligo di «vivere onestamente», se considerato «non in modo isolato ma nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5» (ora art. 8 L. cit.), dovrebbe (con buona dose d'ottimismo) assumere per tale via, un contenuto più preciso. La corte edu, per parte sua, con la *de Tommaso* aveva ritenuto che una simile strategia di riduzione del danno da indeterminatezza si fosse risolto, in realtà, in un "illimitato richiamo all'intero ordinamento giuridico italiano, e non fornisce alcuna chiarificazione sulle norme specifiche la cui inosservanza dovrebbe essere considerata quale ulteriore indicazione del pericolo per la società rappresentato dall'interessato".

[48] Si sente l'eco riconoscibile di un precedente della Corte costituzionale che, sia pure in veste di *obiter*, aveva affermato il principio per cui occorre nettamente distinguere tra obblighi a contenuto concreto e

A chiudere il cerchio, in un ideale gioco di sponda fra le tre corti, è intervenuto alla fine il sigillo della Corte costituzionale che, attribuendo natura di diritto consolidato valevole *erga omnes* alla pronuncia della Grande Camera su *de Tommaso*, vince il tradizionale atteggiamento di prudente cautela che l'ha sempre ispirata nelle questioni di "determinatezza semantica" della fattispecie penale e reputa anch'essa insuscettibile di aggiustamenti in nome della sicurezza pubblica una nozione considerata come affetta da un insuperabile *deficit* strutturale di tassatività, non sanabile neanche attraverso manovre correttive in grado di mettere l'argomento del diritto vivente al servizio del bilanciamento tra precisione descrittiva e flessibilità della prevenzione.

c) Dieudonné. Allo stesso risultato, quello di affermare il primato assoluto del diritto fondamentale e l'arretramento *totale* del controinteresse statale, pervengono anche un gruppo identificabile di tipologie decisorie dichiaratamente ispirate a una strategia argomentativa che la teoria generale dei diritti fondamentali è solita denominare "strategia della categorizzazione" (o *specificazione*)[49].

È questo il tipo di approccio costantemente seguìto dai giudici europei, ad esempio, sul versante dei rapporti tra discorsi d'odio e garanzia convenzionale della libertà di espressione, approccio ancora di recente ribadito nella sentenza resa sulla vicenda del comico francese Dieudonné, che, pur non riguardando l'Italia, può assumere valore esemplificativo di una certa tendenza giurisprudenziale: una sentenza in cui le offese pubbliche alla dignità di un gruppo etnico-religioso (gli ebrei) sono state inventariate dalla Corte edu come specifiche ipotesi di "abuso del diritto" alla libertà di espressione ex art. 17 Cedu, con una scelta che, ratificando la logica legislativa della pericolosità astratta *per tipi di messaggi* considerati già di per sé punibili, le colloca fuori dall'area di protezione del diritto previsto all'art. 10 Cedu.

Con un'operazione di tipo meramente "dichiarativo", che, cioè, si pretenderebbe di potere condurre *ex ante* in termini puramente "descrittivi", le restrizioni penalistiche all'*hate speach* non sarebbero, cioè, *mai* in grado di violare la garanzia convenzionale della libertà di espressione perché le relative condotte espressive vengono *preventivamente* collocate fuori dal suo campo di applicazione concettuale in base a gerarchie assiologiche presentate come valide in assoluto e non più rivedibili [50].

L'obiettivo generalmente perseguito da strategie di questo tipo è dunque quello di stabilire, *ex ante* e *in astratto*, l'effettivo campo di applicazione di un diritto

---

determinato, come tali dotati di specifico contenuto precettivo e perciò penalmente sanzionabili in caso di inosservanza; e prescrizioni generiche non indicate puntualmente, la cui violazione non può dare luogo a sanzione penale: Corte cost., ord. 12 dicembre 2003, n. 354, in «Cassazione Penale», 2004, 1241, con nota di Romeo.

[49] Sulle caratteristiche essenziali di tale strategia argomentativa v. G. PINO, 2010, 156; nella letteratura giusfilosofica nord-americana v. F. SCHAUER 1981, 265 ss. e K.M. SULLIVAN 1992, 293 ss.; v. anche J.J. MORESO 2012, 36.

[50] Corte edu 20 ottobre 2015, *Dieudonné M'Bala M'Bala c. Francia*, in questa *Rivista*, 21 dicembre 2015.

fondamentale (in questo caso, la libertà di espressione). E uno dei modi più tipici con cui la suddetta "strategia della categorizzazione" persegue i suoi obiettivi è appunto quello di stabilire in anticipo, attraverso una mera operazione concettuale-astratta, i limiti "logici" (o "impliciti") all'ambito di estensione di un diritto fondamentale. E cioè nell'identificare, una volta e per tutte, senza possibilità di revoca, ciò che 'sta dentro' e ciò che 'sta fuori' dal suo perimetro "naturale" tramite una semplice mossa definitoria preliminare. Più in particolare, per restringere in astratto il contenuto di un diritto fondamentale (per stabilire preliminarmente ciò che la sua garanzia costituzionale *non può e non deve includere*), la tecnica più comunemente seguita consiste nell'identificare una serie di 'eccezioni permanenti' al suo ambito di applicazione derivanti dalla spinta di un interesse contrapposto considerato sempre prevalente[51].

Orbene, è proprio questa la pista battuta dalla giurisprudenza europea sulla propaganda di idee razziste quando afferma, a livello di mere enunciazioni teoriche astratte, il primato esclusivo della dignità umana sulla libertà di parola in tale specifico ambito: nel riconfermare scelte unilaterali di tutela già adottate dai legislatori nazionali in sede di strutturazione del fatto punibile, la prassi applicativa della Corte edu si è, infatti, mostrata per lo più incline a configurare *in blocco* il discorso razzista, *in tutte le sue forme di manifestazione*, come una categoria di "discorso non protetto", perché ritenuto presuntivamente lesivo del bene della dignità umana. La posizione da essa espressa è dunque così riassumibile: la manifestazione del pensiero è libera, a meno che non si tratti di affermazioni a sfondo razzista, *quale che ne sia la forma, il contenuto o i possibili effetti.* E così, una volta stipulato in linea puramente 'teorico-ideale' che la propaganda razzista, in tutte le sue possibili forme di manifestazione, lede (appunto... per definizione) un interesse che costituisce un'emersione del diritto fondamentale alla dignità personale, si introduce contemporaneamente un limite "logico" insuperabile all'ambito di estensione della libertà di espressione: senza preoccuparsi della eventuale possibilità di distinguere, ad esempio, tra manifestazioni di pensiero razzista produttive di un pericolo chiaro e presente di comportamenti violenti o discriminatori e manifestazioni che ne sono prive; oppure tra forme di intolleranza gratuita e ingiustificata e forme di dissenso critico motivato e ragionato[52]. Una posizione 'categorica', per l'appunto, che, senza preoccuparsi affatto del rischio di scivolare verso forme di "censura postmoderna" del dissenso politico-ideologico, nega radicalmente che, in nome di una retorica 'da Primo Emendamento', sia possibile affermare la presunta esistenza di un "diritto convenzionale a essere razzisti"[53].

Facilmente intuibili le riserve critiche opponibili ad una strategia giustificativa di questo tipo: sotto le mentite spoglie di un'operazione concettuale neutra e asettica, si può legittimamente sospettare che, in realtà, si stia tentando di occultare ben altro, e cioè un *bilanciamento nascosto dietro una definizione*.

