

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2 0 1 3



Edizioni ETS

Tavola rotonda

Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?
Nota introduttiva di Cristina de Maglie 205

Ne dibattono:

FRANCO FIANDANESE

VINCENZO MAIELLO

SILVIO RIONDATO

ANTONIO VALLINI

Il punto su... *L'“affermazionismo” quale nuovo interesse tutelato?*

MARGHERITA CASSANO

Negazionismo ed opportunità di una risposta penale 271

CORRADO DEL BÒ

Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo 285

Il punto su... *Diritto dell'Unione europea vs garanzie fondamentali?*
A proposito della sentenza “Melloni”

GAETANO CARLIZZI

Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla “sentenza Melloni” 301

CRISTIANO CUPELLI

Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti 339

Il punto su... *Il ruolo della dottrina nella formazione e legittimazione del diritto penale*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC

Gli orizzonti, vecchi e nuovi, della dogmatica 363

TAVOLA ROTONDA
LE DUE LEGALITÀ:
QUALE CONVIVENZA NEL DIRITTO PENALE?

Nota introduttiva di CRISTINA DE MAGLIE

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

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

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

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

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

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

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

FRANCO FIANDANESE

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

2. Proprio a seguito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte europea, che aveva affermato l'obbligo dell'Italia di garantire, con le opportune misure, l'integrazione dell'ordinamento a tutela dei diritti dei contumaci [Corte EDU 10

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

SILVIO RICNDATO

Caso: «... fra magistrati e avvocati c'è un tacito accordo per difendere gli interessi di entrambi. Tengono in scacco gli italiani. L'ordine degli avvocati e tutte le varie associazioni o correntucole andrebbero spazzate via per legge, liberalizzando totalmente la professione che così come è adesso è un vero cancro della società. Gli avvocati sono come delle pustole infette. Non auguro a nessuno di doverne avere bisogno, come non auguro a nessuno di avere a che fare con un dipendente pubblico che di mestiere fa il giudice/pm! Molto meglio cercare di farsi amici fra le varie associazioni malavittose che avere a che fare con la mala-giustizia italiana: giudici/pm e avvocati» (MR. LE GHGLIOTTINE, in <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/12/08/la-incertezza-del-diritto-e-dei-diritti/805182/>).

I quesiti posti da Cristina de Maglie suscitano riflessioni in tema di fonti del diritto penale. Al fondo spicca la trasversale, complessa questione sulla creatività dell'atto interpretativo, sul rapporto tra legge e interpretazione, sulla dimensione *in action* della legalità penale, sulla crisi della riserva di legge penale e l'emergere della fonte o formante-giurisprudenza, in un quadro ordinamentale plurale. Si tratta in complesso di quanto già diffusamente è stato dibattuto in questo *Annuario* sotto i molteplici, difficili profili problematici da Fausto Giunta, Giovanni Fiandaca, Alberto Gargani e Carlo Federico Grosso [2011, risp. 77, 79, 99, 125], e poi ancora da Renato Bricchetti, Ombretta Di Giovine, Gaetano Insolera, Sergio Moccia, Vito Veluzzi e Nicolò Zanon [2012, risp. 261, 267, 285, 299, 305, 315]. V. inoltre, di recente, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2^a ediz., Torino, Giappichelli, 2014; M. BERTOLINO, *Diritti, conflitti, Costituzione: la giustizia penale della Consulta tra giudici comuni e legislatore*, in *Dir. pen., proc.*, 2013, 1253; R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 573; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quel-*

la nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013, fasc. 1, 159; AA.VV., *IL ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. CHIODI e D. PULITANÒ, Milano, Giuffrè, 2013; i vari contributi sul tema *Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?*, a cura di G. D'IGNAZIO e A.M. RUSSO, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II, 2013, 423; AA.VV., *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. PALIERO e F. VIGANÒ, Milano, Giuffrè, 2013; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 15; AA.VV., *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. STORTONI e G. INSOLERA, Bologna, Bononia University Press, 2012; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012; AA.VV., *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, a cura di P. MORO e C. SARRA, Milano, Franco Angeli, 2012; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011; M. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, Jovene, 2011, 55; I. TRUJILLO, *Il ragionamento giuridico, tra autorità e ragioni. Un approccio filosofico-giuridico al valore del precedente*, in *La Magistratura*, 2010, fasc. 3-4, 104]. Qui postuliamo tale creatività, di cui si tratta di apprezzare le conseguenze tramite indagini sul suo concreto operare, rimodulando i valori penalistici senza rinunzie ma secondo le nuove esigenze che emergono al banco di prova dell'esperienza giudiziale [per una recente, completa trattazione critica di tutti questi temi, con indagine approfondita sulla giurisprudenza penale e correlata giurisprudenza extrapenale, e rispettive propulsioni nec-regolative, v. R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarità. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, Padova University Press, 2013 e, ivi, la sterminata bibliografia]. Su talune questioni mi soffermerò per esprimere brevemente qualche opinione, rinviando in economia a miei “precedenti”.

