



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Fausto Giunta,
Renzo Orlandi, Michele Papa,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Daniele Guerri,
Dario Micheletti, Daniele Negri,
Caterina Paonessa

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2013



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2014
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

Distribuzione
PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884674047-2
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

- WILHELM DEGENER
La cosiddetta ambivalenza dell'obbligo di speditezza nel processo penale 15
- MÁRIO FERREIRA MONTE
Diritto penale riparativo 29
- GABRIO FORTI
La letteratura e il "buongoverno" dell'immaginazione giuridica 39
- FERRANDO MANTOVANI
La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale 59
- CARLO ENRICO PALIERO
La giustizia indifferente. "Etica" e "caso" nel Kubrick 'criminalista' 73

Dibattito Populismi penali

- GIOVANNI FIANDACA
Populismo politico e populismo giudiziario 95
- DOMENICO PULITANÒ
Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale 123

Retrospettiva Cesare Beccaria e le radici della modernità penalistica

- BERNARD E. HARCOURT
"Dei delitti e delle pene" di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno 149
- MARCO NICOLA MILETTI
Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco 179

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

<hr/>	
ADELMO MANNA <i>La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale</i>	389
SERGIO MOCCIA <i>L'odierna funzione di 'controllo' e "orientamento" della dottrina</i>	409
Il punto su... L'ineleggibilità del parlamentare e la legge Severino	
ELIO R. BELFIORE <i>Incandidabilità/decadenza e principio di irretroattività della sanzione penale</i>	423
GIOVANNI TARLI BARBIERI <i>La perdurante attualità dell'art. 66 Cost. dopo la decadenza del sen. Berlusconi</i>	433
Opinioni a confronto	
<i>Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione penale</i> Nota introduttiva di Ettore Randazzo	459
<i>Ne dibattono</i>	
CLAUDIA MAZZUCATO	
MASSIMO PAVARINI	
Riforme in corso	
GIOVANNI CANZIO <i>Il processo penale: le riforme "possibili"</i>	505
Attualità: Lo stage negli uffici giudiziari ex art. 73 d.lgs. 69/2013. <i>Un'opportunità formativa su cui riflettere</i>	
GIAN DOMENICO COMPORI <i>La formazione del giurista moderno: una sfida (ancora) irrisolta</i>	527
VINICIO NARDO <i>Cui prodest il tirocinio formativo negli uffici giudiziari?</i>	541

AMEDEO SANTOSUOSSO
La necessità di innovare gli studi giuridici e la pratica del diritto 547

Intervista

Ettore Randazzo
intervista **GIORGIO SANTACROCE**, Primo Presidente della Corte di
Cassazione 561

Antologia

LUIGI CORNACCHIA
*Ein unausrottbares verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito
penalistico italiano* 575

MARIO PISANI
*"Giusto processo" e "presunzione d'innocenza" nella recente legislazione
vaticana* 609

BIANCAMARIA SPRICIGO
*La "riflessione critica sul reato" e l'automatismo ostativo
dell'art. 4bis o.p.* 619

Il mestiere dello studioso

FERRANDO MANTOVANI
Il codice deontologico del giovane cultore del diritto penale 645

TABLE OF CONTENTS

On the front page

WILHELM DEGENER <i>The so-called ambivalence of the duty of expeditiousness in criminal trials</i>	15
MÁRIO FERREIRA MONTE <i>Restorative criminal law</i>	29
GABRIO FORTI <i>Literature and the “good governance” of legal imagination</i>	39
FERRANDO MANTOVANI <i>Gender violence from the criminal law and criminological perspective</i>	59
CARLO ENRICO PALIERO <i>Indifferent justice. “Ethics” and “randomness” in ‘criminalist’ Kubrick</i>	73

Opinion exchange on Penal populisms

GIOVANNI FIANDACA <i>Political populism and judiciary populism</i>	95
DOMENICO PULITANÒ <i>Populisms and criminal law. On the current ‘spiritual state’ of the criminal justice system</i>	123

Retrospective Cesare Beccaria and the foundations of penal modernity

BERNARD E. HARCOURT <i>Beccaria’s “On Crimes and Punishment”: a mirror on the history of the foundations of modern criminal law</i>	149
--	-----

MARCO NICOLA MILETTI

Beccaria and the foundation of the penal science. Eighteenth century origins of a misinterpretation

179

Roundtable

The two levels of the legality principle: what kind of coexistence within the realm of criminal law?

Foreword by Cristina de Maglie

205

Discussants:

FRANCO FIANDANESE

VINCENZO MAIELLO

SILVIO RIONDATO

ANTONIO VALLINI

Focus on... *The affirmation of the historical truth as a new legal interest to be protected by means of criminal law?*

MARGHERITA CASSANO

Negationism and the desirability of criminalization

271

CORRADO DEL BÒ

Lies you cannot forgive nor punish. Some philosophical remarks on the crime of negationism

285

Focus on... *EU Law vs. fundamental rights? Notes on the “Melloni” case*

GAETANO CARLIZZI

The need for a systematic approach to the debate on the relationships between legal systems. Observation starting from the “Melloni” case

301

CRISTIANO CUPELLI

Europeanist Hobbes? EU Criminal law, authority and counterbalances

339

Focus on... *The role of legal scholarship in the formation and legitimization of the criminal law*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
Old and new horizons of criminal law theory 363

ADELMO MANNA
Legal scholarship between statutory law and case law in the penal system 389

SERGIO MOCCIA
The current function of ‘control’ and “orientation” of legal scholarship 409

Focus on... *Inability to stand for elections and the so-called Severino Law*

ELIO R. BELFIORE
Inability to run for office/decadence and the rule of the non-retroactivity of criminal sanctions 423

GIOVANNI TARLI BARBIERI
The persisting modernity of Article 66 of the Constitution after the vote on senator Berlusconi’s decadence 433

Confronting opinions

Prison overcrowding and the postponement of the execution of prison sentences 459

Foreword y Ettore Randazzo

Discussants:

CLAUDIA MAZZUCATO

MASSIMO PAVARINI

Ongoing reforms

GIOVANNI CANZIO
The criminal trial and the ‘achievable’ reforms 505

Latest news: *Internship in courts according to Article 73 of the Legislative Decree No. 69/2013. An opportunity on which to reflect*

GIAN DOMENICO COMPORTI
The formation of the modern lawyer: a challenge yet to be solved 527

VINICIO NARDO
Who benefits from internships in court? 541

AMEDEO SANTOSUOSSO
The necessity to innovate legal studies and law practice 547

Interview

Ettore Randazzo
Interview to GIORGIO SANTACROCE, Chief Justice of the Cassation Court 561

Anthology

LUIGI CORNACCHIA
Ein unausrottbares verständnis? The legacy of the doctrine of finalism in criminal law scholarship 575

MARIO PISANI
“Due process” and “presumption of innocence” in the recent Vatican legislation 609

BIANCAMARIA SPRICIGO
«Critical rethinking on the committed crime» and the hindering mechanism set by Article 4-bis of the Penitentiary Law (regarding restrictions on the access to probation in case of severe crimes) 619

Being a scholar

FERRANDO MANTOVANI
The professional ethics of the young criminal law scholar 645

Tavola rotonda
*Le due legalità:
quale convivenza nel diritto penale?*

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 Bettiol*, 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

from time to time»¹. Con pochi tratti di *humour* britannico, Winston Churchill liquidava gran parte delle critiche alla democrazia, proprio in un momento in cui la democrazia gli rivelava amare implicazioni.

Sulla scorta di ben altra mole di argomenti, Karl Popper delineava i tratti della sua “società aperta”, così compendiatamente da Dario Antiseri: «nessun individuo o gruppo o razza o classe è venuto al mondo con l'attributo della *sovranità sugli altri*. È quindi [...] sviante la domanda “chi deve comandare”?, mentre razionale [...] è la domanda “Come possiamo organizzare le istituzioni politiche in modo da impedire che i governanti cattivi o incompetenti facciano troppo danno?”. È questa la domanda sottesa alla società aperta. Non *chi* deve comandare, ma *come* controllare chi comanda: questo è quanto vogliono sapere *uomini fallibili* che costruiscono, proteggono e perfezionano le istituzioni democratiche»².