---

[51] Sul punto specifico cfr. G. PINO 2010, 157.

[52] Sul punto sia consentito il rinvio a A. TESAURO 2013, 21 ss., e 58 ss.

[53] Per il dibattito che, nella cultura giuridica nordamericana, agita gli opposti timori di uno scivolamento verso forme di *Postmodern Censorship* o della pericolosa affermazione di un *Constitutional Right to be Racist* v. S.G. GEY 1996, 193 ss.

Ma di che tipo di bilanciamento si tratta? Evidentemente anche qui di un bilanciamento propenso a decretare *una volta e per tutte* quali, fra una pluralità di ragioni convenzionali e costituzionali tutte valide e tutte rilevanti per il caso da decidere, debbano vincere e quali debbano restare definitivamente sconfitte: uno (pseudo-)bilanciamento interamente condotto *in vacuo*, che di fronte al conflitto fra più diritti, aspirerebbe a risolvere il problema del loro coordinamento ancora una volta in base ad un ordine logico-astratto di priorità stabilito *in partenza*, prima e a prescindere dall'effettivo compimento di specifiche operazioni di bilanciamento effettuate in relazione a più o meno definite tipologie casistiche di conflitto.

La decisione *in vitro* del conflitto tra libertà di pensiero e dignità umana osservabile in quest'ambito appare però possibile solo a patto di adottare argomenti *Knock down* molto compromessi con una posizione meta-etica di stampo 'cognitivista' e 'realista'[54]: mentre invece l'individuazione dei possibili limiti alla libertà di pensiero, anche nel campo della propaganda di idee razziste, non è un *prius* (ma un *posterius*), segue (e non precede), presuppone (e non può evitare), il bilanciamento tra i beni convenzionali e costituzionali in gioco: cosa possibile "solo a partire da una serie di ipotesi tipiche, di casi paradigmatici in cui la violazione o la limitazione di quel diritto ci sembra inammissibile"[55].

Quel che anche qui ne dovrebbe risultare è che, a meno di non essere dell'idea di assegnargli funzioni di "legislatore negativo" col compito meramente esecutivo di procedere 'a rime obbligate' a declaratorie secche di incostituzionalità della normativa statale ex art. 117 Cost. tramite pronunce radicalmente demolitorie, il giudice costituzionale dovrebbe vedere rilanciato una volta di più il suo ruolo di giudice del bilanciamento che, lungi dall'avallare definizioni *a priori* del contenuto essenziale dei diritti fondamentali formulate in anticipo sui casi e le relative giustificazioni, procede al bilanciamento definitorio tra tutti i diritti e gli interessi in causa secondo una tecnica di argometazione e decisione la quale «prevede che per ogni caso (generico) di conflitto tra due diritti fondamentali si possa individuare una regola che, fissate certe condizioni di applicazione, indichi la prevalenza di uno dei due diritti sull'altro, o comunque indichi le modalità di coordinamento dell'esercizio dei due diritti»[56].

---

[54] Sull'opposizione tra oggettivismo/cognitivismo etico e relativismo/non cognitivismo la letteratura è vastissima. Ci limitiamo a rinviare, anche per gli opportuni riferimenti, a B. CELANO 1994. Pur a prezzo di brutali e imperdonabili semplificazioni, si può dire qui che, secondo le diverse correnti del c.d. realismo morale, esistono infatti dei valori "oggettivi", almeno parzialmente indipendenti dalle credenze e dai desideri di ciascuno, che determinano ciò che è moralmente giusto o sbagliato. In questa prospettiva, qualcosa meriterebbe di essere desiderato *proprio in quanto* ha valore. Il realismo sostiene perciò sia, dal punto di vista ontologico, che esistono delle entità, i *valori oggettivi*, indipendenti dal soggetto conoscente; sia, dal punto di vista epistemologico, che è possibile conoscere quali sono i valori oggettivi degni di essere realizzati. La differenza tra le due concezioni è, in definitiva, riassumibile nel seguente dilemma, detto "di Eutifrone": «*se x è degno di essere desiderato (è in se stesso desiderabile) perché è buono ("perché" indica qui un nesso logico, concettuale), oppure x appare buono se, e nella misura in cui, è desiderato*»: così B. CELANO, 2003, 215.

[55] G. PINO 2007, 240.

[56] Così, G. PINO 2007, 259.

4. Le scelte unilaterali di tutela del giudice sovranazionale nell'età del bilanciamento: tra "controlimiti" e "massima espansione delle garanzie".

Nell'orizzonte complessivo abbozzato fin qui, la logica *win/loss* che, come abbiamo visto, in molti casi la Corte europea potrebbe essere indotta a perseguire ci sembra possa costituire il naturale terreno di elezione in cui lo scenario dei «controlimiti» – così come prefigurato, con tutti gli opportuni adattamenti, già dalle c.d. "sentenze gemelle" del 2007 – o la sua più recente e matura controfigura teorica rappresentata dal criterio della «massima espansione delle garanzie» – nella versione messa a punto da una serie di sentenze che vanno dalla n. 317 del 2009 alla n. 264 del 2012 – potrebbe davvero diventare attuale.

Come è noto, la prima pista – poi non più battuta nel successivo percorso evolutivo della giurisprudenza costituzionale – alludeva al fatto che le norme della Cedu, così come filtrate nelle decisioni emesse dal giudice sovranazionale nell'esercizio dei suoi poteri interpretativo-applicativi, avrebbero potuto costituire parametro interposto per la valutazione della legittimità costituzionale delle scelte legislative a patto di superare indenni un controllo di costituzionalità "in ingresso" che – a differenza di quanto accade per il diritto dell'Unione – "non è da intendersi qui limitato alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali […] o dei principi supremi […], ma deve "estendersi a ogni profilo di contrasto tra le 'norme interposte' e quelle costituzionali" (sent. cost. 348, § 4.7).

L'impiego di un simile filtro selettivo, trasferito dal piano delle «limitazioni di sovranità» ex art. 11 cost al piano dei limiti alla potestà legislativa statale e regionale ex art. 117, primo comma, Cost., avrebbe dovuto consentire pertanto alla Corte costituzionale di rilevare possibili profili di contrasto dell'obbligo internazionale di adeguamento con l'*intero* insieme delle disposizioni costituzionali potenzialmente implicate nella vicenda da giudicare: col risultato di sospendere in via incidentale l'obbligo di conformarsi alle sentenze europee nella misura in cui fosse stato giudicato in contrasto con le norme della Costituzione potenzialmente rilevanti per il caso da decidere, e disconoscergli così l'effetto tipico di determinare l'invalidità totale o parziale della disposizione di legge nazionale incompatibile con la Convenzione.

In un'ottica di contenimento delle spinte alla massimizzazione delle sole tutele convenzionali insite nel criterio del *maximum standard* con le controspinte provenienti dal versante dei beni costituzionali antagonisti, si era deciso – già in questa prima fase di avvio del sistema – che, per potere incidere in senso invalidante sui destini della disposizione di legge statale sottoposta a scrutinio di costituzionalità, il *plus* di tutela garantito al diritto convenzionale rispetto al livello assicurato dall'ordinamento interno restava sospensivamente condizionato a una previa verifica di compatibilità della soluzione annullatoria prospettabile con l'intero sciame di tutti i diritti, principi e interessi costituzionalmente garantiti potenzialmente suscettibili di ricadere all'interno del giudizio di bilanciamento.