1. *Legittimazione democratica “per legge” del diritto penale.* – Pare ormai accertato (e non accettato) il ruolo sempre meno centrale che nel diritto costituzionale penale vivente spetta alla riserva di legge sotto il profilo dell'importanza che l'istanza democratica mostra [per tutti, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, ESI, 2012; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010]. Ciò non tanto per la concorrenza, soprattutto quella sleale e quella iniqua, del diritto “giurisprudenziale”, quanto per il progressivo annientamento dell'(auspicato alto) tasso di democraticità effettiva della decisione penale di fonte parlamentare. Basti qui

accennare all'integrale delegittimazione democratica dell'attuale Parlamento italiano, conseguente al metodo elettorale non democratico. Il metodo elettorale è appena stato gravemente censurato per varie incostituzionalità, alla stregua di basilari esigenze di democrazia/rappresentatività/eguaglianza (Corte cost., sent. n. 1/2014). Il che oltretutto non avrebbe secondo la Corte la forza di minare la sopravvivenza della vigente legislazione (anche penale) non democraticamente legittimata, né di impedire la creazione non democratica di nuovo diritto (anche penale) legislativo da parte dello stesso Parlamento, in base ai due superiori principi rispettivamente di salvezza dei rapporti esauriti e di continuità istituzionale [Corte cost. Servizio Studi, *Il principio di continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, dicembre 2013, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu257_continuita.pdf]. Di conseguenza parrebbe perire definitivamente ogni pretesa realistica di attribuire aprioristicamente alla riserva di legge penale e alla sua *ratio* di democrazia un rango privilegiato, compreso il ruolo di principio supremo con la funzione di contro-limite all'ingresso di diritto "alieno". Ci sarà sempre una qualche continuità istituzionale e rapporti pregressi da salvaguardare, o altro da conservare – a parte pure il rilievo che, fuori da improponibili dogmatismi, ai contro-limiti si oppongono contro-contro-limiti e così via, come appunto stiamo verificando.

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

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

Si apre il campo a un'indefinita pluralità di declinazioni normative risolutive anche quando il conflitto grava sul quesito, appunto, nostro, concernente "an, quid, quomodo, quando della legalità in diritto penale". Taluno potrebbe scorgere la paradossale ricerca del principio che alla stessa ricerca dovrebbe presiedere. Comunque, se il principio o la regola è il caso problematico, il caso non trova quello stesso principio risolutivo preesistente, *ccorre creare un principio, una regola*. Non importa se non hai l'unità di misura e nonostante ciò vuoi misurare qualcosa; intanto, *inventati in qualche modo la misura*, e quindi procedi; adatterai/modificherai secondo le emergenze. Si consultano allora le Carte fondamentali, alla ricerca della misura. Le Carte o, il che è praticamente lo stesso, le Corti si esaltano nel momento stesso in cui si umiliano, se si riconoscono come "Carte-parziali", non già "Carte-totali", che dicono sempre *tutto su tutto* e lo dicono al meglio. La mancanza di umiltà si ritorce contro se stessa, perché non di rado impedisce l'ottimale realizzazione della dignità umana, un costo che viene pagato sulla pelle degli esseri umani, specie di quelli più deboli ed esposti [A. RUGGERI, "Dialogo", cit.]. C'è da dire che uno strumento dell'apparato di ricerca, progettato e costruito per gli scopi della ricerca normale, non riesca a funzionare nella maniera aspettata, rivelando un'anomalia che, nonostante i ripetuti sforzi, non può venire a conformarsi all'aspettativa, il che fa finire fuori strada. La scienza normale sopprime spesso novità fondamentali, perché esse sovvertono necessariamente i suoi impegni basilari. Nondimeno cominciano quelle indagini straordinarie che conducono a nuovi impegni tendenti a costituire la nuova base della pratica

scientifica [T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962 e 1970), trad. it. A. CARUGO, Torino, Einaudi, 1999, 24].