La legalità penale non solo partecipa della democrazia, almeno della sua declinazione “continentale”, ma molto le assomiglia. La riserva di legge, in particolare, non è concepita per garantire positivamente la qualità dei contenuti e della forma delle scelte legislative, bensì per predisporre strumenti e processi di *limitazione e correzione*. Quel principio non trova tanto legittimazione nell'auspicio ottimista che, per suo tramite, sia perseguibile una qualche legislazione penale ideale – un connubio perfetto tra razionalità e rappresentatività – bensì nella realistica constatazione che il potere di normazione penale, per le sue componenti simboliche e le sue elevate implicazioni politiche, tende fisiologicamente a suscitare la tentazione di abusi punitivi (in senso lato, e in senso stretto), che devono essere circoscritti. Appurare che la produzione legislativa è per lo più qualitativamente pessima o almeno deprecabile, ed anche individuare le ragioni strutturali di talune degenerazioni, non è argomento utile per decretare il fallimento del principio di riserva di legge, bensì un motivo per chiederne, semmai, un ripensamento, una rifondazione e un potenziamento funzionale³. Oppure, se proprio si auspica un superamento della riserva di legge⁴, bisogna proporre sistemi dotati di una maggiore capacità limitativa e correttiva. Non certo affidarsi alla credenza – minacciosamente ingenua – che esistano istituzioni (ed esempio giurisdizionali) ontolo-

¹ Discorso alla Camera dei Comuni, 11 novembre 1947.

² D. ANTISERI, *Premessa alla seconda edizione italiana di Karl Popper, La società aperta e i suoi nemici*, I, Roma, 1996, 13.

³ Cfr. S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in questa *Rivista*, 2012, 299. Ripensamento, anche nella prospettiva di “metabolizzare”, entro l'orizzonte valoriale di quel principio, quel che di buono o di necessario può promanare dalle dinamiche globalizzanti attivate dalla adesione alla Convenzione europea: A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2011, 123 s.

⁴ Su tale tendenza, per tutti, criticamente, N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in questa *Rivista*, 2012, 316 ss.

gicamente dotate di “maggiori capacità” di informare i processi di criminalizzazione a *standard* più elevati. Non *chi* deve produrre norme penali, ma *come* controllare la produzione del diritto penale: questa è la domanda.

Peraltro, la bontà della legislazione penale non è questione puramente tecnica, ma fondamentale politica, ed è soprattutto per questo che appare poco sensata la prospettiva di affidarla a una tecnocrazia di illuminati manipolatori del giure punitivo. Quel che si può fare – e quel che la riserva di legge prova a fare – è creare i presupposti migliori acciocché, se esistono premesse positive per una buona politica penale, esse abbiano modo di esprimersi. Da questo punto di vista, ad esempio, l'affidamento all'organo comunque *più rappresentativo di ogni altro* – anche se certo *non perfettamente rappresentativo* – che decide secondo una regola di maggioranza nel confronto dialettico con istanze contrapposte, dovrebbe *meglio garantire di ogni altro* – anche se è lungi dal garantire *in assoluto* – una corrispondenza tra le scelte politiche di incriminazione e orientamenti valoriali diffusamente riconoscibili, in modo da far funzionare apprezzabili canoni di “prevenzione positiva”⁵. Soprattutto però, come dicevamo poc'anzi, fine della riserva di legge è quello di predisporre un sistema di controrimedi nel caso in cui quelle ed altre qualità positive non si esprimano. La riserva di legge apre i processi di criminalizzazione all'interlocuzione dialettica e al controllo delle forze di minoranza; espone le dinamiche e i risultati di quei processi alla verifica dell'opinione pubblica e alla possibilità di interventi abolitivi (mediante *referendum*); racchiude la scelta di incriminazione nella sola fonte che si espone al giudizio di costituzionalità. Anche le obiezioni mosse alla riserva di legge in ragione della ridotta rappresentatività del parlamento (a causa ad es. della legge elettorale e del fenomeno della c.d. “partitocrazia”) e/o perché i processi decisionali poco o solo apparentemente risentono del criterio di maggioranza parlamentare (per la subordinazione al governo, per i condizionamenti di *lobbies*, potentati economici, *inputs* sovranazionali, ecc.), e/o perché gli strumenti di controllo diffuso restano sostanzialmente sulla carta⁶, appaiono dunque degne della massima considerazione (segnalando problemi reali e gravi), ma alla fine non del tutto pertinenti per

⁵ W. HASSEMER, vari contributi: da ultimo *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, 2012, 96 ss.

⁶ Cfr. F. PALAZZO, vari contributi, ad es. *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2013, 122 ss.; ID., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. fiorentini*, XXXV, 2007, 1281 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *questa Rivista*, 2011, pp. 84 ss.; F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Milano, 2000, I, 66 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 23ss. V. altresì A. GARGANI, *op. cit.*, pp. 99 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2013, 164 ss.

giustificare un superamento del principio. Per il semplice fatto che, per sostenere simili prospettive, bisognerebbe o negare il valore della rappresentatività dell'organo chiamato a orientare il "potere punitivo" e l'importanza di sistemi di vigilanza democratica e costituzionale su quel potere, oppure individuare organi *più rappresentativi* del Parlamento e fonti *meglio "controllabili" e "correggibili"* della legge.

Altro aspetto, tutt'altro da sottovalutare, è quello della *responsabilità politica* ex post. Tale responsabilità è ovviamente massima (il giudizio è, ancora una volta, relativo e comparativo) per l'organo che si rinnova mediante elezioni popolari. È minima per istituzioni che si costituiscono per concorso, costituzionalmente preservate da qualsiasi influenza e subordinazione di carattere politico. I giudici, per intendersi, sono programmaticamente sottratti a una responsabilità politica, se non a una responsabilità *tout court*⁷. Orbene, sempre nell'ottica del "contenimento negativo" del potere punitivo – ma anche in quella, volendo, della valorizzazione positiva della qualità del sistema penale – è meglio affidare i processi di criminalizzazione (che sono politici) a chi poi, in qualche modo, dovrà darne conto, o a chi invece è esente da una simile validazione anche *ex post*? La riserva di legge è una risposta anche a questa domanda retorica.

Si badi, ci stiamo muovendo in una prospettiva di sistema e di principio, non di esegesi di dinamiche concrete. Non siamo così ingenui da non cogliere che, in realtà, dietro l'atto interpretativo più neutro si collocano *inevitabilmente* opzioni di valore e quindi "politiche" *lato sensu* (talora *stricto sensu*, se non *vulgari sensu*), sicché il ruolo della giurisprudenza naturalmente (e, in certe contingenze storico-politiche, in modo particolarmente accentuato) si pone in un rapporto di tensione con il paradigma della riserva di legge, quasi svelandone una natura ideologica⁸. Bisogna tuttavia decidere se attribuire a quella tensione centripeta un avallo istituzionale, ovvero chiedere all'ordinamento di predisporre misure di contenimento. Sul punto torneremo nel finale.

Inoltre, ribadire che la giurisprudenza *non deve avere* potere di intervento positivo nei processi di criminalizzazione, non significa estraniarla dalla teleologia della riserva di legge, bensì meglio e più degnamente collocarla in quello stesso orizzonte. È proprio in ragione della sua apoliticità e della sua estraneità a processi di carattere più strettamente politico-criminali che il giudice può trovare

⁷ G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *questa Rivista*, 2012, 291.

⁸ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007, *passim*, e spec. pp. 71 e ss.; G. FIANDACA, *op. cit.*, 93 ss.; F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale*, cit., 69 ss.; A. GARGANI, *op. cit.*, 116 ss.; S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, a cura di U. Vincenti, Padova, 2000, 241 ss.

una collocazione essenziale e insostituibile nelle logiche complessive della riserva di legge.

Approfondiamo i nessi tra artt.25 Cost., 101, comma 2, Cost, e l. cost. 9.2.1948 n. 1. Se le opzioni penali devono esprimersi mediante legge, è anche perché, in tal modo, la loro concretizzazione viene poi istituzionalmente affidata al filtro di un organo – il giudice – che ne è l'interprete elettivo, dedicato e specializzato, privo di responsabilità e, dunque, di *potestà* politica, ma prevalentemente ispirato dalla Costituzione e interlocutore essenziale della Corte costituzionale. In tal senso soggetto *soltanto alla legge*: egli, cioè, *deve dare come acquisita la decisione politico-criminale* cristallizzata nella legge, ed espressione del criterio decisionale privilegiato in un contesto democratico, senza ad essa sostituire altre decisioni o opzioni, personali o di altra fonte. In tal senso soggetto *alla legge*: sottoposto prima di tutto alla *suprema legge*, la Costituzione, cui deve orientare la propria attività interpretativa, e di cui deve garantire, per così dire, l'effettività nella sua funzione esclusiva di "giudice rimettente". In altri termini, il criterio di riserva di legge, quale presupposto (in materia penale) per una individuazione del giudice come *agente decisivo di concretizzazione del precetto* normativo, è anche funzionale ad una allocazione razionale e virtuosa tra competenze e potestà (positive) *politico-decisionali* (necessariamente dell'organo rappresentativo), e competenze e potestà (negative) di *garanzia dei diritti individuali contro abusi della maggioranza* e aberrazioni delle dinamiche decisionali (necessariamente di un organo che non cerca legittimazione in una maggioranza, ma semmai in fonti deputate a contrapporre barriere al potere punitivo). Osservata in questa sua ulteriore forma di manifestazione, ecco che appare la strettissima parentela tra riserva di legge e democrazia. Quella, come questa, lungi dall'esaurirsi nel criterio maggioritario, è sistema di equilibri per preservare le ragioni e diritti della minoranza, e in specie della più paradigmatica delle minoranze, cioè l'individuo.