Con la seconda prospettiva, ancor più dichiaratamente ispirata della prima a una più critica e consapevole "cultura della vigilanza" alle frontiere, la Consulta – nel

ricalibrare il "verso" al criterio della massima espansione delle garanzie da una sua iniziale inclinazione di tipo "monistico", solipsisticamente riferita al *singolo* diritto fondamentale, ad una caratterizzazione "sistemica" e "multipolare", più in linea con le coordinate di fondo del costituzionalismo democratico-pluralista – prende definitivamente atto che «i diritti (persino i diritti, minimali, della tradizione liberale) vengono in grappoli, e i conflitti sono inevitabili»[57]. E interpone un diaframma con cui intende riservarsi più esplicitamente il potere di sottoporre a revisione il modo in cui bilanciamento è stato condotto in sede europea[58]: 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»[59].

---

[57] B. CELANO 2002, 96. Nella letteratura costituzionalistica si mostra ben consapevole di questo aspetto cruciale della questione E. LAMARQUE 2013, 761, secondo cui «la semplice tattica difensiva valida per tutti gli altri trattati – e cioè: gli accordi internazionali non possono violare nessuna norma della Costituzione italiana – difficilmente avrebbe potuto adattarsi alla Convenzione, e in generale ai trattati sui diritti umani, essendo da un lato eccessivamente severa e dall'altro lato insufficiente. Il criterio è *eccessivamente severo*, e quindi *inutile*, perché è del tutto improbabile che una norma internazionale di tutela di un diritto umano si ponga in contrasto frontale con una previsione della Costituzione, come invece è sempre possibile che accada per le norme pattizie di diverso contenuto (…). Ma da un altro punto di vista lo schema difensivo predicato dalla Corte costituzionale per tutti i trattati si rivela anche certamente *insufficiente* per i trattati sui diritti umani. È, in altre parole, *un filtro a maglie troppo larghe*, perché non riesce a bloccare all'entrata norme pattizie che sarebbe invece necessario neutralizzare a causa dei loro effetti di sistema. Ogni diritto proclamato da una carta internazionale, infatti, entrando nell'ordinamento interno è potenzialmente in grado di produrre conseguenze sull'assetto delle garanzie costituzionali paragonabili agli sciami di un terremoto: ramificate ed estese nel tempo e nello spazio, e soprattutto impossibili da prevedere prima che si siano verificate. Come afferma Massimo Luciani, l'incremento di un diritto fondamentale non è mai indolore, perché come minimo altera le preesistenti strutture di valore. Inoltre, (…) un nuovo diritto proveniente dall'esterno può comprimere o trasformare la consistenza di altri diritti o interessi costituzionalmente rilevanti in un modo e in una misura non individuabili *a priori* e in astratto, ma solo dopo che gli effetti si sono prodotti. Quando un diritto esterno entra nel nostro ordinamento, in definitiva, porta con sé non solo benefici ma sempre anche costi, che devono essere attentamente valutati. Ed è proprio per evitare l'ingresso di diritti che portino con sé costi eccessivi che la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni ha sperimentato per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo controlli alle frontiere diversi – e *più severi* – di quelli teoricamente enunciati in relazione a qualsiasi altro trattato internazionale».

[58] Cfr. sul punto V. VALENTINI 2016, 856, a giudizio del quale, con la sentenza n. 317 del 2009 «il giudice delle leggi teorizza il "controlimite del bilanciamento, o meglio, sottopone a controlimiti il controlimite del *maximum standard*: si apre a una combinazione *multilevel* finalizzata alla massima espansione di diritti e garanzie, ma sempre tenendo presente che esistono *contro*-diritti in grado di frenare quella massimizzazione; e il potere-dovere di stabilire il punto in cui va tirato il freno, impedendo a quelle grandezze di divorarsi vicendevolmente, compete anzitutto alla Corte costituzionale: che quindi si autoattribuisce l'ultima parola in punto di limiti di tutela/espansione dei diritti fondanentali».

[59] La formulazione, preceduta da significative anticipazioni dottrinali, come quella di G. SILVESTRI 2006, 15, compare nella sentenza n. 317 del 2009 e la tesi di fondo che vi sta alla base trova più compiuta elaborazione nella sentenza n. 264 del 2012. Esprime valutazioni di segno favorevole sulla correzione di

La "riserva di bilanciamento" a favore della Corte costituzionale è stata poi ulteriormente ribadita, e più compiutamente esplicitata a livello di generali enunciazioni di principio, con la già richiamata sentenza sulle pensioni svizzere: in quell'occasione, la Corte costituzionale ha statuito innanzitutto che la norma convenzionale, «nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza», precisando che queste operazioni di bilanciamento sono «volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele». In secondo luogo, sulla base della premessa teorico-generale di fondo per cui «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro», ha ritenuto di potere individuare nel giudice delle leggi il soggetto istituzionalmente incaricato di effettuare i dovuti controlli sul bilanciamento legislativo degli interessi messi in tensione dalla fattispecie denunciata: è la Corte costituzionale che «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata»[60]. Detto con la recentissima sentenza n. 25 del 2019: «va verificato che il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa – o comunque non necessariamente convergente − rispetto a quella sottesa all'accertamento, riferito al caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU». E quando è chiamata a verificare la costituzionalità del bilanciamento legislativo sulla scorta di precedenti scelte unilaterali di tutela di «singoli diritti» operate dal giudice europeo «in modo parcellizzato», la Corte costituzionale – se deve davvero operare una «valutazione sistemica» finalizzata all' «integrazione delle tutele» – dovrebbe potersi sottrarre al dovere di replicare lo stesso spartito seguito a Strasburgo e non pervenire di conseguenza alla soluzione obbligata dell'annullamento della fattispecie impugnata, e semmai impegnarsi in sede di bilanciamento definitorio nella

---

rotta tendente a declinare l'idea del *maximum standard* non già in relazione al singolo diritto-monade concepito nella sua perfetta autosufficienza, bensì con riferimento alla massima tutela possibile dell'intero catalogo dei diritti, principi o interessi costituzionali potenzialmente rilevanti nella singola fattispecie oggetto di decisione E. SCODITTI 2013, 788 ss. Più in generale, per un giudizio complessivamente favorevole, nella letteratura penalistica cfr. V. VALENTINI 2014, 285 ss., per il quale in questo modo il criterio «si apre a una combinazione virtuosa *multievel* finalizzata alla massima espansione delle garanzie basiche, ma la si controlla con un insormontabile anticorpo: il veto della Consulta in punto di limiti della tutela-espansione dei diritti basici». Per una serrata critica al criterio della massima espansione delle garanzie, nella versione "multipolare" messa a punto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 264/2012, cfr. A. RUGGERI 2012.

[60] Una posizione analoga nella sostanza a quella assunta dalla Corte Costituzionale austriaca, di cui fa menzione G. RESS, 2005, 359 ss., che ha anch'essa affermato come «there is still a difference between the Convention as a part of the constitution and the Convention as an international treaty interpreted by the ECtHR. Within the domestic legal order, the Convention is only one element in the mosaic of different constitutional provisions and its interpretation in that context may differ considerably from an interpretation based on the Convention alone»

formulazione di regole generali e astratte di coesistenza tra tutti gli interessi in conflitto: regole che – come abbiamo avuto occasione di segnalare in altra sede – costituiscono il risultato di un particolare tipo di interpretazione a carattere *additivo-integrativo* (la c.d. «interpretazione dissociativa») diretta a introdurre nella disposizione censurata clausole d'eccezione non previste a livello legislativo[61].