3. *Pluriverso giuridico, pronunzia giudiziale e oggetto della scienza giuridico-penale.* – La legge statale, dunque, non è il principio, mentre è parte del caso [S. RIONDATO, *Influenza del diritto comunitario sul diritto penale dell'economia (influenza, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 1135]. La pluralità ordinamentale più di altre emergenze ha scosso sia pur lentamente, con grave ritardo di maturazione, e tuttora con plateali fraintendimenti, il tradizionale impianto monista dell'assetto ideologico-dogmatico giuspenalistico, con a capo la "legge penale" e più su lo Stato sovrano, quest'ultimo fosse pure più modernamente concepito, per esempio come popolo sovrano in regime costituzionale democratico di diritto, supremazia della Costituzione, etc. Il passaggio dal sistema kelseniano al sistema romaniano contamina la purezza peraltro semplicistica dell'astrattismo unificante [cfr. G. MESSINA, *Diritto liquido? La Governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2012, 241 ss. e *passim*]. La Corte costituzionale assegna alle pronunzie della Corte di giustizia UE il ruolo di vere e proprie fonti del diritto di forza "paracostituzionale", e a certe sentenze della Corte EDU di Strasburgo il ruolo di fonti quanto meno negli effetti [ord. n. 150/2012 (sentenza europea come *ius superveniens*); sent. n. 210/2013 e ord. n. 235/2013 di cui *infra* par. 4].

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

Fuor di metafora, c'è tra l'altro un problema di definizione dell'oggetto della scienza giuridico-penale, ovvero un diffuso malessere quando si tratta di assumere tra i legittimi oggetti la norma penale che "si fa" nel caso concreto, quindi anche l'esito giudiziale, incessantemente cangiante – Carrara però notava che l'unità della giurisprudenza è un "sogno dorato", mentre "giova l'attrito delle opinioni" [F. CARRARA, *Unità di giurisprudenza* (1871), in F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, 3^a ed., vol. V, Lucca, 1874, 46 ss.]. Pianamente Tommaso d'Aquino osservava che il termine diritto prima stava a indicare «la cosa giusta in se stessa», ma poi fu impiegato per indicare «l'arte con la quale il giusto si conosce», e in se-

guito indicò il «luogo in cui si rende giustizia», per poi infine designare «la sentenza data dal giudice [...] *anche se quanto egli decide è un'iniquità*» [TOMMASO D'AQUINO, *Summa*, II-II, q. 57, a. 1, ad 1, *corsivo nostro*]. Le odierne reti neo-medievali richiedono ricuciture che le teoriche del “Libro”, Codice o Costituzione o altro che sia, non sono in grado di offrire [S. RIONDATO, *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, Giuffrè, 1999, 97].

Nel complesso, da non molto tempo si iniziano ad ascoltare a mente sgombra risalenti mōniti, per esempio quello di Nuvolone che nel 1946 aveva favorevolmente previsto, anche in contrapposizione all'astrattismo germanico (tuttora persistente, chiaramente nazionalistico e corredato da mai sopite, acritiche e perniciose aspirazioni universalizzanti), taluni effetti dell'influenza anglosassone, tra cui sia quello di svincolare dal dogma statualista “che intristisce la vita del diritto”, accentuando invece l'interesse scientifico per il problema delle fonti e tra queste la giurisprudenza, sia quello di orientare la scienza del diritto verso la ricerca di categorie logiche sostanziali, altrettanto certe, seppur più difficili da scoprire, di quelle formali [P. NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Arch. pen.*, 1946, I, 281]. Oppure, più di recente, ma già un quarto di secolo fa, la Corte costituzionale nella “storica” sentenza n. 364/1988, relatore Dell'Andro, che delineava una situazione in cui «l'assoluta, “illuministica” certezza della legge si dimostra assai vicina al mito» perché è sempre necessario riferirsi al mediatore-interprete (par. 18 sent. 364 cit.); peraltro la stessa Corte, non ridimensionando realmente il mito, incorreva nelle aporie giuslegalistiche foriere di grave difetto quanto a garanzie logico-sostanziali contro la variabilità sincronica e diacronica delle mediazioni interpretative [S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, a cura di U. VINCENTI, Padova, Cedam, 2000, 239].