Tanto premesso, e venendo finalmente all'oggetto di questo *forum*, se le sinergie tra l'ordinamento interno e il sistema CEDU valorizzano il ruolo della giurisprudenza, sarebbe opportuno contribuire (anche nelle sistematizzazioni "scientifiche") a veicolare questa sollecitazione in modo che essa *incrementi la capacità (istituzionale, ed effettiva) della giurisprudenza di fungere da limite garantistico alle opzioni di politica penale del legislatore*. Potenziano, in particolar modo, il ruolo del giudice come interprete non più soltanto costituzionalmente, ma anche "convenzionalmente" orientato; e come interlocutore funzionale non più soltanto della Corte costituzionale, ma anche (v'è da precisare in che modo e in che misura) di un'altra "Corte dei diritti"⁹. Così introiettata, quella sollecitazione sarebbe del

⁹ Compie uno sforzo in tal senso, di recente, il contributo di G. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula 'bella e infedele'*, in corso di pubblicazione su *Dir. pen. proc.*

tutto in linea con le logiche più profonde della riserva di legge nazionale, la cui portata garantistica risulterebbe ulteriormente accresciuta, insieme all'importanza istituzionale della magistratura.

Frizioni col principio di riserva di legge si possono invece verificare – e di gravi – se l'interlocuzione con la CEDU dovesse invece, alternativamente o, peggio, cumulativamente:

a) legittimare un ruolo *politico-criminale* della giurisprudenza, complementare o addirittura sostitutivo rispetto a quello dell'organo rappresentativo

b) far operare la giurisprudenza non più soltanto come *limite negativo* alle scelte di incriminazione, espresse mediante la legge, ma anche come *pungolo ad opzioni positive di criminalizzazione*.

2. Misuriamo, dunque, quanto di virtuoso, e quanto di rischioso vi sia, nelle sinergie ormai essenziali tra sistema penale interno e fonti CEDU, con particolare riferimento al tema della legalità. A questo proposito bisognerebbe considerare distintamente varie espressioni di quelle sinergie.

Interessa, in primo luogo, come l'*idea di legalità penale* contenuta nell'art. 7 CEDU ed elaborata a Strasburgo si confronti con il concetto di legalità desumibile dall'art. 25 Cost.

Altro problema è come disposizioni convenzionali distinte dall'art. 7 – che non riguardano processi di formazione e operatività della norma penale quale che sia, bensì definiscono diritti fondamentali come possibili oggetti di tutela penale – possano incidere sul *merito* delle scelte di incriminazione, limitando la discrezionalità politica dell'organo legislativo, fino a prefigurare *obblighi di tutela penale*. Tema di grande rilievo, strettamente correlato a quest'ultimo, è come e quanto le tecniche di bilanciamento tra diffuse pretese di incriminazione (istanze di "sicurezza", o di conferma simbolica di diffusi orientamenti etici) ed esigenze di salvaguardia del singolo dal potere punitivo (tutela in generale della libertà personale, salvaguardia di più specifici diritti e libertà le cui forme di espressione possono essere oggetto di repressione penale) promosse dalla Convenzione europea possano interferire sulle corrispondenti tecniche di bilanciamento ispirate dalla Costituzione, eventualmente alterandole.

Ultima fondamentale questione, che prescinde dalla dimensione formale e sostanziale della legalità penale prefigurata dalla Convenzione, e più risente di regole e prassi di implementazione di quella Carta internazionale: come e quanto l'elevazione della Corte EDU ad attore costante e privilegiato del sistema penale impatta sui reciproci equilibri tra soggetti costituzionali (in particolare tra legislatore, giudice e giudice delle leggi), riasestandone i ruoli rispetto a quelli astrattamente assegnati dal principio di cui all'art. 25 Cost.?

3. Cominciamo, dunque, dall'art. 7 CEDU.

Secondo una lettura, per così dire, "ottimistica", l'idea "convenzionale" di legalità *rafforza* il paradigma delineato dall'art. 25 Cost.¹⁰. Le due disposizioni opererebbero, insomma, in termini *cumulativi*, ognuna aggiungendo profili di garanzia non pienamente valorizzati dall'altra, così che ne risulterebbe infine una nozione di legalità potenziata nella sua portata liberale e garantistica.

L'art. 7 CEDU non valorizza la riserva di legge e riconosce alla giurisprudenza un ruolo paraordinato rispetto al legislatore (*Grande Chambre* del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; C. Edu, *S.W. c. Regno Unito*, 22.11.1995, § 35; C. Edu, *C.R. c. Regno Unito*, 22.11.1995, § 35; C. Edu, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, 8.7.1999, § 36). Si dirà, tuttavia, che ciò avviene perché è norma pensata per adattarsi a sistemi di *common law* (e lo stesso operare della Corte EDU rispetto alla propria fonte di legittimazione, la CEDU, coltiva stilemi da *common law*). Non c'è dunque da temere: a garantire il monopolio legislativo, nel sistema penale interno, ci pensa l'art. 25 della Costituzione, che non può essere sminuito dalla disposizione convenzionale. La quale è pensata per adattarsi, lei, a ordinamenti profondamente diversificati, non certo per pretendere l'adeguamento dei sistemi continentali a logiche britanniche, o viceversa.

L'interpretazione che dell'art. 7 CEDU dà la Corte si lascia peraltro apprezzare per l'energia con cui promuove *l'accessibilità e la prevedibilità* della norma incriminatrice¹¹ (tra le ultime C. eur. dir. uomo, quarta sezione, sent. 22 gennaio 2013, *Camilleri c. Malta*, ove si valorizza in particolar modo anche l'esigenza di prevedibilità della *misura* della pena). Il sistema CEDU, dunque, potenzia i principi di determinatezza e tassatività (intesa come divieto di analogia: C. Edu, *Kokinakis c. Grecia*, 25.3.1993, § 25), non esplicitati nell'art. 25 Cost., così come la regola della irretroattività, di cui si estende la *ratio* sino a comprendervi il "formante giurisprudenziale" (diversamente dall'art. 25 Cost.).

Altro profilo garantistico irrobustito dall'art. 7 CEDU, e del tutto estraneo all'art. 25 Cost., è costituito dal criterio di retroattività della norma favorevole, come noto recentemente declinato nei termini di un vero e proprio *diritto della persona*, dunque in una dimensione "soggettiva" strutturalmente più resistente a bilanciamenti valoriali (e non solo di oggettiva coerenza dell'ordinamento, fatal-

¹⁰ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes - V. Zagrebelsky, 107. In una prospettiva più cauta, cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite?*, cit., a parer del quale, pur potendosi intravedere un indebolimento del principio di riserva di legge, nel contesto dell'attuale sistema "multilivello" la discrezionalità del giudice non risulterebbe particolarmente potenziata; anzi, per certi versi (specie se ben intesa) risulterebbe più vincolata.

¹¹ A. BERNARDI, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, 2001, 253, 260 ss.

mente esposta alle pressioni di esigenze che possano rendere ragionevoli disparità di trattamento tra fatti commessi in tempi differenti: v. Gran Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia)¹². Ancora, la nozione di “legge penale” elaborata dalla Corte EDU – riguardo all’art. 7 CEDU come già all’art. 6 – è “autonoma” (v. in origine C. Edu., GC, *Engel c. Paesi Bassi*, 8.6.1976, §§ 81 ss.; successivamente, *ex plurimis*, C. Edu, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*, 21.2.1984, §§ 50 e di recente C. Edu, *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 20.1.2009; Sent. 27 settembre 2011; A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia (ric. n. 43509/0). Essa, in sostanza, non è condizionata dal *nomen* apposto nell’ordinamento nazionale a questa o a quella fattispecie, a questa o a quella sanzione. Bada alla sostanza penale di talune opzioni punitive, per come essa è rivelata, tra l’altro, dall’impatto che esse hanno su diritti fondamentali della persona, ed è insensibile a possibili “frodi delle etichette”. Tanto si addice a un giudice sovranazionale, non condizionato dalle forme giuridiche dei singoli ordinamenti statuali, che ha contribuito virtuosamente ad incrementare analoga insensibilità anche nella nostra Corte costituzionale¹³.