Contro le temute conseguenze eversive dell'ordine convenzionale che si presumono insite in un assetto di questo tipo, si è però polemicamente osservato che il saldo finale di una simile impostazione sarebbe quello di assicurare in tal modo «al *singolo* diritto fondamentale in gioco, un *livello di tutela inferiore* a quello determinato in sede europea, *in patente violazione degli articoli 6, 32 e 46 della Convenzione*; e ciò in nome della tutela di controinteressi che la Corte di Strasburgo aveva già valutato come inidonei a legittimare l'interferenza con il medesimo diritto fondamentale. Con buona pace del principio del *maximum standard*, enunciato a parole ma letteralmente stravolto nel suo significato». Un'impostazione «il cui esito pratico sarebbe quello di consentire alla Corte costituzionale di discostarsi *ad libitum* dagli orientamenti interpretativi della Corte di Strasburgo, sulla base di un *nuovo bilanciamento* degli *stessi interessi* già bilanciati a Strasburgo (…). Il quesito cruciale è se la Corte costituzionale possa rivendicare il potere di rifare ogni volta il bilanciamento già effettuato in sede europea tra il singolo diritto e gli interessi di rango costituzionale di volta in volta confliggenti; oppure se debba in linea di principio accettare il risultato del bilanciamento compiuto in sede europea, e tollerare così il 'costo' del diritto riconosciuto in sede europea in termini di minore tutela dei controinteressi in gioco»[62].

Per rispondere al suddetto quesito, il punto che ci sembra veramente decisivo è *come* la giurisprudenza di Strasburgo ha adempiuto al compito che ad essa dovrebbe

---

[61] Sulla c.d. "interpretazione dissociativa" nell'argomentazione giuridica v. nella letteratura teorica E. DICIOTTI, 1999, 451 ss.; e R. GUASTINI 2004, 163. Il concetto di "dissociazione" è stato introdotto nella teoria dell'argomentazione pratica (morale, politica, giuridica) e filosofica da C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA 2001, 433 ss. Nella riflessione costituzionalistica cfr. G. SORRENTI 2006, 243, secondo cui "di frequente il contemperamento delle contrapposte istanze costituzionali coinvolte, effettuato dal legislatore in misura sbilanciata a favore di una sola di esse e riformulato dalla Corte costituzionale, giustifica di per sé una "metamorfosi" della disposizione legislativa, la cui rigorosa natura di regola viene stemperata da eccezioni da essa ritagliate in via interpretativa per "aggiustare" il punto di equilibrio tra i configgenti principi". Come segnala P. CHIASSONI 1997, 350, la tecnica della dissociazione «consiste nel creare una distinzione tra due classi di casi tra i quali il lessico legislativo non distingue». La c.d. argomentazione dissociativa si fonda, cioè, su un «giudizio di differenza» tra fattispecie astratte tramite il quale l'interprete costituzionale – per rimanere nell'emisfero penalistico – scorpora una sottoclasse di comportamenti punibili dall'ambito di applicazione di una *norma generale inclusiva*. E cioè introduce nell'antecedente della norma un'eccezione implicita a cui il legislatore ordinario non ha pensato affatto (o che ha deliberatamente escluso), arricchendo contemporaneamente la lista dei presupposti richiesti dalla fattispecie legale. il giudice delle leggi, quando avanza un'interpretazione dissociativa in sede di giudizio di bilanciamento, riduce il campo di applicazione della disposizione censurata attraverso la creazione di un'opportuna «regola differenziatrice» che eccettua dalla sua cornice tipica *casi generici* per l'innanzi inclusi nel suo spettro applicativo. Detto quasi con uno *slogan*: aggiunge proprietà (generali) e sottrae casi (generici). Per un tentativo di applicare un simile schema concettuale di analisi alla giurispudenza costituzionale in materia penale cfr., volendo, A. TESAURO 2009, 146 ss.

[62] Così F. VIGANÒ 2014, 18.

spettare in prima battuta: con un "bilanciamento per contemperamento" relativo al caso generico e capace di tradursi nella prospettazione, in chiave di astrazione generalizzatrice, di vere e proprie regole ponderative ad applicazione sussuntiva che si incarichino di espicitare le condizioni in presenza delle quali un diritto convenzionale può prevalere su un diritto, un principio o un interesse costituzionale? O con un "bilanciamento per superamento" relativo al caso concreto che si limita, per converso, ad affermare il "primato violento" delle garanzie convenzionali sulle concomitanti garanzie costituzionali e si astiene dall'emettere regole di coordinamento tra i diversi beni in gioco, lasciando così il bicchiere di uno dei diritti, principi o interessi in contesa *completamente* vuoto? E dunque con un bilanciamento "categorico e incondizionato" che, come abbiamo visto, concepisce i diritti convenzionali come "scudi" (quando non, più direttamente, come *Trumps*) e si ispira all'ideale regolativo del "peso sproporzionato"?[63]

Nei casi in cui la Corte europea si dovesse davvero mostrare davvero propensa ad un 'uso tirannico' dei diritti convenzionali, la Corte costituzionale, più che «assumersi la (non facile) responsabilità di fare un passo indietro» – come raccomanda, dal versante penalistico, la posizione dottrinale su richiamata – dovrebbe semmai assumersi la responsabilità opposta di fare un *paso doble*: il giudice costituzionale nazionale potrebbe non sentire, infatti, alcun bisogno di effettuare da sé un rinnovato giudizio di bilanciamento «in nome di altri e confliggenti interessi dotati di qualche rilevanza nel quadro del proprio ordinamento costituzionale», se però il giudice sovranazionale davvero vi avesse già effettivamente proceduto per proprio conto[64]. Dire perciò che la Corte di Strasburgo, in ottemperanza ad un suo «specifico *modus operandi* (…), pressoché *in ogni giudizio* nel quale si discute della violazione di un diritto fondamentale lamentata dal ricorrente si fa carico di bilanciare le ragioni di tutela di tutela di tale diritto con l'insieme dei controinteressi invocati in sede processuale dallo Stato resistente, onde verificare se la necessità di tutela di tali interessi giustifichi la limitazione del diritto del ricorrente» ha tutta l'aria di essere un'affermazione più asserita che dimostrata, se non si precisano caso per caso le condizioni in cui ciò può dirsi effettivamente avvenuto. Sicché, concedere *sempre* al giudice convenzionale «l'*ultima parola* sul *risultato di tale bilanciamento* tra diritti fondamentali e controinteressi di volta in volta in gioco», anche quando il bilanciamento effettuato a Strasburgo si allontana dal modello del «bilanciamento-risultato» – quello, per intenderci, che determina regole, casi e proprietà – per diventare sinonimo (non di contemperamento ma) di accantonamento di un bene a totale vantaggio di un altro finisce, in ultima

[63] La distinzione tra bilanciamento "per superamento" e bilanciamento "per contemperamento" la si può fare risalire a T.A. Aleinikoff, che la formula contrapponendo l'*overwhelming balancing* allo *striking-a-balance balancing*.