4. *Opportunità di disciplina del diritto giurisprudenziale in funzione di certezza e garanzia.* – Riguardo alla concorrenza del diritto giurisprudenziale, il punto non è, nel valutarla, che si debbano necessariamente abbandonare le sacrosante esigenze sottostanti all'ideale afflato costituzionale strettamente penal-legalitario, come parrebbero intendere coloro che si oppongono a qualsiasi riconoscimento della pronunzia giurisprudenziale quale fonte del diritto penale, e perfino di riconoscerla almeno a certi effetti di certezza e garanzia “come se” fonte essa fosse, poiché ritengono che altrimenti quelle esigenze sarebbero disattese o comunque contraddette, che in definitiva la legalità classica perderebbe ogni valore e si finirebbe per legittimare l'esistente (cfr. S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1097). Gli è invece che, accanto ai tradizionali,

sacrosanti presiddi, che pure tuttavia necessitano di revisione a scopo di rinforzo, se ne potrebbero *aggiungere* di nuovi e coordinati, in conseguenza della constatazione non solo della inevitabile creatività dell'apporto interpretativo anche in ipotesi di sufficiente precisione della legge (fisiologia), ma anche della creatività evitabile ma non evitata, compresa quella "sleale" e comunque iniqua (patologia). L'irriducibilità sotto i vari profili della fonte-interprete non preclude anzi sprona a perseguire anche nei confronti di questa fonte e per quanto possibile gli obiettivi sostanziali classici, secondo l'esigenza etica che promana dal troppo trascurato principio, non solo nazionale ma anche europeo, di umanità (art. 27 Cost.; art. 3 CEDU; art. 1 Carta dir. fond. UE), laddove si gioca la concezione penalistica della dignità umana, concezione però problematica di principio (*in dubio pro reo*). Prevedibilità concreta e ragionevolezza sono gli obiettivi (problematici) che pure l'Europa indica [S. RIONDATO, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Iuris 2000*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 967]. E la scienza penale si valuterà non per l'osservanza di un metodo ricevuto, ma per la capacità di recepire e superare la crisi dei propri dati fondanti, proponendo praticabili soluzioni che assicurino coerentemente i valori in cui dice di credere. Tali obiettivi vanno riflessi su qualsiasi manifestazione del diritto penale, senza quelle preclusioni che finiscono paradossalmente per paralizzare più adeguate garanzie penalistiche. La *prudenza* giuspenalistica anzitutto *giurisprudenziale* ma anche dottrinale può derivare oggi solo dal *principio di problematicità della pena* e dal *principio di problematicità della correlata certezza e garanzia*, da utilizzare in funzione di incremento sia della certezza che della garanzia.

Le cennate preclusioni celano un *gap* culturale come quello dimostrato dalla Corte costituzionale che nella sentenza n. 230/2012, relatore Frigo, tenta di ostacolare la lunga marcia della concezione della giurisprudenza quale fonte/formante (anche) del diritto penale, opponendosi, tramite una ritrovata maestà del giudicato e un lucidato principio *nullum crimen nulla poena sine italica lege parlamentaria*, trionfante anche *in malam partem*, alla retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole, nella difesa del giudicato nazionale dagli esiti di una (diversa) lettura della legalità europea e del *favor* europeo [A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* («a prima lettura» di Corte cost. n. 230 del 2012), in *www.giurcost.org*, sezione Studi e commenti, 2012. V. anche Corte cost. sent. n. 210/2013, relatore Lattanzi e ord. n. 235/213, relatore Frigo, e al riguardo rispettivamente i due commenti di F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU*, e *Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 e 26 luglio 2013; Cass. SS.UU.

pen., 23 ottobre 2013, Ercolano, e al riguardo il commento di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 maggio 2014]. Analoghi rilievi valgono, *mutatis mutandis*, per molto altro, per esempio in tema di irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, irretroattività ora sancita anche per la fase esecutiva della pena, da parte della Corte EDU [sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. n. 42750/09a. Cfr. S. RIONDATO, *Retroattività*, cit.].