In conclusione, senza attentare alla portata *istituzionale* della legalità (quella espressa nel principio di riserva di legge, e privilegiata nell’art. 25 Cost.), l’art. 7 CEDU incrementa le implicazioni *personalistiche* di quello stesso paradigma, e dunque – dalla visuale dell’ordinamento italiano – i nessi tra art. 25 ed art. 27 (commi 1 e 3) Cost.¹⁴.

Non può, tuttavia, darsi così per scontata la *compatibilità* funzionale (e, dunque, la virtuosa sovrapposibilità) tra l’idea costituzionale e quella convenzionale di legalità. Perché se si sposta la fonte di legittimazione dell’opzione incriminatrice dal criterio (formale) della riserva di legge a quello (sostanziale) della *prevedi-*

¹² V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali*, diretto da Bartole-De Sena-Zagrebelki, Padova, 2012, 284 ss.; F. MAZZACUVA, *L’interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in MANES-ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., 426 ss.; C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 69 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 217 ss.; F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 ss. Nondimeno, vi sono implicazioni della retroattività *in mitius* non valorizzate in sede europea, e che dunque si prestano a trovare più solido fondamento nel sistema italiano, ad es. *ex art. 3 Cost.* Così, restano esclusi dall’ombrello protettivo dell’art. 7 CEDU le norme in materia di prescrizione, mentre l’effetto retroattivo non viene ritenuto idoneo a superare il giudicato. Sul punto F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 ss.

¹³ Cfr. la sentenza in tema di confisca della Corte cost. n. 196/2010, in *Cass. pen.* 11, 70, con nota di V. MANES.

¹⁴ G. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 227 ss.

bilità, il contributo del giudice – che può essere prevedibile tanto quanto altre fonti – risulta potenzialmente *sostitutivo* della legge. In questo modo, sostanziali inottemperanze interne, da parte dei giudici, dei corollari della riserva di legge potrebbero trovare invece una legittimazione nella CEDU, purché per la loro diffusione, o comunque *per la loro intrinseca “ragionevolezza” nonostante la loro novità*, vadano a costituire un orientamento “prevedibile” e “accessibile”.

Insomma, interventi del giudice di carattere analogico, o comunque “creativamente” intesi ad attribuire un significato ad una disposizione in sé ambigua o indeterminata, quindi non saldamente ancorati al lessico legislativo, possono trovare un sostegno a Strasburgo (fino a divenire, per questa via, oggetto addirittura di un obbligo di interpretazione “convenzionalmente orientato”) giusto perché in grado di delineare fattispecie la cui criminosità sia “prevedibile” (ad es. C. Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, 25.3.1993; C. Edu, GC, *Cantoni c. Francia*, 15.11.1996, § 34 e di recente Dec. 14 giugno 2011, *Jobe c. Regno Unito*; e v. poi Cass., Sez. Un., n. 34952 del 19.4.2012, che nonostante la dubbia compatibilità con il tenore letterale dell’art. 628, comma 2, c.p., ha ritenuto penalmente rilevante il tentativo di rapina impropria, in quanto fattispecie “prevedibile” ai sensi dell’art. 7 CEDU¹⁵). Non a caso, nella prospettiva dell’art. 7 CEDU, non si fa distinzione tra “analogia” e “interpretazione estensiva”. Una tale distinzione è sensata soltanto dando la giusta importanza alle parole utilizzate dal legislatore nel descrivere il fatto tipico¹⁶.

Possiamo persino preconizzare un avallo sovranazionale di applicazioni retroattive di disposizioni incriminatrici, laddove il materiale normativo coevo alla commissione del fatto rendesse “prevedibile”, già allora, una qualifica di criminosità della condotta corrispondente a quella poi “meglio esplicitata” nella disposizione penale sopravvenuta. Le sinergie con il sistema CEDU e la sua idea di legalità, in altri termini, potrebbero fornire una legittimazione ad interpretazioni che volessero “forzare” i confini applicativi di fattispecie previgenti al momento della condotta, in modo da far risultare come “successione modificatrice” (in ipotesi *in bonam partem*, dunque suscettibile di retroagire) quella che, a una interpretazione rigorosa del testo normativo, dovrebbe piuttosto ritenersi una ordinaria ipotesi di incriminazione inedita e sopravvenuta (dunque non applicabile retroattivamente). Senza neppure una piena garanzia del giudicato: c’è infatti chi teme che la figura della c.d. “revisione europea”, per come costruita dalla Corte costituzio-

¹⁵ Cfr. le note critiche di G.L. GATTA, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁶ Cfr. A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., 263 ss.; A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Ced)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 258 s.

nale, ancora una volta nell'urgenza di armonizzare sistema interno e CEDU, non sia del tutto refrattaria a ipotesi di revisioni *in malam partem*¹⁷.

Morbose fantasie? Proprio di recente (Sent. 6 ottobre 2011, Soros c. Francia) la Corte europea ha ritenuto compatibile con l'art. 7 CEDU una condanna francese per *insider trading* ai danni di chi poteva ritenersi *insider* secondario, munito di informazioni privilegiate, ai sensi di una legge *successiva al fatto*, non altrettanto chiaramente (e, però, "prevedibilmente", dall'ottica "professionale" dell'imputato) in virtù della diversa legge *antecedente al fatto*. Già nella nota decisione C. Edu, *S. W. c. Regno Unito*, 22.11.1995, la negata applicazione a un cittadino inglese condannato per violenza sessuale ai danni della moglie della causa di non punibilità correlata alla relazione coniugale, elaborata in un remoto precedente, è stata ritenuta non in contrasto col divieto di efficacia retroattiva della "norma penale" sfavorevole, essendo comunque espressione "ragionevolmente prevedibile" di una evoluzione della coscienza sociale (di segno analogo C. R. c. Regno Unito).

Quest'ultima sentenza, assieme ad altre, disvela dettagli ancor più conturbanti, perché lascia intendere che forme possa assumere la "prevedibilità" quale assenza della "legalità" europea. Essa non è segno soltanto di una "soggettivazione" personalistica dei presupposti della responsabilità, ma anche un criterio che può attivare una *sostanzializzazione* del concetto di legge (che è tutt'altra questione, rispetto alla già ricordata elaborazione di una nozione sostanziale e autonoma di "materia penale"). La Corte EDU declina, a volte, una "prevedibilità" che non si apprezza dal punto di vista del singolo (ad es. in ragione della sua specializzazione professionale: v. anche C. Edu, *Flinkkilä e a. c. Finlandia*, 16.4.2010, § 67), ma è parametrata a supposti, diffusi orientamenti "etico-sociali-culturali", di cui la Corte EDU si erge, in fondo, a interprete privilegiato (non si sa bene in virtù di quale legittimazione). Non a caso, è riguardo a *mala quia prohibita*, di diritto penale accessorio, che si è fatta realmente valere la garanzia della irretroattività (ad es. C. Edu, *Pessino c. Francia*, 10.10.2006). Per i *mala in se*, per definizione "intrinsecamente" conoscibili per le loro solide corrispondenze etico-sociali, essa pare del tutto depotenziata – come appunto rivelato dalla già citata sentenza *S. W. c. Regno Unito*¹⁸ – così tracciandosi una linea di continuità con l'opzione, espressa

¹⁷ V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit, 244. Si veda, per vero, la genericità del dispositivo della sentenza della Corte cost. n. 113/2011, con la quale si «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva [quale che sia?] della Corte europea dei diritti dell'uomo».

¹⁸ Se ne accorge V. VALENTINI, *op.cit.*, 138 s.

nel testo dell'art. 7 CEDU, secondo la quale le guarentigie della legalità non valgono per i più connotati dei *mala in se*, e cioè i crimini internazionali¹⁹.

Un orizzonte culturale neogiusnaturalista (come quello cui può ricondursi, con cautela, la Formula di Radbruch che ispira l'art. 7, comma 2, CEDU²⁰), entro il quale fonte della norma penale non è l'*auctoritas*, bensì la *veritas*, eventualmente "rivelata" da liberi responsi della giurisprudenza, persino con esiti *in malam partem*?

4. V'è di più. Tale dimensione "sostanziale" della legalità penale ex art. 7 CEDU, idealmente sottratta al filtro valutativo dell'organo rappresentativo, ed anzi consegnata a una implementazione prevalentemente "prasseologica", è oltretutto esposta ad altre pressioni convenzionali che le imprimono movimenti *espansivi*.

È una idea di legalità che si fa apprezzare non solo come *limite*, ma anche come *sollecitazione* del potere punitivo, proveniente *aliunde*, che non dalle aule di un Parlamento. Si può dire anche il contrario: la non essenzialità, nel sistema penale prefigurato dalla CEDU, di un monopolio politico-parlamentare dei processi di criminalizzazione, *apre spazi* per una legittimazione di carattere sostanziale, e in chiave estensiva, di quei processi.

La nota desumibilità da diverse norme CEDU di veri e propri *obblighi di incriminazione* (già a partire dal *leading case X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985, §§ 23 ss.), e la prefigurazione di un'idea sostanziale della legalità che ne mortifica la dimensione istituzionale, sono due facce della medesima medaglia. Due fenomeni che, reciprocamente, "si tengono".

Quale complesso "sillogismo" sorregga la presenza di obblighi di incriminazione è cosa nota²¹:

- la Convenzione tutela diritti fondamentali individuali contro offese promananti dallo Stato;
- lo Stato può offendere quei diritti non solo direttamente, ma anche non ottemperando all'obbligo positivo di salvaguardarli da lesioni terze;

¹⁹ Sul punto cfr. ancora le acute considerazioni di V. VALENTINI, *op. cit.*, 108 ss.; v. però la recente tendenza a interpretare molto restrittivamente quella eccezione: C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina.

²⁰ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, *passim*, spec. 279 ss.; G. DE FRANCESCO, *Crimini di Stato, filosofia politica, diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2001, 731.

²¹ F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 247 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 167 ss.

– per altro verso, l'onere di salvaguardia dei diritti fondamentali – lo si desume già dall'art. 1 CEDU – ha da essere *practical and effective*; non ci si accontenta, insomma, di dichiarazioni d'intenti;

– da tali premesse deriva, prima di tutto, un *obbligo di predisporre effettivamente le più efficaci sanzioni dissuasive* di condotte offensive di diritti fondamentali;

– *la più efficace sanzione dissuasiva è la minaccia penale*;

– *ergo*, in diversi casi sussiste, per lo Stato, un obbligo di incriminazione (oltre ad altri obblighi di carattere processuale, organizzativo e amministrativo, anch'essi utili ad una efficace prevenzione).

Nella prassi della Corte EDU, nondimeno, questi doveri positivi dello Stato sembrano orientarsi specialmente a salvaguardia di diritti fundamentalissimi – alla vita, a non essere sottoposto a tortura e trattamenti degradanti, a non essere ridotto in schiavitù, alla integrità sessuale quale espressione del diritto al rispetto della vita privata – soprattutto quando titolari ne sono soggetti peculiarmente esposti (ad es. minori, detenuti, soggetti affidati allo stato, e in genere “*other vulnerable individuals*”, come in particolare persone disabili)²², e se la condotta illecita appare qualificata, perché commessa volontariamente, o perché proveniente da agenti dello Stato. Gli obblighi di incriminazione, dunque, hanno l'attitudine ad operare rispetto a *mala in se*, la cui criminosità di principio può supporre già riconosciuta dagli ordinamenti nazionali; sicché quegli obblighi tendono in realtà a convertirsi nel *divieto di prevedere esimenti* che configurino “eccezioni” alla generale punibilità di gravissime figure criminose (si pensi, ad es., al “nostro” art. 53 c.p.). Tutto questo riduce in qualche modo lo “scandalo”, anzi a tratti suscita l'entusiasmo, anche di giuristi avvezzi a trattare di un ordinamento che salvaguarda la discrezionalità politico-criminale del Parlamento. Oltretutto, è la stessa Corte costituzionale ad essersi attrezzata per censurare figure irragionevoli di “non punibilità”²³

Chi scrive è (sia pur problematicamente) perplesso, in particolare, circa l'opportunità di invocare con la consueta enfasi garantistica il baluardo della “legalità formale” per preservare spazi di sostanziale impunità di organi dello Stato che gestiscono scampoli rilevanti di “potere punitivo” (repressivo o preventivo). Perché la legalità è limite *al* potere statale-punitivo, a salvaguardia dei diritti *dell'individuo*; potere punitivo inteso nelle sue varie forme, perché la norma incriminatrice, direttamente o indirettamente, limita le strategie di tutte le agenzie di controllo penale. Ebbene, quando la CEDU pretende effettività di *prevenzione*

²² Per un quadro aggiornato di riferimenti alla giurisprudenza CEDU v. M. PELAZZA, *Sugli obblighi di prevenzione e di repressione di tortura e trattamenti inumani e degradanti: una poco conosciuta sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it.

²³ Sent. 394/2006: v. AA.VV., *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, a cura di L. Zilletti e F. Oliva, Pisa, 2007.

(e dunque effettività di repressione) degli abusi di potere di polizia ai danni dei cittadini, davvero “contraddice” le logiche della legalità penale, ovvero ne implementa ulteriormente la portata garantistica? Non è certo un caso che l’unico obbligo costituzionale di incriminazione contemplato dalla nostra Costituzione – quella stessa Costituzione che sancisce la riserva di legge – riguardi, appunto, «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», da parte di quelle autorità cui l’art. 13 Cost. si riferisce.

Bisogna però stare attenti ad abbassare la guardia di fronte a quella che, ad ogni modo, è fondazione impositiva e non democratica di precetti sanzionati col carcere. Perché, ad esempio, il sillogismo di cui sopra è viziato in un passaggio almeno, in specie quando assume che quella penale sia, per definizione, la più efficace ed opportuna delle tutele preventive. Così si mortifica, in un sol momento, tutto il grande tema della *sussidiarietà* dell’intervento penale.

Quel sillogismo, ancora, se finora è stato declinato con una certa cautela e “senso di giustizia”, non contiene in sé limiti logici capaci di frenarne il potenziale espansivo. Così, sia pure in casi ben più limitati, le *positive obligations* di fonte CEDU impongono allo Stato obblighi di prevenzione anche di offese *tra privati*, che scivolano fatalmente verso obblighi di incriminazione. L’Italia è stata di recente destinataria di un ammonimento circa la necessità di «adottare misure volte ad assicurare che gli individui sottoposti alla propria sfera di giurisdizione non siano soggetti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, anche da parte di *soggetti privati*» (C. eur. dir. uomo, II sez., sent. 31 luglio 2012, M. e altri c. Italia e Bulgaria). Posto, poi, che anche i termini ristretti di prescrizione possono segnalare una inadeguatezza preventiva, e considerato altresì che quei termini sono naturalmente correlati alla gravità dell’illecito, le pressioni CEDU possono incidere non solo sull’*an* della rilevanza penale di certi comportamenti (rilevanza che si può supporre in qualche forma già sussistente, per le ragioni di cui sopra), ma anche sul *quantum* e il *quomodo*; imponendo, così, non solo l’*espunzione* di ipotesi speciali *in bonam partem*, ma anche l’introduzione di ipotesi speciali *in malam partem*, predisponenti trattamenti penali differenziati per eccesso. Presto, forse, dovremo confrontarci seriamente con tale prospettiva, se ci sarà “un giudice a Strasburgo” che vorrà sanzionare il nostro Paese per la dimostrata inattitudine (a dire il vero eclatante) nel predisporre una adeguata reazione punitiva ai gravissimi abusi della polizia perpetratisi a Genova nel 2001²⁴.

Sempre quel sillogismo, inoltre, per la sua ispirazione fondamentalmente vittimocentrica, si presta ad essere declinato in chiave *securitaria*, addirittura secon-

²⁴ A. COLELLA, *C’è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l’inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1801 ss.

do stilemi tipici delle teorie sul “diritto penale del nemico”, una volta che si assuma il diritto dei cittadini “alla sicurezza” tra i “beni fondamentali” bisognosi *ipso facto* di una salvaguardia mediante pena. Secondo un recente studio, sorretto non certo da illazioni e vaghi timori, questa deriva sarebbe da tempo sotto gli occhi di tutti²⁵. Alcune più recenti decisioni sembrano forse ridimensionare l’allarme (Corte eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. n. 42750/09²⁶); ma un qualche allarme è bene che resti.

Anche senza delineare veri e propri obblighi di incriminazione, infine, la Corte EDU in altre occasioni non lesina spunti per fornire un crisma di conformità convenzionale a scelte punitive che conculcano espressioni di diritti fondamentali per corrispondere a “vaghe” e diffuse istanze “etiche”. Appartengono a questo filone tutte le sentenze in cui la Corte europea manifesta un peculiare *self restraint* a fronte di scelte nazionali di incriminazione che, intervenendo in settori ad elevata complessità bioetica, limitano pesantemente e, talora, in modo incongruo il diritto a procreare e formare una famiglia (art. 8 CEDU). In questi casi, le argomentazioni proposte dai giudici di Strasburgo non muovono tanto dal riconoscimento di diritti altrui “minacciati” dalla condotta criminalizzata (come le prerogative del nascituro, cui in realtà la CEDU stenta ad attribuire uno statuto significativo), quanto piuttosto dall’idea, spesso dichiarata, che gli organi statali godano in simili ambiti di una ampia discrezionalità punitiva (che si traduce in una limitata possibilità di muovere censure di irragionevolezza, *rectius* di “sproporzione”), essendo il livello nazionale quello in cui meglio si apprezza il *fondamento etico* di talune scelte di incriminazione (ecco emergere, ancora una volta, la sensibilità per una legittimazione etico-sostanziale del diritto penale)²⁷.

5. La pariordinazione alla legge del formante giurisprudenziale non è soltanto predicata dall’art. 7 CEDU, ma è da tempo ampiamente *praticata*.

In primo luogo, è bene evidenziare che il diritto CEDU è esso stesso giurisprudenziale, cioè creato da un “giudice” che trova una fonte di legittimazione in una Convenzione programmaticamente bisognosa di integrazione, adotta stilemi tipici della *case law*, e si ritiene assoggettato al vincolo del precedente²⁸. Ebbene, è questo “diritto” che la nostra Corte costituzionale ha elevato a fonte *sub-*

²⁵ V. VALENTINI, *op. cit.*, 33 ss.

²⁶ In *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di F. MAZZACUVA.

²⁷ Per i necessari riferimenti, e per alcune considerazioni critiche, si consento rinviare ad A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 127 ss., spec. 136 ss.

²⁸ F. VIGANÒ minimizza, tuttavia, la portata casistica delle pronunce della Corte EDU: da ultimo v. ad es. *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4.

costituzionale, vincolando il giudice italiano, come se stessa, all'interpretazione che della Convenzione dà la Corte di Strasburgo²⁹. Il giudice interno si trova, insomma, assoggettato *allo stesso modo* tanto a disposizioni scritte generali e astratte, quanto a *pronunce* (sovrnazionali) relative a *casi concreti* (anche se non succube dei casi concreti: le ermeneutiche sono per lo più generalizzanti)³⁰. L'esegesi di quelle disposizioni ancora utilizza, in linea di principio, le tecniche di sussunzione della fattispecie concreta sotto una predata fattispecie astratta. La subordinazione alle "interpretazioni" della Corte Edu impone, invece, una estrapolazione della *ratio* di atti di giurisdizione, quindi un adattamento di quella *ratio*, declinata in termini generali, rispetto al nuovo "fatto storico" bisognoso di soluzione, attraverso la rilevazione di analogie ed esercizi di *distinguishing*. La Corte costituzionale ha, insomma, invitato i giudici, e se medesima, ad allenarsi a gestire un paradigma sia pur peculiare di *stare decisis*. Quasi una prova generale di *common law*, che certo contribuisce, verrebbe da dire già sul piano "culturale", all'acquisizione di un sentimento di accresciuta rilevanza della propria funzione (a discapito della funzione della legge) da parte del potere giudiziario, che si è sentito per altro verso gravato del compito di assicurare una efficace implementazione delle spinte garantistiche della CEDU, a fronte della tradizionale inerzia del legislatore. Con un qualche fraintendimento della regola secondo la quale il potere giudiziario, in quanto espressione dello Stato, è co-obbligato a dare soddisfazione ad obblighi internazionali di cui lo Stato è titolare, quali quelli che promanano dalle sentenze della Corte europea. Quella regola non può, infatti, alterare i reciproci confini tra i ruoli attribuiti ai diversi organi costituzionali nell'ordinamento interno. In altri termini, la giurisprudenza può e deve contribuire a garantire l'esecuzione delle decisioni CEDU, ma soltanto entro i limiti delle proprie attribuzioni³¹; tra i quali, appunto, quello segnato dalla legalità, nelle sue varie espressioni.

Invece ben oltre le attribuzioni del potere giudiziario sembrano essersi spinte, ad esempio, certe prese di posizione in materia di garanzie processuali, dalla portata obiettivamente *contra o praeter legem* (di carattere analogico, si dirà con un eufemismo), dichiaratamente assunte per assicurare conformità dell'ordinamento

²⁹ Tra le più recenti Corte costituzionale n. 39 del 27 febbraio 2009, n. 311 del 26 novembre 2009, n. 317 del 4 dicembre 2009, n. 80 del 11 marzo 2011, tutte reperibili in www.giurcost.org, con rimandi a dottrina *on line*.

³⁰ Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 101 s. Più tranquillizzanti le riflessioni di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 151 ss.; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di Corso e Zanetti, Roma, 2010, 636 ss.

³¹ P. PIRRONI, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2004, 234 ss.

interno a puntuali pretese della Corte EDU³². Non mancano poi esempi, anche recenti, di vera e propria *disapplicazione* di divieti legali, non privi di implicazioni penalistiche, sanzionati in sede europea (v. il caso “Costa-Pavan”, sul quale più ampiamente *infra*)³³

La Corte costituzionale, è noto, sin dalle sentenze gemelle del 2007³⁴ ha cercato di governare simili pulsioni veicolandole su binari più convenienti, in particolare attribuendo a se medesima la competenza esclusiva di adeguare la legislazione interna agli *inputs* convenzionali, valorizzando tuttavia il ruolo del giudice come interlocutore tanto della Corte EDU (ai cui orientamenti deve ispirare la propria interpretazione), quanto della Corte costituzionale (cui può porre questioni di costituzionalità *ex art.* 117). Il giudice è, peraltro, destinatario di un *divieto di disapplicazione*, e gli spazi dell’interpretazione convenzionalmente conforme sono i medesimi di qualsiasi altra tecnica interpretativa. Su altro fronte, proponendo una teoria dei “contro-limiti” costituzionali interni, la Consulta si è assunta il compito di fungere non solo da momento di composizione tra ordinamento interno e sistema CEDU, ma anche da barriera contro tendenze espansionistiche e *non componibili* di quel sistema. Un quadro che, sulle polverose lenti degli occhiali del penalista, ancora riflette i tratti di un sistema di legalità “continentale”, *sub specie* di riserva di legge assoggettata a un vincolo di adeguatezza al superiore parametro di una costituzione rigida.

Il problema è che la legge, ma non la giurisprudenza, né tantomeno la Corte EDU, sono davvero sensibili al controllo della Corte costituzionale. In altri termini, la Corte costituzionale scommette (sinora con una discreta fortuna) su esercizi di autodisciplina da parte dei giudici, e su una ragionevole intesa coi colleghi di Strasburgo. Ma quel tribunale che voglia discostarsi dalle autorevoli indicazioni del giudice delle leggi, ben può farlo, senza temere sanzioni di sorta: a meno di non voler immaginare un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Corte costituzionale di fronte a se medesima. Dall’altro lato, niente vieterebbe alla Corte di

³² Si pensi alla nota sentenza sul caso “Dorigo” (Cass., sez. I, 1 dicembre 2006 n. 2800). Allude (criticamente) ad una avvenuta disapplicazione di norme processuali nel caso “Dorigo”: DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso “Dorigo”*, in *Cass.pen.*, 2007, 1453. Ritiene invece che, in quel caso, si sia realizzato un peculiare modello di interpretazione conforme *praeter legem*: F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di Corso e Zanetti, Roma, 2010, 657 s.

³³ Tribunale di Roma, Sezione prima civile, ordinanza 23 settembre 2013, Costa e Pavan contro Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna (giudice Galterio). Al riguardo A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della corte edu in tema di diagnosi preimpianto*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁴ Sentenze n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007, in www.giurcost.org/decisioni, con numerosi richiami a commenti dottrinali *on line*.

Strasburgo di confermare in ultima istanza una condanna contro lo Stato italiano, ritenuto inadempiente rispetto ad un precetto convenzionale che pure la Corte costituzionale abbia, in ipotesi, ritenuto inconciliabile con la Costituzione italiana.

In questo spazio di libertà e di irresponsabilità, il giudice nazionale può facilmente rivendicare il ruolo di controparte elettiva della Corte EDU, la quale può stare al gioco, dal canto suo. Non mancano espedienti praticabili. Ne è un esempio la appena citata vicenda “Costa-Pavan”. A fronte di profili di illegittimità costituzionale e convenzionale della legge 40/2004, nella parte in cui impedisce a coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili, e però fertili, di ricorrere alla diagnosi preimpianto – quando invece sono permessi dalla legge 194/78 la diagnosi prenatale e il ricorso all’aborto – due coniugi drammaticamente “toccati” dal divieto ricorrevano *direttamente* alla Corte EDU, senza prima rivolgersi a un giudice italiano. La Corte EDU ammetteva il ricorso, sul presupposto che si possano ritenere esaurite le tutele giurisdizionali interne (come è necessario che sia, *ex art.* 35, comma 1, CEDU), quando la norma di legge motivo di doglianza abbia un significato tanto univoco da non potersi sperare in un’interpretazione adeguatrice del giudice ordinario, a nulla rilevando l’astratta possibilità di proporre questione di costituzionalità e di ottenere eventualmente una pronuncia di illegittimità costituzionale (Camera CEDU, II sezione, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, ma v.già. Brozicek c. Italia, 19 dicembre 1989, § 34; Cofferati c. Italia, 24 febbraio 2009, § 48). Ne seguiva una condanna per l’Italia, e il riconoscimento del diritto di ottenere la fecondazione assistita e la diagnosi preimpianto. Costa e Pavan, a quel punto, adivano *ex art.* 700 c.p.c. il Tribunale di Roma ed ottenevano non già un rinvio alla Corte costituzionale per giudicare della illegittimità della l. 40/2004 anche *ex art.* 117 Cost., bensì una disapplicazione delle norme censurate in sede sovranazionale, e una intimazione alla ASL di Roma di provvedere a soddisfare le istanze dei ricorrenti. Un meccanismo inesorabile: la Corte costituzionale viene aggirata nella sua funzione istituzionale di unico “giudice delle leggi” *ex ante*, ed *ex post*, senza avere occasione di imporsi. È vero che poco dopo si è assistito, di nuovo, a un esercizio di auto-disciplina dei giudici (è stata successivamente sollevata questione di costituzionalità, *ex art.* 117 Cost., di quelle norme della legge 40/2004 precedentemente disapplicate³⁵). È altrettanto vero, però, che si è disegnata una strada che potrebbe essere facilmente ripercorsa, sussistendone le premesse, anche su sollecitazione di strategie difensive di *forum shopping*: ogni qual volta, cioè, su certi temi risulti più promettente l’atteggiamento dimostrato dalla Corte EDU, che non quello manifestato dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale ha speso in vari casi parole piuttosto nette circa l’estraneità della Corte EDU all’ordinamento cui ineriscono i giudici interni, sic-

³⁵ Trib. Roma, ordinanza 1/1/2014.

ché questi ultimi non possono interpretare la funzione di “esecutori” delle decisioni di Strasburgo, quasi che intervenissero in una medesima procedura. Non-dimeno, la disapplicazione della norma di legge motivo di condanna dell’Italia a Strasburgo, da parte del giudice che si trovi a dirimere *il medesimo caso* da cui la condanna ha tratto spunto, è eventualità che la stessa Corte costituzionale almeno in un’occasione ha implicitamente avallato: quando ha fatto propri, senza obiezioni di sorta, i contenuti della decisione che “eseguiva”, a favore del sig. Scoppola, quanto decretato in sede europea su ricorso dello stesso Scoppola, sostanzialmente dando luogo a una disapplicazione di legge (cfr. sent. n. 210 del 3 luglio 2013, nella quale si legge di una «radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà»³⁶).

6. Tiriamo le fila.

Sinora tanto di positivo ne abbiamo ricavato, dall’adesione alla Convenzione CEDU. Si profilano tuttavia serie possibilità di far cadere in desuetudine *il vincolo della riserva di legge, il correlato sistema di controllo accentrato di costituzionalità*, sostituibile con dinamiche fattuali che mimano un controllo diffuso, espresso mediante (sedicenti) atti interpretativi costituzionalmente e convenzionalmente adeguati, cui la stessa convenzione CEDU può imprimere pressioni espansive e *in malam partem*, e capaci di sconfinare, in certi casi almeno, nella disapplicazione della legge. Un controllo diffuso orientato da una Corte sovranazionale che non è affatto un buon surrogato della Corte costituzionale, perché si colloca in un sistema differente, persegue finalità distinte, opera con modalità d’altro tipo e, diciamolo, *in diversi casi offre minori garanzie*.

Sinora si colgono solo avvisaglie, niente di eclatante. Ma le premesse ci sono tutte, non solo tecniche, ma anche culturali. Autorevoli magistrati scrivono libri in cui, con dovizia di argomentazioni, si proclama l’esigenza di incrementare il ruolo del giudice quale attore fondamentale delle dinamiche di adeguamento dell’ordinamento italiano alle pretese CEDU³⁷. Studiosi pure fortemente critici rispetto alle derive “vittimocentriche” della Corte di Strasburgo, e ben consci dei rischi insiti in quelle dinamiche, riconoscono che in virtù dell’attuale art. 6, comma 3, TUE, che tramuta in diritto dell’unione europea le norme CEDU, si dovrebbe ammettere un potere di disapplicazione del giudice nazionale in caso di

³⁶ Per precisazioni v. A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia?*, cit., 15 ss.

³⁷ R. CONTI, *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011. In dottrina, suggestiva la proposta di S. RIONDATO, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1551 ss.

contrastati con la Convenzione non componibili in via ermeneutica³⁸. Altri autori offrono buoni argomenti per sostenere che, lasciando da parte il tema della disapplicazione, l'interprete italiano possa direttamente applicare norme di origine "convenzionale" ove nell'ordinamento sussistano "spazi vuoti" che si prestano, in tal modo, ad essere riempiti³⁹. La Cassazione penale finalmente, rompendo gli indugi, facendosi forte degli orientamenti sovranazionali di cui si è detto, dichiara espressamente che la giurisprudenza è *fonte del diritto* ("vivente")⁴⁰.

La Corte costituzionale, lo abbiamo visto, ha per certi versi favorito simili processi. Al di là di quel riconoscimento implicito del potere di disapplicazione, che ben può essergli "sfuggito" (di una cripto-disapplicazione si trattava), ha più volte accreditato l'interpretazione "orientata ai principi" dei giudici come strumento di elusione del giudizio di costituzionalità⁴¹, nel mentre valorizzava il potere-dovere di interpretazione convenzionalmente conforme, inteso anche come dialettica costruttiva con l'attività ermeneutica della Corte EDU, elevata a paradigma subcostituzionale nonostante la sua fisionomia di *case law*.

La stessa Consulta, tuttavia – quasi tessendo e disfacendo la trama che congiunge sistema italiano e sistema CEDU, novella Penelope⁴² – oppone ad ogni occasione utile una elegante ma strenua resistenza a difesa della dimensione *formale* della legalità intesa prima di tutto come *riserva di legge*, anche a costo di sortire decisioni che possono suonare conservatrici di opzioni meno garantistiche e "non al passo coi tempi". Così, nelle decisioni che escludono il potere di disapplicazione nonostante il Trattato di Lisbona (nn. 80 e 303 del 2011), o in quella che ha relativizzato il principio di applicazione retroattiva della norma favorevole *ex art. 7 CEDU*, ammettendo che *il legislatore* possa contemperarne ragionevolmente la valenza, in modo in fondo non dissimile a quanto accadeva quando quel princi-

³⁸ V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2012, 167 ss.; In tema, altresì, C. SOTIS, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto comunitario*, in *La Convenzione europea*, a cura di Manes e Zagrebelsky, cit., 109 ss.

³⁹ F. VIGANÒ, *L'adeguamento*, cit., 5 ss.

⁴⁰ Cass., sez. un., 21 gennaio 2010-13 maggio 2010, n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.* 11, 26 ss., nota RUSSO, secondo la quale «l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente"».

⁴¹ N. ZANON, *op. cit.*, 319. Dal canto suo la Cassazione aveva buon gioco a svincolarsi dall'onere di rispettare le interpretazioni suggerite dalla Corte: cfr. G. INSOLERA, *op. cit.*, 291 ss.

⁴² A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila 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.diritticomparati.it*.

pio era “soltanto” espressione dell’art. 3 Cost. (236/2011). Così, ancora più esplicitamente, quando in nome addirittura del *principio di separazione dei poteri* ha frustrato *apertis verbis* la pretesa di attribuire alle decisioni giudiziali la natura di “fonte del diritto”, e dunque l’adeguatezza di eventuali mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem* di operare retroattivamente anche oltre lo schermo del giudicato (sentenza n. 230 del 2012). Non siamo, in fondo, molto lontani dall’evocazione del “principio di riserva di legge” come “controlimite” costituzionale alle sollecitazioni promananti dall’Europa⁴³, auspicata da autorevole dottrina⁴⁴. Mentre l’immediata, provocatoria decisione con cui il Tribunale di Torino ha “disubbidito” alle chiare indicazioni della Corte, estendendo analogicamente l’art. 673 c.p.p. anche all’ipotesi di mutamento *in bonam partem* degli orientamenti delle Sezioni Unite, dà davvero la sensazione che sia in atto, se non uno scontro frontale, almeno una piccola guerriglia tra poteri⁴⁵.

Osservando tutto questo fermento dalla visuale angusta che ci consente il nostro piccolo ruolo, continuiamo a intravedere valide ragioni per sostenere simili movimenti della Corte costituzionale, cioè per resistere scientificamente – ma senza eccessi di rigidità, e con qualche ragionevole concessione – all’idea di assecondare ingovernabili acquisizioni spurie di ruoli “paranormativi”, o normativi *tout court*, da parte del “potere giudiziario”, quali quelle che traggono spunto dalla disincantata constatazione di indubbie degenerazioni della riserva di legge (ma c’è mai stata un’età dell’oro della riserva di legge?), o dal fatto che, inevitabilmente, l’atto interpretativo è “valutativo”, è “norma”. Il reale ha per forza una misura di razionale, è vero, o comunque pretende forme di razionalizzazione; ma non al punto di confondere l’essere col dover essere. Una buona razionalizzazione potrebbe essere quella di assecondare un assestamento forse già in atto, un compromesso tra le forze in campo, per cui è possibile *disapplicare* la legge *soltanto* in esecuzione di una pronuncia di condanna della Corte EDU che riguardi *esattamente quel medesimo caso concreto*⁴⁶. Così si eleverebbe il giudice a interlo-

⁴³ Così in effetti legge quella sentenza V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, 173.

⁴⁴ G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, 2003, 61 ss.

⁴⁵ Sezione GIP, ord. 30 gennaio 2012. Il confronto “culturale” è acceso anche tra gli “scienziati” del diritto: v. ad es. la nota sostanzialmente adesiva di F. VIGANÒ, *Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴⁶ Cfr. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *www.diritticomparati.it*; più problematicamente A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia?*, cit., 21 ss.

cutore privilegiato della CEDU, assoggettato in quell'occasione più ai parametri sovranazionali che non a quelli legali interni, ma sempre nei limiti di un atto di *giurisdizione*, mantenendo così ferma la distinzione tra *provvedimento* e *norma generale e astratta*⁴⁷.

Per il resto, realisticamente constatando che la tendenza ad una confusione tra giurisdizione e normazione effettivamente vi è – fisiologicamente e perché sollecitata da pulsioni sovranazionali – e che la riserva di legge è un modello sempre più screditato, dobbiamo semplicemente *decidere* se funzione dell'ordinamento debba essere quella di *promuovere* idealmente simili processi, oppure di *frapporvi ostacoli* deontici e di principio, quale necessario presupposto, tra l'altro, per l'attivazione di esercizi di autocontrollo, e di controllo diffuso⁴⁸.

Per ispirare quella decisione, ci sia concesso un aforisma: la riserva di legge è canone ingenuo, obsoleto, ideologico, mistificatorio e velleitario. È oggi senz'altro la peggiore fonte di legittimazione del potere punitivo. Eccettuate tutte le altre.

⁴⁷ Sugli spazi immaginabili di espressione di un potere giudiziale di “disapplicazione” v. altresì F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 659 s.

⁴⁸ Su come il vincolo di legalità (specie se presupposto di una deontologia, singolare e diffusa, della legalità) tutto sommato consenta ancora di “vincolare” e caratterizzare l'atto interpretativo, distinguendolo dall'atto liberamente valutativo (politico): C. LUZZATTI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005, *passim*. Cfr. anche V. VELLUZZI, *Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *questa Rivista*, 2012, 308 ss. Fermo nel ribadire l'esigenza di mantener fede alla “riserva di legge” nella sua “tradizionale” connotazione: C.F. GROSSO, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *questa Rivista*, 2011, 137.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

ELIO R. BELFIORE – Professore ordinario nell’Università di Foggia

GIOVANNI CANZIO – Presidente della Corte d’Appello di Milano

GAETANO CARLIZZI – Giudice del Tribunale Militare di Roma

MARGHERITA CASSANO – Consigliere della Corte di Cassazione

GIAN DOMENICO COMPORTI – Professore ordinario nell’Università di Siena

ALESSANDRO CORDA – Research scholar presso la New York University School of Law (USA)

LUIGI CORNACCHIA – Professore associato nell’Università di Lecce

CRISTIANO CUPELLI – Ricercatore nell’Università di Roma “Tor Vergata”

CORRADO DEL BÒ – Ricercatore di filosofia del diritto nell’Università statale di Milano

WILHELM DEGENER – Professore nell’Università di Amburgo (Repubblica Federale Tedesca)

MÁRIO FERREIRA MONTE – Professore nell’Università del Minho (Portogallo)

GIOVANNI FIANDACA – Professore ordinario nell’Università di Palermo

FRANCO FIANDANESE – Presidente di Sezione della Corte di Cassazione

GABRIO FORTI – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

JOSÉ L. GONZÁLES CUSSAC – Professore nell’Università di Valencia (Spagna)

BERNARD E. HARCOURT – Professore nell’Università di Chicago (USA)

VINCENZO MAIELLO – Professore ordinario nell’Università di Napoli “Federico II”

ADELMO MANNA – Professore ordinario nell’Università di Foggia

FERRANDO MANTOVANI – Professore emerito nell’Università di Firenze

CLAUDIA MAZZUCATO – Ricercatore nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

MARCO NICOLA MILETTI – Professore ordinario nell’Università di Foggia

SERGIO MOCCIA – Professore ordinario nell’Università di Napoli “Federico II”

VINICIO NARDO – Avvocato del Foro di Milano

RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

CARLO ENRICO PALIERO – Professore ordinario nell’Università Statale di Milano

MASSIMO PAVARINI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

MARIO PISANI – Professore emerito nell’Università di Milano

DOMENICO PULITANÒ – Professore ordinario nell’Università di Milano “Bicocca”

SILVIO RIONDATO – Professore ordinario nell’Università di Padova

ETTORE RANDAZZO – Avvocato del Foro di Siracusa

GIOVANNI TARLI BARBIERI – Professore ordinario nell’Università di Firenze

GIORGIO SANTACROCE – Presidente della Corte di Cassazione

AMEDEO SANTOSUOSSO – Consigliere presso la Corte d’Appello di Milano

BIANCAMARIA SPRICIGO – Assegnista di ricerca nell’Università Cattolica del Sacro
Cuore di Milano

CECILIA VALBONESI – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze

ANTONIO VALLINI – Professore associato nell’Università di Firenze

Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato di direzione di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni ai quali sono inviati, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Ogni scritto pubblicato è stato valutato favorevolmente da due Revisori che lo hanno giudicato l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di Direzione.
3. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di Direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Elio Belfiore	Roberto Guerrini	Vito Mormando
Marta Bertolino	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Alberto Cadoppi	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Giampaolo Demuro	Sergio Lorusso	Massimo Pavarini
Alberto di Martino	Vincenzo Maiello	Davide Petrini
Vittorio Fanchiotti	Ferrando Mantovani	Carlo Piergallini
Giovanni Fiandaca	Luca Marafioti	Tommaso Rafaraci
Giovanni Flora	Enrico Marzaduri	Lucia Riscato
Luigi Foffani	Oliviero Mazza	Placido Siracusano
Désirée Fondaroli	Nicola Mazzacuva	Luigi Stortoni
Gabriele Fornasari	Alessandro Melchionda	Paolo Veneziani
Alberto Gargani	Sergio Moccia	

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di luglio 2014