[64] «Che le scelte del legislatore non siano «sbilanciate» o che nella questione prospettata alla Corte non siano incisi diritti o principi costituzionali è la *conseguenza* di un giudizio di bilanciamento regolarmente svolto, non una considerazione preliminare capace di impedire l'accesso a questioni prive di «tono »: è il risultato *negativo* di un giudizio di bilanciamento, non la sua negazione»: così R. BIN 2002, 71. (corsivi aggiunti).

analisi, con l'assomigliare molto da vicino a un *auto da fé*[65]. Ossia finisce col produrre un effetto simile a quello di una "rimozione autoritativa del dubbio" – il dubbio se si debba sancire anche in questi casi a carico dei giudici costituzionali interni un obbligo di adeguamento alle decisioni europee con correlativo obbligo di procedere a una declaratoria secca di incostituzionalità della fattispecie sospetta – in cui la *legittimazione istituzionale* della soluzione 'a senso unico' adottata in sede europea finisce per prevalere sulla sua *legittimazione argomentativa*: e ciò nel paventato (e, a nostro avviso, infondato) timore che concedendo, pur in simili eventualità, ai giudici costituzionali interni «il potere di disattendere le indicazioni di tutela dei diritti fondamentali scaturenti dalla Convenzione così come interpretati dalla Corte di Strasburgo (…) l'intero sistema di tutela dei diritti convenzionali finirebbe per perdere ogni connotato di cogenza giuridica per gli Stati parti»[66].

Ne deriva che è proprio in questi casi, nei casi in cui il giudice europeo si mostra effettivamente incline a ordinare le grandezze convenzionali e costituzionali a confronto in rigidi rapporti di prevalenza/soccombenza, assecondando gerarchie assiologiche precostituite in partenza che rinunciano a soluzioni regolative di tipo "compromissorio" orientate all'«integrazione delle tutele», che potrebbe apparire maggiormente plausibile la rivendicazione da parte della Corte costituzionale nostrana di un «"margine di apprezzamento" nazionale […], elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea, dei quali dovrà essere rispettata (soltanto) la "sostanza"»[67]. Ed è proprio in

---

[65] A proposito della «teoria del *maximum standard* o della "tutela più intensa dei diritti" osserva R. BIN 2014, 362, il quale osserva che, per quanto sia ormai divenuto abituale inquadrare «la tematica dei diritti alla luce della teoria e della giurisprudenza sul bilanciamento (tra interessi, principi, diritti o valori)» «quello che sembra sfuggire a molti è la semplicissima conseguenza della metafora del bilanciamento: che i diritti sono a somma zero, esattamente come i piatti della bilancia, se uno sale l'altro scende. Se quella che a me sembra un'ovvietà risulta alquanto indigesta ai costituzionalisti […] capisco che possa sembrare ostica a chi si occupa di diritto penale». la Corte edu tende a «concepire la tutela dei diritti come rivendicazione contro lo Stato […] e in questa prospettiva trova collocazione la teoria del *maximum standard*. E dei diritti della vittima, nonché degli interessi della collettività chi se ne occupa? Chi bada a inserirli nell'altro piatto della bilancia? […]. Fa bene la Corte costituzionale ad opporsi agli "sconfinamenti" della Corte edu, quando questa pretende di fissare il punto di bilanciamento fra gli interessi ragionando sullo specifico della carta che applica e pretendendo di imporlo anche agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri […]. Le "carte dei diritti" non sono affatto equivalenti. La CEDU è il frutto della guerra fredda e intende fissare un argine al rischio di rigurgiti totalitari e al pericolo comunista ribadendo la sacralità delle libertà e dei diritti liberali. La Costituzione italiana è un'altra cosa […]. Il maximum standard o il "livello più elevato di protezione" sono spiegazioni dottrinali di un fenomeno che non è affatto privo di conseguenze negative per la tutela dei diritti Tutto dipende dalla risposta alla domanda: di quali diritti? Questo è il punto».

[66] Le citazioni riportate nel testo sono sempre di F. VIGANÒ 2014 20, 21, 24.

[67] L'affermazione, contenuta nella sent. n. 264/2012, compare già in termini pressoché coincidenti nella sent. n. 236/2011 e riprende una formulazione contenuta già nella sentenza n. 317/2009, secondo cui spetta alla Corte costituzionale di «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», e ne trae l'ulteriore implicazione che al giudice delle leggi italiano «compete di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è

casi come questi, in cui resta impregiudicato il potere di apprezzamento autonomo degli interessi costituzionali concorrenti, che può diventare davvero «infungibile» il ruolo di titolare di una riserva esclusiva di bilanciamento attribuito al giudice costituzionale da alcune sentenze del 2013[68].

5. Una commensurabilità strumentale?

Due ultime considerazioni, prima di passare, nella terza e ultima parte del lavoro, al secondo dei due possibili modelli di bilanciamento a nostro avviso riscontrabili nella prassi applicativa della Corte Edu.

La prima, più generale, considerazione che emerge dai rilievi sopra svolti ha a che fare con la scelta teorica a monte se trattare le decisioni giudiziali in tema di commensurablità-comparabilità tra diritti convenzionali e interessi costituzionali che,

---

destinata ad inserirsi». L'esercizio di un tale margine di apprezzamento e di adeguamento» viene rivendicato in relazione al precedente della Corte edu *Scoppola c. Italia (n. 2)*, sent. 17 settembre 2009, invocato dai giudici remittenti, rispetto al quale il giudice delle leggi sottolinea che, pur trattandosi di una sentenza che «tend[e] ad assumere un valore generale e di principio», essa «resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione [dalla Corte costituzionale], nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio». Per affermazioni consimili cfr. anche ord. n. 150/2012 e nella sent. n. 230/2012.

[68] Corte cost., sentt. n. 170 e n. 202 del 2013, a commento delle quali osserva E. LAMARQUE 2013, 768, che «il giudice costituzionale arriva a dire e a ripetere che il suo ruolo nelle operazioni di bilanciamento ed integrazione tra diritti interni ed esterni allo scopo di assicurare sempre la massima espansione delle garanzie è "*infungibile*", e cioè necessario e non sostituibile dall'intervento di qualsiasi altro giudice. Viene così allo scoperto l'intento che muove la Corte costituzionale italiana, che è quello di farsi, ancora prima che ago della bilancia, *bilancia essa stessa*. Essa, in altri termini, si presenta come l'unico 'contenitore' adatto a raccogliere tutti i diritti di differente origine e tutti i valori in gioco al fine di consentirne una reale integrazione, e quindi pretende di essere considerata l'unico giudice dotato degli elementi necessari per decidere il punto di equilibrio migliore tra di essi (…). Solo la Corte costituzionale si trova in una posizione istituzionale tale da potere raccogliere, prima, e soppesare, poi, tutti gli elementi, in modo da assicurare una soluzione che eviti l'arretramento del livello complessivo di garanzie già esistenti». In direzione analoga i puntuali rilievi di R. BIN 2015, 9, il quale – sul presupposto di una asimmetria esistente tra il bilanciamento europeo, avente ad oggetto soltanto diritti a base convenzionale, e bilanciamento costituzionale – sottolinea che «il bilanciamento che si svolge all'interno dell'ordinamento costituzionale nazionale non può essere ridotto agli spazi definiti dalla Corte europea. Perché nella Costituzione italiana, per esempio, vi sono diritti e interessi che non trovano uno specifico riconoscimento nella CEDU: il che è facilmente comprensibile se solo si tiene conto della diversa origine e funzione storica che caratterizzano le due carte. Ragione per cui le valutazioni della Corte EDU non possono sovrapporsi o sostituirsi alle valutazioni delle corti nazionali». Per poi concludere che «il margine di apprezzamento è espressione che deve equivalere a riserva di bilanciamento: questo non è affatto esplicito nella giurisprudenza EDU, ma corrisponde al punto di vista del giudice costituzionale. Anche la Corte EDU opera bilanciamenti trai principi della Convenzione, ma in essi non possono entrare anche i principi contenuti nelle Costituzioni nazionali: per questi il bilanciamento deve essere riservato alle corti nazionali».

di volta in volta, i giudici europei o costituzionali sono chiamati ad assumere, come questioni "di ontologia morale" o, all'opposto, come questioni "strumentali".