La Corte costituzionale stessa, del resto, ha ampiamente valorizzato il ruolo della giurisprudenza, per esempio quando ha posto il principio di offensività in Costituzione come ancorato all'art. 25 “quale risulta dalla lettura sistematica a cui fanno da sfondo, oltre agli artt. 3, 13, 24, 112, *l'insieme dei valori connessi alla dignità umana*”, e ne ha postulato “l'ininterrotto operare dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello dell'applicazione concreta da parte del giudice”, “con conseguente *distribuzione dei poteri conformativi tra giudice delle leggi e autorità giudiziaria*, alla quale soltanto compete di impedire, con un *prudente apprezzamento della lesività in concreto*, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale” [Corte cost., sent. n. 263/2000, relatore Mezzanotte, *corsivo nostro*]. Questa pronuncia è significativa quanto alla concezione della legalità penale da parte della Corte, ben lontana dal mito dell'assoluta autonomia del diritto penale costituzionale a fondamento strettamente legalitario. Si vede che la dignità umana preme vincendo sulla pur stretta legalità penale che finisca per negarla; meglio: la legalità *ex art. 25*, comma 2, Cost. è legalità da intendere al contempo come formale ma anche sostanziale, e il controllo non grava interamente sulla Corte costituzionale (sarebbe, del resto, ineffettivo). Ne è ragione profonda che la nostra non è una democrazia soltanto procedurale, ma è una democrazia sostanziale, per cui non può darsi il caso in cui la dignità umana sia legittimamente annientata con decisione (pur massimamente) democratica; sicché per questi casi è molto opportuno che di principio ogni individuo abbia il potere di ripristinare la legittimità costituzionale sostanziale, a partire dalle autorità. Così è regolata e può vivere anche quell'“obiezione di coscienza” che Bettiol pretendeva costituzionalizzata in nome del Diritto (in ultima: della dignità umana) che non ammette la legge ingiusta; anche perciò l'antigiuridicità non può esser colta bene fuori dell'esperienza applicativa (S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, Cedam, 2005, 3, 25 ss., 164]. Giocoforza si impongono quei “poteri conformativi” che veicolino il precipitato della dignità umana e nei quali il formante giurisprudenziale si contrappone alla (o meglio raffina il rozzo anche perché generale e astratto esito della) legalità parlamentare (se intesa) nella concezione “classica” (tanto più quando la legge non riesca ad assolvere ai suoi compiti). Con

tutti i rischi, compresa la riproduzione, *mutatis mutandis*, dei rischi connessi alla concezione classico/esclusiva della legalità parlamentare. Il rischio però sta sempre e solo nell'uomo che produce diritto, comunque lo produca. Ovviamente, la concezione vivente del rapporto legalità/offensività può non piacere [cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 46 ss., 48 ss. Non afferro il senso del rilievo che l'A. muove in nota 103, laddove imputa ad una mia teoria la devalorizzazione della legalità "tradizionale" che costato come scaturente dalla giurisprudenza costituzionale. Donini tenta di (ri) fissare il limite della tipicità rispetto a reati formali sostenendo che la Corte costituzionale avrebbe negato a se stessa, *ex art. 25*, comma 2, Cost., il potere di oltrepassarlo. A me pare che la Corte non si sia affatto posta il problema di tale limite nei termini tradizionali giuspenalistici. Ha invece concepito diversamente i limiti in una concezione della legalità, della democrazia e della distribuzione/bilanciamento dei poteri molto diversa da quella sottesa alla teorica di Donini, attribuendo/distribuendo i menzionati poteri conformativi, oltretutto in un caso di delitto indubbiamente formale come la violata consegna (art. 120 c.p.m.p.), e con la molto significativa precisazione che l'impianto escogitato prescinde da pregiudiziali inquadramenti secondo dogmatiche del reato – tutti, del resto, altrettanto conformativi, aggiungo. Prevedo, per l'ipotesi in cui l'offensività si riveli ineffettiva in giurisprudenza, che la Corte procederà in senso censorio con riguardo e alla legislazione e/o al diritto vivente].

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

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

tà della pena. Il diritto penale plurale e pluralista si scopre *per tabulas* prima ancora che nel momento applicativo.

In particolare, nel quadro della cennata democrazia “giuridica” costituzionalmente recepita, in cui pure la giurisdizione dovrebbe collocarsi in prospettiva servente (e invece non lo fa: questa è una grande radice di creatività evitabile e di creatività sleale), distinguendosi dalle forme autoritarie e autoreferenziali di epoca precostituzionale, il richiamo alla *giustizia* contenuto nel secondo comma dell’art. 101 Cost. potrebbe suggerire una lettura secondo cui i giudici non già “sono soggetti *soltanto* alla legge” *tout court*, il che in definitiva li pone *ingiustamente* troppo deresponsabilizzati *sopra* la legge intesa in senso formalistico, come si verifica comunemente, bensì sono soggetti alla legge *nel render Giustizia*, essendo a questa, e alle sue imprescindibili strutture sostanziali e strumentali costituzionalmente sancite, anzitutto assoggettati per amministrarla applicando soltanto la legge, a partire appunto da quella costituzionale. Il quadro armonico è presieduto da quell’aspettativa di “pace e giustizia” in ambito sia interno che internazionale, delineato dal Costituente nei principi fondamentali (artt. 1-12) a fini sia di pieno sviluppo di ogni persona umana con i suoi diritti inviolabili, sia di conseguente effettiva partecipazione di ognuno alla vita collettiva, produzione del Diritto compresa. Tutto ciò vale per chi riconosca che la Giustizia meriti qualcosa per il Diritto, come parrebbero intendere la nostra Costituzione e le altre Carte [G. DE FRANCESCO, *Pauca dicta sui fundamenti e sui principi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1339]; chi invece preferisce il divorzio tra diritto (anche penale) e *Dike*, cioè l’affrancamento dalla “mitologica illusione” di “fare giustizia”, dovrà spiegare perché il diritto svolga ciononostante, e nonostante sia inteso come privo alla sua base di “alcuna verità compiuta”, “un ruolo insopprimibile, senza il quale le basi stesse della convivenza civile potrebbero dissolversi” [U. CURI, *I paradossi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1085]. Da parte mia sento veramente che il Diritto, e il diritto penale in particolare, continua a rispecchiare la verità compiutissima dell’inafferrabile condizione umana che pervicacemente attende/tende all’inafferrabile Giustizia, compresa la pur anche tragica verità della fallace giustizia umana.

La concezione della legge non solo formalmente ma anche sostanzialmente legittimata dalla sua Giustizia sta dunque scritta nella Legge fondamentale. L’intima essenza del dettato costituzionale e l’afflato etico del giurisdicente dovrebbero unisostanziarsi nella ricerca della dignità umana. Le norme obiettive e astratte, per quanto valide, sono insufficienti a cogliere la soluzione nel momento della decisione; l’abisso che separa gli stessi principi costituzionali dalla scelta è colmato, in ultima, nella coscienza del singolo che dovrebbe prudentemente scoprire la “Giustizia” da amministrare (art. 101 Cost.). Richiamare i giurisdicenti a riflettere sulla propria coscienza (e quindi anche sui prodotti della medesima) in

funzione di Giustizia è fondamento dell'innesco di un processo auto-critico che la sancita problematicità dei principi impone anche corrispondendo alla problematicità della coscienza stessa [Cfr. D.C. DENNET, *Coscienza. Che cosa è* (1991), Roma-Bari, Laterza, 2009]. La magistratura italiana fatica ad intraprendere un processo del genere, fasciata com'è, a parte le troppe pigrizie mentali e l'inaccettabile sovraccarico di lavoro e tanto altro di impediante, soprattutto da illusioni legalistiche deresponsabilizzanti nonché da illusioni granitiche sull'utilità della pena, comunque da dogmatismo che inoltre troppo spesso si sposa machiavellicamente con aspirazioni al (mal) "governo" penale, quando non con esasperati corporativismi [allo scopo di favorire qualche ravvedimento, sarebbe utile una riforma "pratica" dei primi due articoli del codice penale; cfr. S. RIONDATO, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1541].

La Giustizia penale non è affare soltanto del giudicante, e nemmeno soltanto del Parlamento, né del solo connubio tra i due. Ogni individuo umano ha interesse alla Giustizia, ad amministrare la giustizia e all'amministrazione della giustizia, anche partecipandovi direttamente [S. RIONDATO, *Introduzione breve ai delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di G. FORNASARI e S. RIONDATO, Torino, Giappichelli, 2013, XXVII]. Emerge l'importanza della congiunzione tra diritto penale e processo penale, che taluno vorrebbe perfino inscindibile [una panoramica sul tema in *Res Iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, a cura di C. SARRA e D.V. VELO DALBRENTA, Padova, Padova University Press, 2013]. Ogni individuo è portatore di una sua idea sia di giustizia che di amministrazione della giustizia medesima, ed è titolare primario dell'interesse alla Giustizia e all'amministrazione della medesima a fine di Giustizia. La stessa giurisdizione, nel regime di uno stato costituzionale democratico di diritto, si costituisce in uno col diritto di accesso e partecipazione attiva (nonché passiva) alla giurisdizione, che è un diritto costituzionale fondamentale, poiché ognuno e tutti – persone fisiche nonché giuridiche private o pubbliche, etc. – hanno diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, mentre la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale [Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232]. Questo principio detto supremo ha tradizionalmente un aspetto processuale, ma più modernamente si rivela dotato di fondamento sostanziale che ancor meglio regge la sua supremazia. L'individuo è (integratore del)la Giustizia, tutti lo sono. L'individuo ha interesse proprio e primario alla Giustizia, contribuisce imprescindibilmente a costruire la Giustizia e quindi anche la giurisdizione; è insomma formante imprescindibile del Diritto che anche ma non solo tramite la giurisdizione si afferma in funzione di Giustizia, con tutta la problematicità che "Giusti-

zia” comporta, e non risolvibile soltanto dalla *parte* dell’individuo-autorità. *Iura novit curia* va alquanto relativizzato interrogandosi sulle fonti e sui legittimi processi di formazione del Diritto nell’amministrazione della Giustizia in sede giurisdizionale. Strumenti processuali di certezza e garanzia effettiva sulla formazione del diritto penale *in action*, a partire da un effettivo controllo sull’imputazione, sono ancora musica del futuro. L’obbligatorietà dell’azione penale è un monumento all’ipocrisia, foriero del massimo arbitrio (T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1092). La pronunzia giurisprudenziale deve convogliare (anche) la partecipazione “dal basso” alla costruzione del diritto penale: la legalità penale, compresa quella “ideale”, non assicura sufficiente democrazia se questa non si incunea vivendo anche nel processo. Il contraddittorio costituzionalmente tutelato, e in modo rafforzato nel processo penale (ancora da adeguare efficacemente), esprime l’imprescindibile confronto anche delle opinioni sul diritto e quindi sulla giustizia che il giudice è chiamato a riconoscere scevro da interessi propri o altrui, compresi gli interessi dell’intera collettività (agisce *in nome*, non già nell’interesse del popolo), e in tempi accettabili, considerando anche quanto gli propongono le parti, e di cui deve rendere conto in ossequio all’obbligo costituzionale di sostanziale e non soltanto formale motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, comma 6, Cost.).

6. *Altri rimedi, controlli, legittimazione democratica diretta del giusdicente.* – Se pur il diritto è ciò che il giudice dice essere, tuttavia il diritto preme a dire chi è il giudice [R. BIN, *Ordine e disordine in una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013, 69].

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

buona) politica, forse tollera modesti aggiustamenti migliorativi, e comunque richiede ulteriori studi.

7. *Riassunto e soluzione del caso.* – L'ordine intercostituzionale anche penale si apprezza compiutamente sul piano delle dinamiche giudiziali, laddove si connota come intergiurisprudenziale. La sua costruzione e il suo incessante sviluppo si vorrebbero fondati, in ultima analisi, su una competizione *culturale*, non *positiva*, tra gli organi chiamati a somministrare giustizia, il che non esclude l'eventualità del conflitto o della diversificazione, quando non funzioni il dialogo tra le Corti e non si vada oltre [A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in *www.gruppodipisa.it.*, 22 marzo 2012. V. inoltre G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Aracne, 2011; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, Il Mulino, 2010]. Comunque, siamo ben oltre il *soft law*. Il primato passa *sperabilmente* alla cultura, «il diritto è cultura» [G. BETTIOL, *Diritto penale*, 11^a ed., Padova, Cedam, 1979, 13 e 12]. Il dialogo può sfociare in positivizzazione, *sperabilmente* secondo ragionevolezza [cfr. D. PULITANO, *Quale ragionevolezza nel penale?*, in AA.VV., *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettioli*, a cura di S. RIONDATO, Padova, Padova University Press, 2012, 43; J. HABERMAS, *Tra scienza e fede* (2005), Roma-Bari, Laterza, 2008].

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

ANTONIO VALLINI

1. «No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, [...] democracy is the worst form of government except all those other forms that have been tried