A volere indagare le ragioni profonde alla base della legittimità, prima di tutto teorica, del sopra ipotizzato intervento surrogatorio del giudice costituzionale nei confronti del giudice europeo, quel che andrebbe messo opportunamente in evidenza è che in realtà «commensurabilità e comparabilità non sono *proprietà oggettive* di insiemi di valori o ragioni che si danno o non si danno. Piuttosto, commensurabilità e comparabilità spesso sono, o possono essere ricostruite come, *attitudini*, *disposizioni*, *strutture concettuali* e, in quanto tali, possono essere meglio concepite come qualcosa che si *sceglie*, piuttosto che come qualcosa che semplicemente *esiste*: più precisamente come qualcosa che si sceglie non per ragioni *intrinseche* ma per ragioni *strumentali*»[69].

Il discorso porterebbe troppo lontano e, in questa sede, possiamo limitarci soltanto ad alcune notazioni essenziali.

Due considerazioni a carattere introduttivo prima di entrare più direttamente nel merito di tale specifica questione: la prima è che, mentre certe tecniche di argomentazione giuridica – tra le quali il bilanciamento è l'esempio più ovvio - presuppongono una stretta parentela con l'orizzonte teorico della *commensurabilità*, certe strutture decisionali – come quelle europee deputate all'*enforcement* giudiziale dei diritti anche contro gli interessi legislativamente protetti dalle maggioranze politiche nazionali di turno – possono spesso sentirsi più a loro agio all'interno della cornice concettuale dell'*incommensurabilità*; la seconda è che lungo la contrapposizione teorica commensurabilità/incommensurabilità possono essere disposte tutta una serie di questioni tradizionalmente discusse sotto la rubrica del bilanciamento, tra le quali si può senz'altro includere anche quella dei rapporti tra bilanciamenti *ad hoc* della Corte edu e bilanciamenti definitori delle corti costituzionali.

Fatte queste premesse, il primo passaggio-chiave di questo innovativo approccio di tipo *strategico-strumentale* al problema della commensurabilità tra diritti e interessi, visto non come un'irriducibile questione di "ontologia morale" bensì come una questione da trattare da una prospettiva di tipo schiettamente conseguenzialista, consiste nel mettere opportunamente in luce che le affermazioni a favore o contro la commensurabilità o l'incommensurabilità di giudici e teorici del diritto, pur se presentate servendosi di forme espressive e strutture semantiche di tono apparentemente neutro e avalutativo, sono in realtà «descrizioni spesse» che nascondono al loro interno un'insopprimibile nucleo prescrittivo-valutativo: descrizioni che, cioè, hanno alle spalle, per dirla con Charles. L. Stevenson, una preliminare connotazione in termini di "*boo!-hurrah!*" e servono scopi normativi soggiacenti: molto più di quanto a prima vista non sembri, «le conclusioni raggiunte in tema di commensurabilità o incommensurabilità sono molto più che mere descrizioni del terreno dei valori in gioco o del panorama delle ragioni in campo. Sono piuttosto *valutazioni* di questo terreno, quando non addirittura *imposizioni* a questo terreno di

[69] Così F. SCHAUER 1998, 1523.

schemi precostituiti, e in quanto tali presuppongono criteri normativi, finalità e intenzioni»[70].

Dunque, esattamente come le asserzioni che si fanno sul confinante terreno delle relazioni di identità o dei giudizi di uguaglianza presuppongono sempre selezioni strumentali di similarità rilevanti, anche le prese di posizione *pro* o contro la commensurabilità o l'incommensurabilità implicano sempre un'analoga scelta normativamente orientata di proprietà che spingono nell'una o nell'altra direzione.

Se è così, la questione non è solo di analizzare e comprendere il "lessico" dei dibattiti attuali sulla commensurabilità tra diritti di fonte convenzionale e interessi di derivazione costituzionale protetti dal legislatore penale statale in termini ascrittivi e non descrittivi, ma anche di essere ben consapevoli di *creare* o *costruire* il "discorso" (per esempio il discorso europeo sulla commensurabilità) in questi termini.

La seconda intuizione da cui muove questo più inedito approccio di tipo conseguenzialista al tema consiste nel mettere in luce che l'alternativa tra commensurabilità e incommensurabilità possa essere reimpostata su basi diverse da quelle di una loro correttezza morale "intrinseca" o "inerente", e cioè su basi "empiriche" e "strumentali", «facendo leva sulla loro tendenza ad anticipare e promuovere valori morali sottostanti»[71].

In questa diversa ottica, commensurabilità e incommensurabilità non vengono più viste come posizioni vere o false, sensate o insensate, giustificate o non giustificate sul piano teorico-ideale delle assunzioni meta-etiche di sfondo, ma più laicamente come credenze, attitudini, inclinazioni, tendenze empiriche, disposizioni-base, presunzioni che una certa comunità di decisori pubblici può possedere.

Nei termini di questo dibattito, è empiricamente plausibile supporre che una credenza nell'incommensurabilità sia generalmente in grado di produrre una minore disponibilità a riconoscere forza e peso agli interessi pubblici a base utilitarista (i c.d. *Community Interests*) e un correlativo sovra-riconoscimento di diritti individuali a base deontologica. Così come, all'inverso, è empiricamente plausibile supporre che un *framework* decisionale in cui diritti fondamentali e interessi pubblici siano tendenzialmente inseriti nello stesso paniere inclinerà più probabilmente nella opposta direzione di un sotto-riconoscimento dei diritti individuali.

Naturalmente, i concetti di "sotto-riconoscimento" o "sovra-riconoscimento" presuppongono sempre alle loro spalle una concezione morale sostanziale antecedente, un'insieme di punti di vista etico-politici sul corretto grado di protezione da accordare a qualche diritto individuale particolare o ai diritti fondamentali in generale. Ma quel che qui più preme rilevare è che, se si è d'accordo con la premessa di fondo per cui commensurabilità e incommensurabilità sono *credenze*, *attitudini* o *disposizioni* che in quanto tali parrebbero rintracciare le loro giustificazioni più autentiche più sul terreno delle tendenze empiriche di fondo che esprimono piuttosto che su quello di una loro

---

[70] Per il concetto di «descrizioni spesse» v. P. FOOT 1978, 86 e B. WILLIAMS 1985, 129. Per il concetto di «linguaggio ascrittivo» il riferimento è ovviamente a H.L.A. HART 1949, 171.
[71] F. SCHAUER, 1993, 803.

presunta correttezza intrinseca da valutare sul piano delle assunzioni ideali di teoria morale o costituzionale, si deve accettare l'ulteriore corollario secondo cui queste tendenze possano poi spingere in direzioni diverse a seconda di quale sia l'attitudine-base manifestata dal contesto decisionale considerato (anche in relazione al diverso tipo di decisioni che vengono di volta in volta in questione o alle diverse contingenze storico-ambientali in cui maturano).

E così, contesti decisionali più compromessi con l'ideale morale-costituzionale dell'incommensurabilità, come tali almeno potenzialmente più esposti a un'atmosfera di diffuso sotto-riconoscimento di valori concorrenti, potrebbero spesso richiedere, sul piano delle considerazioni strumentali di opportunità decisionale, un riequilibrio del sistema a vantaggio dell'opposta disposizione tendenziale, *perfino se* la commensurabilità fosse da reputare come una posizione da respingere se trattata come una questione di ontologia morale.

In altre parole, si può immaginare uno spazio decisionale in cui attori giudiziari con l'attitudine alla incommensurabilità, per ragioni di "interazione strategica" legate all'opportunità di correggere possibili errori dovuti a insufficienze cognitive derivanti dalle tendenze osservabili all'interno dell'ambiente decisionale di cui fanno parte (per es. la tendenza a vedere valori incommensurabili *ovunque*, o la tendenza a trattarli come «garanzia che autorizza a basarsi sulle prime, non riflessive impressioni piuttosto che impegnarsi nel corpo a corpo con i difficili problemi che derivano dal tentare di arrivare razionalmente a una conclusione o prendere una decisione»)[72] possono far emergere l'esigenza di agire in *tandem* con decisori dalle inclinazioni tendenziali più spiccatamente orientate nella opposta direzione della commensurabilità. E viceversa.

Un conto dunque è prendere partito su quale tra le due posizioni a confronto sia quella «meglio giustificata o più probabilmente vera a livello di principi filosofici ultimi». Un altro conto è stabilire, date le tendenze empiriche di fondo manifestate dall'ambiente decisionale di appartenenza, *e senza perciò delegittimarne in partenza nessuna*, «quale tra comparabilità e incomparabilità sia l'attitudine tendenziale che una certa coorte di decisori sarebbe meglio che adottasse»[73].

Una visione 'orientata alle conseguenze' che, diversamente da quella che interpreta commensurabilità e incommensurabilità come *proprietà intrinseche* di insiemi di valori o ragioni, potrebbe forse contribuire a impostare il rapporto tra le corti in termini più cooperativi che conflittuali.

La seconda considerazione di ordine generale che emerge dai rilievi sopra svolti ha a che fare con la condizione "esistenziale" dei moderni ordinamenti giuridici ispirati al costituzionalismo democratico-pluralista, in cui pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali o convenzionali, in cui cioè qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi

[72] F. SCHAUER 1998, 1226.
[73] ID., 1232.

ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti e diritti convenzionalmente garantiti[74].

Se è vero che, nell' "età del bilanciamento", principi, diritti o interessi direttamente o indirettamente garantiti a livello convenzionale o costituzionale vengono sempre "in coppia" (se non "a sciami")[75] e reclamano, pertanto, di essere reciprocamente messi in equilibrio sia in fase di produzione, sia in fase di applicazione del diritto, ne deriva allora che la Corte costituzionale in realtà, il più delle volte, non è chiamata a intervenire sulla legislazione penale in funzione *demolitoria*, ossia secondo una logica *dentro o fuori* tutta proiettata sul terreno della *validità*; bensì, in una più debole funzione *correttiva*, come attore che partecipa al gioco cooperativo della giustificazione pratica (o razionale) delle norme penali *insieme con il legislatore, i giudici comuni e i giudici europei*, nel quadro di una "affermazione concorrenziale" delle norme, in cui la ricerca della regola di « compossibilità » tra interessi confittivi costituisce il risultato mai definitivamente acquisito di un processo di "apprendimento reciproco" in cui "nessuno ha mai l'ultima parola: al massimo, qualcuno ha la penultima"[76].

In questo quadro, il possibile ricorso in sede sovranazionale, e il successivo recepimento in sede di giudizio di costituzionalità, di uno schema di gestione del conflitto ispirato alla regola *The Winner Take it All* pare destinato a trovare applicazione in casi tutto sommato statisticamente marginali: che una norma di legge statale violi la convenzione in modo così netto e frontale da richiedere un annullamento totale o parziale, della normativa denunciata per contrasto con il meccanismo predisposto dall'art. 117 Cost., sembra sia uno scenario plausibilmente delineabile nelle sole ipotesi in cui il diritto convenzionale impatti contro beni giuridici nazionali non ricostruibili come interessi costituzionalmente rilevanti neanche tramite l'apparato retorico-argomentativo della garanzia costituzionale implicita: ipotesi per le quali potrebbe pertanto davvero valere un criterio di soluzione dell'antinomia di tipo brutalmente gerarchico.

Per tutte le restanti ipotesi, sempre a patto che si ritenga la possibilità di ipotizzare diritti assoluti poco più che "un miraggio" e l'ineluttabilità del ricorso al bilanciamento un tratto tipico del costituzionalismo contemporaneo, il sistema, per come è stato progettato, sembrerebbe invece assegnare al giudice europeo il compito di agire come "cinghia di trasmissione" di casi generici da selezionare a Strasburgo e inviare alla Corte costituzionale per essere eccettuati dalla cornice tipica dei fatti punibili tramite sentenze di tipo additivo chiamate a inserire nell'enunciato legislativo le condizioni generali e astratte di bilanciamento individuate in sede sovranazionale. Vedremo nella terza e ultima parte di questo lavoro in che termini e sotto quali presupposti.

---

[74] Prendo a prestito le riflessioni di R. BIN 2002, 70.

[75] Per l'idea secondo cui i principi si presentano sempre "in coppia" o "a grappoli", v. M. JORI 1985, 321 e B. CELANO 2002, 96.

[76] M. BARBERIS 2006, 79.

Bibliografia

La bibliografia relativa alla prima parte del presente saggio, pubblicata in questa *Rivista* il 24 giugno 2019, consultabile a questo *link*, deve ritenersi parte integrante della bibliografia qui di seguito riportata.

BARBERIS M., 2017, *non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, Il Mulino.

BARBERIS M., 2006, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza.

BARBERIS M., 2005, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in «Analisi e diritto», 2005, 1 ss.

BARTOLE S., 1986, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXXV, 1986, 494.

BERNARDI S., 2017, *I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione*, in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», n. 2/2017, 257 ss.

BERNARDI S., 2019, *Troppe incertezze in tema di "fratelli minori": rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'estensibilità* erga omnes *della sentenza Contrada c. Italia*, in «Diritto penale contemporaneo», 13 giugno 2019.

BETTI E., 1971, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè.

BIN. R., 2015, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in «Rivista AIC», n. 1, 2015, 1 ss.

BIN. R., 2014, *Intervento alla tavola rotonda*, in C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni e L. Risicato (eds.), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2014, 359 ss.

BIN R., 2000, *Diritti e fraintendimenti*, in Ragion Pratica, 14, 2000, 15 ss.

CAROLI P., 2015, *La Corte europea in tema di offese pubbliche contro gli ebrei*, in «Diritto penale contemporaneo», 21 dicembre 2015.

CELANO B., *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2013.

CELANO B., 2004, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2004, n. 4, *www.dirittoequestionipubbliche.it*, ora in «Analisi e diritto», 2004, 53 ss. e in ID., 2013, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2013, 125 ss.

CELANO B., 2003, *In difesa delle ragioni basate su desideri*, in «Ragion Pratica», 2003, n. 20.

CELANO B., 2002, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, 89 ss.

CELANO B., 1994, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, Giappichelli, 1994.

CHESSA O., 2000, *Brevi note sul «contenuto essenziale» (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Il parametro del giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Torino, 2000, 285.

CHIASSONI P., 1997, *Lacune nel diritto. Progetto di voce per un vademecum giuridico*,

in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII, n. 2, 1997, 321 ss.

DI GIOVINE O., 2015, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», n. 2, 2015, 11 ss.

DICIOTTI E., 1999, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.

DONINI M., *Fattispecie o case law? La prevedibilità del diritto e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza* (in corso di pubblicazione).

DONINI M., 2016, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2016, 346.

DONINI M., 2011, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bologna, 2011, 11 ss.

FEINBERG J., 1973, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs (NJ), Prentice-Hall, 1973, 79 ss.

FERRARO F., 2013, *L'utilità dei diritti*. Diritti morali e giuridici in una prospettiva etica utilitarista, Pisa, ETS, 2013.

FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al diritto penale*, Napoli, Jovene, 2003.

FIANDACA G., 2017, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in «Cassazione penale», 2017, vol. 57, fasc.1, 13 ss.

FIANDACA G., 2016, *Brevi note sulla portata della sentenza della Corte edu (caso Contrada) in tema di concorso esterno*, in «Foro italiano», II, 2016, 731.

FIANDACA G., *Sull'approccio costituzionale al diritto penale: attualità e limiti*, in «La Corte d'Assise», n. 1-2, 2012, 95 ss.

FINOCCHIARO S., 2019, *Due pronunce della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della corte edu*, in «Diritto penale contemporaneo» 4 marzo 2019.

FOOT P., 1978, *Moral Arguments*, in *Virtues and Vices and Others Essays in Moral Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

GALANTE A., 2017, *La non proporzionalità del trattamento sanzionatorio come limite all'operatività del principio convenzionale della retroattività in mitius*, in «Diritto penale contemporaneo», 2/2017, 185 ss.

GAMBARDELLA M., 2010, Il *"caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in «Cassazione penale», 2010, p. 2020 ss.

GEY S. G., 1996, *The Case Against Postmodern Censorship Theory*, in *University of Pennsylvania Law Rewiew*, vol. 145, 1996, 193 ss.

GIANFORMAGGIO L., 2008, *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008, 240 ss.

GIANFORMAGGIO L., 1995, *L'identità, l'uguaglianza, la somiglianza e il diritto*, in L. Gianformaggio, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995, 139 ss.;

GUASTINI R., 2011, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.

HART H.L.A., 1949, *The Ascription of resposability and Rights*, 49 Proc. Aristotelian Society, 1949

HART H.L.A., *Legal Rights*, 1982 (1973), in Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1982, 171 ss.

SHAPIRO I., 1996, *Democracy's Place*, Ithaca, Cornell University Press, 1996, 110.

JORI M., 1985, *I principi nel diritto italiano*, in *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè.

KRAMER M., 1998, *Rights Without Trimmings*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 7 ss.

KUMM M., 2007, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in G. Pavlakos (a cura di), *Law, Rights, Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, 131 ss.

LAMARQUE E., 2013, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in «Diritto Pubblico», n. 3/2013, 727 ss.

LAMARQUE E., F. VIGANÒ, 2014, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in «Diritto penale contemporaneo», 31 marzo 2014.

MAGI R., 2017, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n. 2, 2017, 490 ss.

MANNA A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in «Diritto penale contemporaneo», 4 ottobre 2016.

MARINO G., 2015, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in «Diritto penale contemporaneo», 3 luglio 2015.

MARMOR A., 1997, *On the limits of rights, in Law and Philosophy*, vol. 16, 1997, 9 ss.

MORESO J.J., 2012, *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism*, in «Ratio Juris», vol. 25, 1 2012, 31.

PALAZZO F., 2015, La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità, in «Diritto penale e processo», 2015, 1061 ss.

PALAZZO F., 2012, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in «Diritto penale e processo», 2012, X, 1174.

PECORELLA C., *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, in «Diritto penale e processo», 2013, 1430 ss.

C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla corte di Strasburgo* in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2010, 397 ss.

PERELMAN C. e OLBRECHTS-TYTECA L., 2001, *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, Torino, Einaudi.

PERRONE D., 2019, Nullum crimen sine jure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia*, Torino, Giappichelli.

G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion Pratica» 28, 2007, 2019 ss.

PINTORE A., *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore*, in Id, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, 2010.

PINTORE A., *I diritti della democrazia*, Bari, Laterza, 2004.

PRIETO SANCHÌS L., 2003, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

PULITANÒ D. 2015, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in «Diritto penale contemporaneo», 13 luglio 2015.

PULITANÒ D., 2008, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2008, II, p. 946 ss.

PULITANÒ D., Sicurezza e diritto penale, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, 547 ss.

RAZ J., 1986, *The Nature of Rights*, in Id., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1986.

RESS G., 2005, *The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order*, 40 «Texas International Law Journal», 2005, 359 ss.

RIVERS J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in «Cambridge Law Journal», vol. 65, 1, 2006, 180.

RUGGERI A., 2012, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (a "prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Diritti comparati*, 14 dicembre 2012.

SCHAUER F., 1998, *Instrumental Commensurability*, in «University of Pennsylvania Law Review», 1998, Vol. 146, n. 5, 1215 ss.

SCHAUER F., 1993, *Commensurability and Its Constitutional Consequences*, in «Hasting Law Journal», 1993, n. 45, 785 ss.

SCHAUER F., 1981, *Categories and the First Amendament: A Play in Three Acts*, in «Vanderbilt Law Review», vol. 34, 1981, 265 ss.

SCHIAVELLO A., 2000, *Principio di uguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in «Ragion Pratica», 2000, n. 14, 65 ss.

SCODITTI E., 2013, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la Cedu come parametro interposto di costituzionalità*, in «Foro italiano», 2013, III, 788 ss.

SILVESTRI G., 2006, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2006, 7 ss.

SULLIVAN K. M., 1992, *Post-liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, in «University of Colorado Law Review», vol. 63, 1992, 293 ss.

TESAURO A., 2009, *Il bilanciamento degli interessi tra legislazione penale e corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, 143 ss.

TESAURO A., 2013, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, Giappichelli.

VALENTINI V., 2014, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2014, n.1, 285 ss.

VALENTINI V., 2012, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè.

VALENTINI V., *Giustizia penale e diritto sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in «Scritti in onore di Luigi Stortoni», Bologna, Bononia University Press, 2016, 839 ss.

VIGANÒ F., 2017, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in «Diritto penale contemporaneo», 5 aprile 2017.

VIGANÒ F., 2011, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in «Diritto penale contemporaneo», 6 settembre 2011.

WALDRON J, 2003, *Security and Liberty: the Image of Balance*, in «The Journal of Political Philosophy», vol. 11, 2003, spec. 191 ss.

WALDRON J.,1993, *Rights in Conflict* 1989, in ID., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 203 ss.

Wellman C., 1999, *The Proliferation of Rights, Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder (Colo.), Westview Press.

WESTEN P., 1982, *The Empty Idea of Equality*, in «Harvard Law Review», 95, 1982, 537 ss.

WILLIAMS B., 1985, *Ethics and the limits of Philosophy*, Abingdon, Routledge.

WILLIAMS G., 1956, *The Concept of Legal Liberty*, in «Colombia Law Review», vol. 56, 1956, 1129 ss.

ZAGREBELSKY G., 2009, *Intorno alla legge*, Il diritto come dimensione del vivere comune, Torino, Einaudi.

ZAGREBELSKY G., 2008, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino.