Vico Valentini

Articolo sottoposto a peer review

Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE

Euroscetticismo, euroentusiasmi e tutela dei diritti fondamentali, oggi

Sommario

1. Rango ed efficacia della normativa convenzionale. 2. Euroentusiasmo «all'italiana» (moderato, opportunista) ed eurocentrismo olistico (integralista, *taliban*). 3. *The dark side of the moon*: euroscetticismo e tensioni giuridico-culturali. 3.1 Ermeneutica vittimo-centrica e prevenzione generale «sistemica». 3.2. Corte europea e terrorismo politico-razionale (e nazionale) *ante* 2001. 3.3. Il divieto di retroattività occulta e l'obbligo di stretta interpretazione. 4. Concludendo.

1 Rango ed efficacia della normativa convenzionale

È una zona d'ombra che si può decidere di non illuminare[1], una realtà aggirabile con artifizi argomentativi[2], ma si tratta pur sempre di coperte troppo corte: le disposizioni

1. Come ad es. ha fatto la Consulta partorendo la "prima gemella" (Corte cost., sent. n. 348/2007, in *www.giurcost.org*), allorché, dopo aver ribadito che, rispetto alla normativa «scrittovivente» convenzionale, non è «individuabile [...] alcuna limitazione di sovranità» e, perciò, non funzionano i principi di *primauté* e diretta efficacia *ex* art. 11 Cost. (§ 3.3.); e dopo aver confermato il dato, altrettanto innegabile, che quella normativa non rientra neppure nell'ambito di operatività dell'art. 10 co. 1 Cost. (§ 3.4.), ha chiarito che le disposizioni della Convenzione EDU, nell'interpretazione datane dalla Corte strasburghese, penetrano il tessuto *sub*-costituzionale attraverso l'art. 117 co. 1 della Carta fondamentale. Perciò, qualora il giudice comune non riesca ad appianare il conflitto fra disciplina convenzionale e disciplina nazionale in via interpretativa, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale (§§ 4.3.-4.5.). Tutte verità tecnico-giuridiche difficilmente contestabili, certo, esattamente come l'affermazione secondo cui «[c]on l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità [...] con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convezione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati membri». Ci chiediamo, però: e se la normativa convenzionale viene innestata dentro al sistema comunitario, dentro a quello "ordinamento giuridico sopranazionale"? In questo caso, ed a prescindere dalla circostanza, a questi fini del tutto irrilevante, che quell'innesto avvenga *de facto* (ossia in via giurisprudenziale, com'è stato per circa quarant'anni: cfr. per es. Tatham, *EC Law in practice: a Case-Study Approach*, Budapest, 2006, 24 ss.; Rohleder, *Grundrechtsschutz im europäiscen Mehrebenen-System*, Baden-Baden. 2009, 365 ss., 376 s.), oppure *de iure* (ossia in base ad una regola positivizzata, come avviene oggi in forza del nuovo art. 6, co. 3, TUE), è davvero possibile negare la "comunitarizzazione" del diritto europeo dei diritti umani? La Corte nulla dice in proposito, "dribblando" elegantemente la questione.
2. Nella seconda *tranche* del "parto gemellare" (Corte cost., sent. n. 349/2007, in *www.giurcost.org*), invece, la Consulta affronta *ex professo* il problema della "comunitarizzazione" della normativa CEDU (per l'antefatto, v. retro nt. 1). Dopo aver riproposto il consueto sistema di «varchi costituzionali» alla disciplina sovranazionale (l'art. 10 per il diritto internazionale consuetudinario e il diritto internazionale pattizio che lo "cristallizza"; l'art. 11 per il diritto UE; e l'art. 117 per il restante diritto internazionale pattizio: § 6), infatti, la Corte precisa che, nonostante siano quarant'anni che la Corte di Giustizia afferma essere la normativa CEDU parte dei principi generali di diritto comunitario (ossia autentico diritto comunitario originario), e nonostante tale *case law* sia stata recepita nell'art. 6 TUE, non sarebbe comunque possibile far «valere in maniera indiretta» il parametro *ex* art. 11 Cost. (§ 6.1.). Non che il diritto «scrittovivente» CEDU, nell'ottica del Giudice delle leggi, sia utilizzabile solo in funzione argomentativa, dal momento che il nuovo art. 117, co. 1, Cost., ha conferito ad esso un rilievo *sub*-costituzionale autonomo (§§ 6.1.1. ss. Conf. Corte cost., sent. 236/2011, in *www.giurcost.org*, § 11); tuttavia, l'art. 11 Cost. e, quindi, pure il meccanismo della paralisi-disapplicazione, riguarderebbero esclusivamente la disciplina unionista. Ciò per svariate ragioni, alcune delle quali davvero poco convincenti: perché il Consiglio d'Europa è una realtà «giuridica, funzionale e istituzionale distinta dalla [...] Unione europea»; perché «il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune [...], è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale»; perché in punto di diritti fondamentali non sarebbero comunque pensabili limitazioni di sovranità; perché le disposizioni convenzionali e le sentenze della Corte europea non investono immediatamente la posizione di individui, ma si rivolgono a Stati (e il neonato "diritto" di richiedere la revisione del giudicato *ex* art. 630 c.p.p. nel caso di condanna della Corte europea? Più "individuale" e "immediato" di così...); e perché comunque, si faccia bene attenzione, i principi generali di diritto comunitario-normativa CEDU rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile, "ma non è il nostro caso". Auto-contraddizioni a parte, è come dire: possiamo pure ammettere, tutto sommato, che la normativa convenzionale è diritto comunitario *stricto sensu* inteso (rientrerebbe "in teoria" nell'art. 11 Cost...); tuttavia, il caso specifico esula dal campo di applicazione dello *jus commune* (...ma, *hic et nunc*, il problema non si pone). Davvero un ombrello buono per tutte le stagioni, se solo si pensa che, tornando sul punto successivamente al vigore del trattato portoghese (Corte cost., sent. 80/2011, in *www.giurcost.org*), la Consulta finisce per convenire sul fatto che la normativa CEDU, che in precedenza «non assumeva rilievo come tal[e]», costituisce una vera e propria fonte del diritto UE, e ciò sia in forza al novellato art. 6 co. 3 TUE (§ 5.2.), sia in forza della clausola *ex* art. 52 co. 3 della Carta di Nizza, a sua volta comunitarizzata (§ 5.4.); ciò

della Convenzione EDU (il catalogo...), nell'interpretazione datane dalla Corte europea (...i contenuti, l'estensione e la gerarchia dei diritti convenzionali), sono diritto europeo-comunitario. L'art. 6, co. 3, TUE, nella versione *post*-Lisbona, lascia ben pochi dubbi al riguardo:

> «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...], fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Non che prima fosse sostanzialmente diverso, intendiamoci.

Sono oltre quarant'anni che la Corte di Giustizia UE, di fronte all'*aut-aut* dei nostri giudici costituzionali, si prodiga per rimediare all'originario silenzio dei Trattati istitutivi [3], i quali, quando evocavano una qualche libertà fondamentale (es. artt. 12, 39, 141 TCE), ne funzionalizzavano la tutela a logiche economico-mercantilistiche[4]; e sono circa quarant'anni che il Tribunale di Lussemburgo, per implementare e dotare di contenuto la macro-categoria di diritto comunitario deputata ad ospitare i diritti umani (principi generali di diritto comunitario, *general principles of EC law*), si serve principalmente, se non proprio esclusivamente, della normativa convenzionale. Il diritto «scrittovivente» CEDU, insomma, non è mai stato davvero una mera fonte di conoscenza. O meglio, lo è stato "dal punto di vista" dei giudici lussemburghesi, i quali, non disponendo di un documento comunitario *ad hoc,* s'ispirarono ai colleghi di Strasburgo; una volta che quelle *sources of inspiration* venivano «riversate» nel sistema attraverso la macro-categoria, però, ne acquisivano giocoforza, e automaticamente, il rango[5].

Da questo punto di vista, dunque, il trattato portoghese si limita a formalizzare un rinvio-innesto "mobile" che, in via giurisprudenziale, avviene costantemente e sistematicamente da decenni[6]: la normativa convenzionale *continua* a far parte dei principi generali dell'ordinamento europeo-comunitario, e quei principi *continuano* ad essere una categoria di diritto giurisprudenziale (*unwritten...*) comunitario originario (*...and primary law*). L'unica e, agli effetti pratici, non lieve differenza è che oggi, diversamente da ieri, il "transito" del diritto europeo dei diritti umani nell'ordinamento unionista avviene *de iure* e «automaticamente» (in base ad una regola positivizzata di rango

nonostante, affinché le norme sovranazionali poste a tutela dei diritti fondamentali (la CEDU, ma anche la Carta UE) possano rilevare *ex* art. 11 Cost. (e cosa significa, questo, se non che la normativa convenzionale è "in teoria" diritto comunitario?), è essenziale che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice rientri nel campo d'applicazione del diritto UE (inerisca cioè ad atti dell'Unione, ad atti nazionali che implementano l'azione dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte dagli Stati per una misura nazionale altrimenti incompatibile col diritto UE: §§ 5.4. ss.). E nel caso di specie, guarda caso, «tale presupposto difetta: la stessa parte privata, del resto, non ha prospettato alcun tipo di collegamento tra il thema decidendum del giudizio principale e il diritto» unionista (§§ 5.4. e 5.5.). Lo "statuto di efficacia domestica" della normativa CEDU (*EU unwritten primary human rights law*) e della Carta di Nizza (*EU written primary human rights law*), insomma, è identico: pure la seconda, per ricevere applicazione diretta e, quindi, "pietrificare" la confliggente disciplina domestica, deve riguardare materie disciplinate dal diritto UE.

3. Cfr. ad es. Darmon, *La prise en compte des droits fondamentaux par la Court de justice des Communautés européennes*, in Delmas-Marty (cur.), *Vers un droit pénal communautaire?*, Paris, 1995, 23 ss.; Betten/Grief, *EU law and human rights*, London-New York, 1998, spec. 53 ss., 124 ss.; Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, 190 ss

4. Sempre ammesso, ma non concesso, che l'interprete comunitario non abbia poi finito per cavalcare, oggi come ieri, le medesime logiche: in questo senso, v. ad es. Fischer-Lescano/Möller, *Europäische Grundrechte und die Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa,* in Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (cur.), *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa,* Baden-Baden, 2009, 353 ss., 365 ss.; Wiethoff, *Das konzeptionelle Verhältnis von EuGH und EGMR,* Baden-Baden, 2008, spec. 19 ss. Un affresco assai istruttivo dei (numerosi) punti di frizione fra la *case law* della Corte EDU (protesa alla protezione dei diritti fondamentali) e la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (che invece ri-visita quei diritti in funzione dell'integrazione economico sociale), anche in Busch, *Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für den Grundrechtsschutz in der Europäischen Union,* Baden-Baden, 2003, spec. 128 ss. Del resto, per convincersi di come il sistema unionista, scritto ma anche vivente, "prioritarizzi" l'integrazione economica alla tutela dei diritti fondamentali, basta una ricognizione della *attuale* disciplina comunitaria in punto di tutela dei consumatori: tanto le regole "costituzionali" positivizzate (art. 12 TFUE; art. 169 TFUE, specie nel richiamo all'art. 114), quanto la giurisprudenza della Corte (v. ad es. CGUE, 9.9.2003, C-231/01; C-239/02, tutte consultabili in *http://curia.europa.eu*), infatti, chiariscono che misure di tutela dei diritti (più e meno) fondamentali dei consumatori-vittime vulnerabili possono essere adottate solo se, e solo quando, ciò migliori al contempo il funzionamento del mercato e il gioco della libera concorrenza: sul punto, fra gli altri, v. Defalque, *Vers un plus grande cohérence dans la protection du consommateur?*, in De Malsche/Levi (coord.), *Mélanges en hommage à Geoges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, 461 ss.

5. Sul punto, fra i molti, Ehlers (cur.), *European fundamental rights and freedoms*, Berlin, 2007, 11 ss.; Pustorino, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano,* in *RIDU,* 1995, 97 ss.

6. *Retro,* nt. 1.

"costituzionale"...), anziché *de facto* e «volta per volta» (...anziché grazie allo "attivismo" dell'interprete).

Ora, la circostanza che normativa CEDU, *ora come allora*, sia autentico diritto comunitario (anzi, ad esser precisi *Primarrecht* della "nuova" Unione Europea)[7], implica, fra le altre, due conseguenze:

1) *dal punto di vista sistemico*, ciò spiega perché l'art. 6, co. 1, TUE, che trasforma la Carta di Nizza (proclamazione 7.12.2000, *maquillage* 12.12.2007) in *written primary law*, attribuendo al documento lo stesso valore giuridico dei Trattati, non stravolge l'architettura UE in punto di tutela dei diritti umani: se prima erano riconosciuti nel diritto non scritto, ora lo sono, con un «curioso raddoppiamento», anche in quello scritto[8]. *Ma sempre di diritto comunitario originario stiamo parlando*. Il Trattato di Lisbona, insomma, non ri-qualifica il rango dei diritti fondamentali dentro al sistema dell'Unione.

2) *dal punto di vista del rapporto fra sistemi,* tutto quanto il diritto comunitario, pure quello non-scritto, *dovrebbe* soggiacere ai principi di prevalenza e diretta efficacia. Scenario scontato, questo, per il diritto positivizzato auto-applicativo (e per relativa interpretazione «autentica»), che in materia penale non esiste quando la *primauté* ridondi a sfavore del reo[9], ed esiste eccome, persino oltre il giudicato[10], là dove produca effetti favorevoli; e scenario non nuovo neppure per il «diritto giurisprudenziale dei principi», visto che la CGUE, in diverse occasioni, ha chiarito che la "sua" interpretazione/ricostruzione di un principio generale comunitario *prevale* sulla *diversa* interpretazione/ricostruzione del *corrispondente* principio domestico, quand'anche a pronunciarsi sia stato il Giudice delle leggi[11]. Il tutto sempre che, ovviamente, tale prevalenza ridondi *in bonam partem*.

> Esempio: qualora, nell'includere il diritto-principio di retroattività della *lex mitior* fra i principi basici dello *ius commune,* la Corte di giustizia ne avesse affermato l'imponderabilità/inderogabilità (cosa che non ha fatto), oppure ne avesse esteso il raggio di copertura sino a comprendere certe regole processuali (cosa che ha fatto, quattro anni dopo, la Corte EDU), avremmo potuto servirci della *primauté* comunitaria per "far transitare" nel sistema domestico una tutela "rafforzata" di quel diritto-principio, che da noi è considerato derogabile e non copre l'evoluzione di norme processuali[12].

Tutto ciò, tradotto in termini positivo-costituzionali, significa che la "normativa CEDU-principi generali comunitari" *dovrebbe* penetrare il tessuto *sub*-costituzionale già attraverso l'art. 11 Cost. (prevalenza e diretta efficacia; disapplicazione *case by case* con sindacato diffuso d'illegittimità europeo-costituzionale), anziché attraverso l'art. 117 Cost. (sindacato centralizzato d'illegittimità europeo-costituzionale).

Cosa che però, come dicevamo poc'anzi[13], la Consulta persiste nel rifiutare, affermando che la normativa CEDU deve continuare a servirsi della «porta» *ex* art. 117 Cost.

Sia come sia, sta di fatto che tanto le norme UE (quelle *self executing*), quanto il diritto convenzionale (oltre che quello unionista non autoapplicativo), prima di paralizzare

7. Cfr. Stricker, *Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen für den Grundrechtsschutz der Europäischen Union,* Frankfurt a. M., 2010, 117 ss.; Munding, *Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz im Rechtssystem der Europäischen Union,* Berlin, 2010, 150 ss., 164 ss.; Stock, *Der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention als Gemischtes Abkommen?,* Hamburg, 2010, 113 ss.

8. Così, pressoché testualmente, Grosche, *Die Grundrechte,* in Marchetti/Demesmay (cur.), *Der Vertrag von Lissabon. Analyse und Bewertung,* Baden-Baden, 2010, 111 ss., 119, il quale, a proposito dell'art. 6, co. 3, TUE, parla di una mera conferma (*Bekräftung*) del rango di *Primarrecht* europeo-comunitario della normativa «scrittovivente» convenzionale.

9. Molto chiari, sul punto, Insolera/Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?,* in *CP,* 2005, 2768 ss., 2775.

10. Cfr. ad es. gli effetti di "disapplicazione generalizzata" innescati da CGUE, Sez. I, 28.4.2011, El Dridi, consultabile in *http://curia.europa.eu*. In argomento, mi permetto di rinviare a Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 402 ss., ivi anche per gli essenziali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

11. Manes, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo* multilevel, in *QC,* 2/2007, 374 ss., 377.

12. In argomento, sia consentito rinviare ancora a Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., 217 ss., 222 ss., 234 ss.

13. *Retro,* spec. nt. 2.

l'applicazione (*ex* art. 11 Cost.) o rendendere giustiziabile (*ex* art. 117 Cost.) la confliggente disciplina domestica, s'impongono al giudice penale quali parametri ermeneutici.

Con una significativa differenza, però: la normativa unionista, per poter "prevalere" e per poter orientare l'interpretazione, non deve compromettere i diritti fondamentali e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale (cd. controlimiti); la normativa convenzionale, invece, per poter funzionare da parametro interposto e per poter orientare l'interpretazione, deve superare un *test* decisamente più duro: *a*) dev'essere coerente con *tutti* i principi costituzionali, non solo con quelli basici (cd. controlimiti "allargati")[14], e *b)* deve assicurare un livello di tutela *maggiore* di quello garantito nell'ordinamento interno[15].

Eccesso di premure? Xenofobia giuridico-culturale? Probabilmente no, anzi: è acquisita consapevolezza di «diversità convenzionali» da cui schermare il sistema interno. Proviamo a vedere perché.

2 Euroentusiasmo «all'italiana» (moderato, opportunista) ed eurocentrismo olistico (integralista, *taliban*)

È innegabile che la Corte EDU ci regali, peraltro piuttosto spesso, *inputs* individual-garantisti assai significativi, ossia proposte interpretative capaci di amplificare i presidi della giustizia penale liberale: dalle aperture in punto di giudicato (ad es. i casi "Cat Berro" e "Dorigo")[16] alla ri-qualificazione giuridica del fatto (penso al "caso Drassich")[17]; dalla nozione onnivora di pena (ad es. il "caso Sud Fondi")[18] a quella sostanziale di materia punitivo-penale[19], passando per la consacrazione (tardiva e anomala, ma meglio tardi che mai) di un diritto fondamentale alla retroattività delle modifiche migliorative che «aggancia» anche *leges intermediae* e norme processuali "con effetti sostanziali"[20].

Da questa prospettiva, chi non guarderebbe all'Europa con entusiasmo?

Tuttavia, il sistema con cui ci tocca dialogare non è solo questo. *È anche molto altro.*

Non che la corrente di pensiero euro-euforica "moderata" non ne sia cosciente; esistono terreni, infatti, su cui il dialogo non è né sarà mai possibile: quello degli obblighi positivi[21], per esempio, e quello dell'ermeneutica di lotta [22], del giudice, cioè, chiamato ad abbandonare "anacronistiche" posizioni di equidistanza ed a praticare interpretazioni "evolutive" (ampliative per le incriminazioni, restrittive per le disposizioni di favore)

14. L'azzeccata formula è di Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?,* in *www.forumcostituzionale.it*; sul punro, cfr. ad es. Corte cost., sent. n. 348/2007, cit., § 4.7.; Corte cost., sent. n. 311/2009, in *www.giurcost.org*, § 6; Corte cost., sent. n. 80/2011, § 2.

15. Cfr. Corte cost., sent. n. 349/2007, cit., § 6.2.; Corte cost., sent. n. 311/2009, cit., § 6; Corte cost., sent. n. 317/2009, in *www.giurcost.org*, § 7. Da questo punto di vista, perciò, è corretto affermare che fra i diritti fondamentali catalogati nella Costituzione e i diritti convenzionali non intercorre una relazione gerarchica, ma un rapporto di virtuosa coesistenza (*Nebeneinander*), in quanto, nel caso di una «divergenza contenutistica» fra gli uni e gli altri, l'art. 53 Conv. EDU comanda di preferire il sistema in cui essi ricevono una maggior tutela (*höheres Schutzniveau*): v. per es. Albers, *Verfassungsgerichtsbarkeit und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, in Erbguth/Masing (cur.), *Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem*, Stuttgart, 2008, 51 ss., 54.

16. In argomento, v. De Matteis, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e giudicato penale: lo stato della questione,* in Aa.Vv., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU,* in *GMer,* 2008, suppl. n. 12, 152 ss.

17. Sul punto, fra gli altri, G. Abbadessa, *L'accelerazione dei rapporti tra Cedu e processo penale: la sentenza Drassich c. Italia della Corte europea sulle modifiche in diritto dell'accusa e le risposte del giudice nazionale*, in *Ius17@unibo.it,*, 1/2009, 45 ss.

18. Cfr. da ultimo Fr. Mazzacuva, *L'interpretazione evolutiva del* nullum crimen *nella recente giurisprudenza di Strasburgo,* in Manes/Zagrebelsky (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano,* Milano, 2011, 411 ss.

19. Riferimenti a iosa in Manes, sub *Art. 7/1 Cedu,* in Bartole/De Sena/Zagrebelsky (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* Padova, 2011, 17 ss.

20. Sul "caso Scoppola" v. ad es. C. Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II),* in *RIDPP,* 2010, 397 ss.; Gambardella, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole,* in *CP,* 2010, 2020 ss.

21. Cfr. G. Abbadessa, *Il nuovo rango (*sub-*)costituzionale della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: riflessi sul diritto e sul processo penale domestico*, in *Ius17@unibo.it,* 2/2008, 399 ss.

22. La formula è di Donini, *Diritto penale di lotta*. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare, in *SQC*, 2/2007, 55 ss., spec. 74 ss.; cfr. anche, più di recente, Id., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in Brunelli (cur.), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 871 ss., ove si sottolinea come la magistratura giudicante, quando raccoglie il programma politico di lotta attraverso l'interpretazione estensivo-analogica delle incriminazioni, trasformi la lettura delle figure criminose e la stessa pena applicata in uno strumento di prevenzione generale-*deterrence.*

in nome della sicurezza dei diritti della comunità delle *virtual victims*[23].

E' la nostra consapevole "parzialità", dunque, che ci consente di guardare al sistema convenzionale come a un luogo in cui pescare modelli da importare, quasi fosse un frutto esotico prelibatissimo, che però, per metà, è già guasto[24]; la stessa consapevolezza, insomma, che traluce dal saggio *triage* che la giurisprudenza anche costituzionale svolge costantemente, cavalcando le indicazioni delle Corte europea per estendere il principio di irretroattività *sfavorevole* a misure ablative reali[25], per potenziare le garanzie processuali *dell'accusato*[26], per consentire di ridiscutere giudicati[27] o pseudo-giudicati[28] *di condanna*, e via discorrendo.

L'uscio del sistema domestico, dunque, va certo aperto, ma tenendo sempre una mano sul pomello: lasciando entrare solo ciò che calza sulla «logica reocentrica» che innerva la giustizia penale continentale, e che, tutto sommato, è imposta dal diritto penale costituzionale vetero-democratico.

Non che il penale, da noi, non serva per difendere la società; anzi, esiste ed è più vitale che mai uno strumentario preventivo-promozionale *attraverso* cui tutelare beni e diritti di vittime. Visto che, però, non siamo a Londra o Manchester, *come invece pare idealmente auto-collocarsi la Corte europea*[29], dobbiamo sempre rammentare che, nell'adempiere la sua missione collettivo-garantista, il "nostro penale" incontra limiti formalizzati e anelastici.

Perciò, a coloro che spalancano l'uscio alla normativa convenzionale e, quindi, anche alla logica punitivista del giusdicere che l'attraversa[30], non resta che ricordare che l'unico "giudice di scopo" che tollera il diritto penale costituzionale continentale è quello che *diminuisce* la sofferenza che la pena reca con sé, *anziché accrescerla* in nome della tutela dei beni e dei "cittadini onesti"[31]. Del resto, l'approccio vittimo-centrico ed "effettivistico" che la Corte chiede ai giudici domestici non è limitato a far giustizia degli abusi commessi da agenti statali o poliziotti troppo zelanti: *non è solo Bolzaneto, insomma*.

Ma tant'è; come ogni buon bicchiere mezzo vuoto, lo si può vedere anche mezzo pieno.

---

23. Su questa tendenza ermeneutica della Corte EDU v. ad es. Manes, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea e i nuovi "vincoli" per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno,* in Manes/Zagrebelsky (cur.), *La Convenzione europea,* cit., 1 ss., 49 ss., 52 ss.; nonché Valentini, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea,* in *Ius17@unibo.it*, 1/2011, 77 ss., 81 s., a cui mi permetto di rinviare.

24. In argomento, sia consentito rinviare ancora a Valentini, *Diritto penale intertemporale,* cit., spec. 87 ss.

25. Cfr. Cass., III, 24.9.2008, in *CP,* 2009, 3417 ss., con nota di Fr. Mazzacuva; Corte cost., sent. n. 196/2010, *ivi,* 2011, 70 ss., con nota di Manes.

26. Corte cost., sent. n. 317/2009, cit., ove peraltro la Consulta, con una presa di posizione estremamente significativa, lascia intendere che il riferimento alla normativa CEDU deve tradursi in un ampliamento dei diritti fondamentali *dell'accusato/reo*. Censurando la disciplina del processo contumaciale, infatti, la Corte costituzionale precisa che «[...] il diritto di difesa e il principio di ragionevole durata del processo *non possono* entrare in comparazione [...] Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo "non giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, *non è conforme al modello costituzionale, quale che ne sia la durata*» [corsivi aggiunti]. In parole più semplici: il "principio di ragionevole durata" va comunque concepito come una garanzia per l'accusato, *non già come una regola funzionale alla "pronta" tutela dei diritti-interessi delle vittime*.

27. Ci si riferisce, ovviamente, a Corte cost., sent. n. 113/2011, fra l'altro in *www.giurcost.org*, con cui la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 630 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 Cost., «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire l'apertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

28. Cfr. SSUU, n. 18288/2010 (dep. 13.05.2010), Beschi, reperibile in *www.cortedicassazione.it*. Sul dirompente significato culturale e sistemico della pronuncia, sia con riguardo al sistema delle fonti, sia con riguardo ai (connessi) profili intertemporali, v. da ultimo Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 92 ss.

29. In argomento, v. Zagrebelsky, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, 1/2009, 57 ss.; per una prospettiva d'analisi (più) critica, sia consentito rinviare ancora a Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., spec. 159 ss.

30. Nella dottrina italiana, il più entusiasta sostenitore dell'approccio vittimo-centrico e punitivista sposato dalla Corte europea ci pare, attualmente, Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?,* in Manes/Zagrebelsky (cur.), *La Convenzione europea,* cit., 243 ss.; Id., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali,* in Corso/Zanetti (cur.), *Studi in onore di M. Pisani,* II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato,* Milano, 2010, 617 ss.; da ultimo, v. anche Id., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali,* in Aa.Vv., *Studi in onore di M. Romano,* IV, Napoli, 2011, 2645 ss.; e Id., *Il diritto penale sostanziale,* in Viganò/Mazza, *Europa e giustizia penale,* num. spec. *DPP,* 2011, 22 ss.

31. Così, pressoché testualmente, Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale,* cit., 78-80.

Dipende dall'angolazione.

Quando si dice che il divieto di retroattività occulta, connaturale al concetto di legalità materiale elaborato a Strasburgo (*infra*, § 3.3.), è stato esteso dalla Corte *anche* al settore dei reati artificiali[32], si afferma indubbiamente il vero (il bicchiere è mezzo pieno: si può fare affidamento sul diritto vivente anche quando la condotta sanzionata non è *heinous* e non c'e una vittima).

Se però si aggiungesse che la "sentenza Pessino"[33] è *l'unica occasione* in cui la Corte ha riconosciuto la violazione «in via ermeneutica» del precetto intertemporale, mentre in tutti gli altri casi di (ben più) macroscopica retroattività occulta essa ha considerato "ragionevolmente prevedibile" il *reversal* punitivo, qualcuno potrebbe cominciare a porsi qualche interrogativo; e l'unica maniera per guadagnare qualche risposta, è sforzarsi di guardare quel bicchiere, almeno per un momento, come se fosse mezzo vuoto.

3

The dark side of the moon: euroscetticismo e tensioni giuridico-culturali

Ancora un paio di notazioni preliminari. L'ordinamento convenzionale:

i) è dominato da chi lo interpreta, essendoci pochissimo diritto scritto[34];

ii) è ontologicamente fluido (*souple, blurred*): un po' per il suo oggetto[35], un po' per il suo "statuto di funzionamento" (art. 17 Conv.)[36], e un po' per il metodo con cui la Corte apprezza l'eventuale violazione delle libertà convenzionali[37];

iii) ed è un congegno in cui non esistono beni giuridici che funzionano da criteri di legittimazione negativa dell'intervento punitivo; ci sono invece, *al loro posto*, diritti fondamentali di vittime che, facendo continuamente capolino dietro locuzioni più o meno riconducibili al concetto di «ordine pubblico europeo» (*sûreté publique*, *protection de l'ordre*, *prévention du crime*, *protection des droits et libertés d'autrui,* etc.)[38], reclamano protezione positiva (anche) attraverso il penale[39].

In altri termini, è un "posto" in cui *niente*, neppure il divieto di tortura[40], è incondizionato e assoluto (non esistono *rules*...), perché *tutto*, a dispetto di quanto statuisce la clausola *ex* art. 15 Conv., è ponderabile-bilanciabile (...ma solo *principles*); ed è un meccanismo che, essendo pensato per tutelare vittime di una lesione dei diritti fondamentali, è necessariamente ipersensibile alle vittime.

Perciò, anche la giustizia penale che un sistema del genere è in grado di partorire

32. Manes, sub *Art. 7/1 Cedu*, cit., 18.
33. Corte eur., *Pessino c. Francia*, 10.10.2006, in *www.echr.coe.int*.
34. E di questo, peraltro, solo una "piccola percentuale" riguarda direttamente la giustizia penale (artt. 3, 5, 6 e 7 CEDU).
35. I diritti umani, appunto, che sono entità "ontologicamente" bilanciabili: Alexy, *Theorie der Grundrechte,* Frankfurt a.M., 1986, 99 ss.; Delmas-Marty, *Le flou du droit,* Paris, 2004, 329 ss.; Bin, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione,* in Angiolini (cur.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1991, 46; più di recente, v. Zucca, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA,* Oxford, 2007, 49 ss. e *passim.*
36. Il sistema ruota attorno alla "clausola di coerenza" *ex* art. 17 CEDU (*abus de droit*), la quale, nello stabilire che *nessun* diritto convenzionale può essere invocato per legittimare atti o attività rivolti a distruggere altri diritti consacrati nella Convenzione, chiarisce *i*) che *ogni* libertà fondamentale perde automaticamente in «forza di resistenza» là dove il suo riconoscimento implichi la trasgressione di altri diritti convenzionali, e, quindi, *ii*) che *nessun diritto convenzionale* è inderogabile e assoluto, ma è sempre *bilanciabile* con altri diritti di pari rango e, perciò, pure *soccombente* dinnanzi a diritti di rango superiore. Sul punto, v. Stieglitz, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH*, Baden-Baden, 2002, 96 s.; sull'inesistenza di diritti convenzionali autenticamente assoluti, cfr. ad es. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights,* Leiden-Boston, 2009, pp. 83 ss.
37. Il giudizio della Corte, infatti: è *olistico*, perché le situazioni denunciate vengono valutate globalmente e integralmente, senza guardare ai singoli aspetti se non come ai "tasselli di un intero"; è *multifattoriale*, perché tiene conto di tutti gli attori (pubblici e privati) e di tutti gli elementi (normativi, ma anche fattuali e situazionali) che entrano in gioco in quelle situazioni; ed è *antiformalistico,* in quanto intende verificare se le situazioni denunciate abbiano effettivamente e concretamente vulnerato i diritti convenzionali. In argomento, già Vogliotti, *La logica* floue *della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.,* 1998, IV, 851 ss.; v. anche Letsal, *A theory of interpretation of the European Convention of Human Rights,* Oxford, 2009, 120 ss.; Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaie dans une société démocratique,* Aix-en-Provence, 2005, *passim*; e Šušnjar, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers,* Leiden-Boston, 2010, 85 ss.
38. Cfr. artt. 8-11 CEDU. Sono solo alcuni fra gli *objectifs légitimes* che giustificano una restrizione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.
39. Sul punto, sia consentito rinviare a Valentini, *European Criminal Justice and Continental Criminal Law – A Critical Overview,* in *EuCLR,* 2011, 188 ss.
40. Ne prende atto, di recente, anche Ashworth, *L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'affievolimento della tutela in materia penale,* in *Criminalia,* 2009, 249 ss.

partecipa *inevitabilmente* di questa fluidità (non conosce regole e limiti inflessibili...) ed è *inevitabilmente* vittimocentrica (...e intende proteggere vittime).

La domanda, allora, sarà: chi è le vittima *nella* giustizia penale? Sono coloro che vanno tutelati *mediante* la giustizia penale, oppure chi va protetto *dalla* giustizia penale?

Noi, sempre perché non siamo a Nottingham o Edimburgo[41], diremmo serenamente entrambi: il "nostro" diritto penale, pacchetti sicurezza e giudici innamorati della prevenzione generale a parte, è uno strumento che, nel perseguire il suo obiettivo (la difesa sociale), incontra limiti impenetrabili (i diritti fondamentali di chi aggredisce la società). Il che, in sostanza, significa che le barriere che circondano e custodiscono l'*habeas corpus* del reo restano ferme, inflessibili, non reagiscono a nessuna contro-istanza.

Perché? Perché la logica continentale è quella della *composizione* fra idea dell'intervento e idea del limite, fra sicurezza dei diritti delle vittime e sicurezza dei diritti del reo: il penale può e deve adempiere la sua missione, certo, ma seguendo percorsi predeterminati e senza mai travalicare certi argini.

Orbene, ci si aspetterebbe lo stesso dall'idealtipo disegnato a Strasburgo; un apparato *geneticamente* vittimocentrico, infatti, dovrebbe esserlo anche *integralmente*, ossia non dovrebbe dimenticare che anche il reo è una vittima (del penale)[42].

Così, però, accade davvero di rado: nonostante i giudici europei dichiarino di continuo di andare alla ricerca di un *fair balance* fra garanzie individuali e garanzie collettive, finiscono altrettanto continuamente per essere "sbilanciati" sulle seconde; e visto che reo e vittima, salvo sparute eccezioni, occupano posizioni *radicalmente confliggenti* (nel processo, nel diritto materiale, nelle politiche criminali)[43], *preferire* diritti e interessi della seconda significa *menomare* le garanzie che circondano la posizione del primo.

La logica che informa la giustizia penale convenzionale, insomma, non è quella della composizione, ma quella della *preferenza/gerarchizzazione*: i diritti fondamentali del reo *cedono* di fronte ai contro-diritti delle vittime; e la logica della prioritarizzazione delle istanze di difesa sociale implica che le garanzie-armatura che «custodiscono» le libertà fondamentali del reo vengano fluidificate e, all'occorrenza, sacrificate in nome della tutela delle vittime .

In short: la Corte europea tende a condizionare la «forza di resistenza» di diritti e garanzie individuali (dal *set* di cautele *ex* art. 5 ai presidi cristallizzati nell'art. 6; dal divieto di retroattività *ex* art. 7 alle libertà *ex* artt. 8-11 Conv.) all'assenza di contro-istanze di tutela riconducibili alla comunità degli innocenti; quei diritti e quei presidi, poi, riacquisiranno "validità sostanziale" là dove la loro ri-affermazione non comprometta la sicurezza e le libertà di una vittima (es. reati artificiali; pericoli "normali" e ordinari; soggetti pericolosi già neutralizzati, etc.).

Ecco perché Strasburgo offre molti spunti in chiave individual-garantista (che noi, peraltro, raccogliamo puntualmente: *retro*, § 1), ma anche moltissimi altri di segno opposto: una «anima liberale» ce l'ha, ma è recessiva rispetto a quella social-difensivistica.

L'approccio vittimo-centrico e securitarista cavalcato a Strasburgo, infatti, *tocca tutti gli angoli della giustizia penale*, persino quelli più remoti e indiscussi; comincia dal processo [44], e poi via via si estende al diritto sostanziale fino a coinvolgere l'intero

41. E, quindi, quando interpretiamo e applichiamo la legge penale, non siamo soliti utilizzare (almeno "in chiaro") principi come *social defence, thin-ice, welfare, ease of proof,* etc. per correggere «eccessi di garantismo»: cfr. Ashworth, *Principles of criminal law*, Oxford, ed. 6, 2009, 23 ss., 53 ss.

42. E' la cd. vittimizzazione terziaria: così García-Pablos de Molina, *El rescubrimiento de la victima: victimización secundaria y programa de reparación del daño. La denominada 'victimización terciaria' (el penado come víctima del sistema legal),* in Aa.Vv., *La victimología,* Madrid, 1993, 108 ss., nonché Landrove Diáz, *La moderna victimología,* Valencia, 1998, 191 ss.

43. In argomento, fra i moltissimi, v. Silva Sánchez, *La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmática",* in Aa.Vv., *La Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid, 1993, 11 ss; Fletcher, *The grammar of criminal law: american, comparative and international,* I, *Foundations,* Oxford, 2007, 255 ss.; Orvis, *Balancing criminal victims' and criminal defendants' rights,* in Moriarty (cur.), *Controversies in Victimology,* Cincinnati, 2003, 1 ss.; Subijana Zanzunegui, *El principio de protección de las victimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento,* Granada, 2006, 99 s.; Martinez Arrieta, *La victima en el proceso penal (I),* in *AP,* 4/1990, 44 ss.

44. Dal "tallone d'Achille" della giustizia penale. La legalità processuale penale, infatti, gode di uno statuto "debole" e incerto già a livello nazionale: v.

sistema.

Perché nessuno si domanda mai: ma se Drassich avesse abusato della sua nipotina oppure avesse progettato un attacco terroristico, invece di commettere reati contro la PA e la fede pubblica, avrebbe ugualmente guadagnato una vittoria?

È un caso che la Corte consideri 'tortura' un terzo grado, 'degradante' la detenzione in carceri afflitte da barriere architettoniche, ed 'inumana' la collocazione in celle troppo piccole, solo quando si tratta di crimini e delinquenti "comunissimi" (es. ricettatori extracomunitari)[45] o già neutralizzati (soggetti depressi costretti su una sedia a rotelle)[46], e non anche quando il soggetto s'iscriva in fenomeni criminali che sopravvivono alla sua neutralizzazione e, perciò, continuano a minacciare la collettività (es. il «regime del 41 *bis*»)?[47].

Perché mai affermare che regole processuali con "curvature sostanziali", ove più favorevoli, vanno applicate retroattivamente quando il ricorrente è un paraplegico semi-imputabile[48], e non anche quando è un sicario "su commissione" e, per di più, infanticida[49]?

È casuale, infine, ma il gioco delle domande retoriche potrebbe continuare a lungo, che il giudice di Strasburgo «attragga» nelle garanzie della legalità penale misure patrimoniali (il *confiscation order* previsto dal *Drug Trafficking Offences Act* del 1986[50]; oppure la cd. confisca urbanistica *ex* D.P.R. 380/2001)[51], addirittura aprendo a parvenze di principio di colpevolezza[52], solo quando ad entrare in gioco sono illeciti artificiali (non-*heinous,* come quelli contro l'assetto urbanistico) e senza vittima (come quelli in materia di stupefacenti)?

3.1 Ermeneutica vittimo-centrica e prevenzione generale «sistemica»

Proviamo ancora a guardare il bicchiere come se fosse mezzo vuoto.

È ri-visitando le disposizioni convenzionali in chiave vittimo-centrica e securitarista, che i giudici di Strasburgo hanno teorizzato obblighi positivi di intervento e tutela dei diritti fondamentali attraverso la giustizia penale, rendendone destinatari tutti i soggetti istituzionali: il legislatore, onerato dell'obbligo di predisporre incriminazioni concretamente dissuasive e di disegnare una disciplina processuale che ne consenta la «facile attuazione»; gli investigatori e gli inquirenti, onerati del dovere "procedurale" di condurre indagini effettive, diligenti e complete, affinché i colpevoli non sfuggano alla punizione e, quindi, la minaccia penale «acquisti credibilità»; gli agenti statali (militari, forze di sicurezza e polizia, assistenti sociali, etc.), sui quali grava il dovere di predisporre e adottare in concreto tutte le misure pratico-operative necessarie a prevenire lesioni dei diritti fondamentali, e ciò sia quando i suddetti agenti siano effettivamente a conoscenza della minaccia incombente, sia quando avrebbero potuto ragionevolmente prevederla e, quindi, scongiurare l'epilogo lesivo; infine i giudici, gravati dell'obbligo di punire senza far troppi bizantinismi quando sullo sfondo ci siano vittime da tutelare o "ristorare"[53].

Negri, *Corte europea e iniquità del giudicato penale. I confini della legalità processuale*, in *DPP*, 2007, 1229 ss.

45. Corte eur., *Sulejmanovic c. Italia,* 16.7.2009, in *www.echr.coe.int*. Anche le aperture garantiste in punto di costodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*), guarda caso, riguardavano un delinquente ordinario (un rapinatore psicotico): Corte eur., *M.* c. *Germania*, 17.12.2009*, ivi.*

46. Da ultimo, v. Corte eur., *Cara-Damiani c. Italia*, 7.2.2012, in *www.echr.coe.int*.

47. Considerato compatibile con la Convenzione nonostante la relativizzazione del divieto *ex* art. 3 e la profonda compressione della libertà *ex* art. 8 Conv.: v. ad es. Corte eur., *Zara c. Italia,* 20.01.2009, e Corte eur., *Cagarella c. Italia,* 15.1.2008, entrambe in *www.echr.coe.int*.

48. Corte eur., GC, *Scoppola c. Italia,* 17.9.2009, in *www.echr.coe.int*.

49. Corte eur., GC, *Kafkaris c. Cipro,*12.2.2008, in *www.echr.coe.int*.

50. Corte eur., *Welsh c. Regno Unito,* 9.2.1995, in *www.echr.coe.int*.

51. Ci si riferisce ancora al già citato caso *Sud Fondi e altri c. Italia*.

52. Che viene ricondotto, in modo piuttosto inedito (ma sistemicamente coerente) alle istanze di prevedibilità-conoscibilità di comando e condanna penali espresse dalla "norma-contenitore" *ex* art. 7 CEDU: in argomento, v. Fr. Mazzacuva, *Un* "hard case" *davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *DPP,* 2009, 1540 ss.

53. Su tutti questi aspetti, mi permetto di rinviare nuovamente a Valentini, *Diritto penale intertemporale,* cit., spec. 47 ss., ivi anche per i necessari richiami dottrinali e giurisprudenziali.

La Corte europea, dunque, esige da tutti gli attori statali un'attività positiva che, pur conoscendo diverse declinazioni a seconda del diverso 'ruolo' occupato da ciascuno, è comunque limpidamente orientata alla prevenzione ed informata di logiche opposte alla sussidiarietà-*extrema ratio.*

Tutto il sistema, insomma, viene declinato in chiave di prevenzione generale-*deterrence,* ossia guarda alla comunità delle *virtual victims*: il *core-aim* è 'dissuadere' i potenziali rei, anche a costo di "strumentalizzare" quello in carne ed ossa. Ed è ovvio che non sarebbe neppure pensabile un *dovere* multi-livello di proteggere-prevenendo diritti umani mediante l'apparato punitivo, se ad esso non corrispondesse un *diritto* alla "protezione mediante prevenzione" vantato da chi è potenzialmente esposto a comportamenti criminali: un autentico, autonomo e *autonomamente giustiziabile* diritto alla sicurezza (*Recht auf Sicherheit*, *droit à la sécurité*) di cui godono tutte le vittime potenziali (da reato, da delitto non convenzionale, del processo, di privati, di agenti pubblici, vulnerabili, non vulnerabili, "colpevoli", innocenti, e chi più ne ha più ne metta)[54].

3.2 Corte europea e terrorismo politico-razionale (e nazionale) *ante* 2001

Si può immaginare cosa sia in grado di partorire un sistema così sbilanciato sul garantismo collettivo di fronte a una minaccia così totale ed extra-ordinaria come quella scagliata dal terrorismo internazionale apocalittico.

Ma prima? Quale era l'atteggiamento del «garante europeo dei diritti umani» nei confronti di prassi poliziesche, metodi investigativi, processi e misure legislative di contrasto al terrorismo, quando questo fenomeno non minacciava le radici profonde della comunità internazionale, ma era una faccenda tutta domestica?

Ebbene: già prima della catastrofe delle *Twin Towers,* la Corte suggeriva e avallava una giustizia penale differenziata per i terroristi che non aveva davvero *nulla da invidiare* alla famigerata legislazione anti-terrore varata dall'amministrazione Bush.

> E così, mentre per gli *ordinary crimes* poteva valere la *ordinary criminal procedure* o «*standard route*», per i terroristi politico-indipendentisti i giudici di Strasburgo 'suggerivano' un diverso ed eccezionale regime processuale: tribunali *ad hoc* (bastava che non fossero corti marziali), processi *wholly in secret* (bastava affermare ricorressero «speciali circostanze») e inversioni dell'onere probatorio (bastava che non si arrivasse a compulsare l'imputato ad auto-incriminarsi), a cui si aggiungeva, per il giudice, la possibilità di inferire dal silenzio dell'accusato una *evidence against him* (bastava che non fosse la sola) e, per il pubblico ministero, il potere di limitare discrezionalmente la *discovery* delle prove a carico (bastava che ciò avvenisse in maniera «il più possibile compatibile» col principio di parità delle armi)[55]. Anche le disposizioni materiali, naturalmente, conoscevano declinazioni extra-ordinarie quando si dovevano fare i conti col terrorismo. Così, anzitutto, l'art. 5, co. 1, lett. c), CEDU, che normalmente esige un fondato sospetto di commissione del reato per sottoporre taluno a misure liberticide, ne poteva fare *eccezionalmente* a meno quando si trattava di carpire informazioni su attività terroristiche[56]; così, ancora, l'art. 5, co. 2, CEDU, che normalmente comanda che all'arrestato siano comunicate senza ritardo (*dans le plus court délai*) le ragioni che fondano la misura restrittiva, consentiva *eccezionalmente* di ritardare tale comunicazione, e persino di ometterla *tout court*, là dove sul soggetto gravasse il «*suspicion of being involved in terrorism*»[57]. Così, infine, anche la regola secondo cui la misura liberticida deve essere sottoposta «subito» (*aussitôt, promply*) al

54. È un'*altra* giustizia penale: un sistema marcatamente *opferorientiert* e, quindi, anche spiccatamente *sicherheitsorientiert,* che, per implementare e rendere effettivo il diritto alla sicurezza-protezione che riconosce in capo alla "comunità delle potenziali vittime", si prodiga in una serie di attività di doverosa neutralizzazione dei rischi da reato, di doverosa «tranquillizzazione della paura» e di doverosa rassicurazione dal timore di crimini (*Verbrechensfurcht*), a ciò rendendo funzionali le strategie politiche criminali, le attività investigative e l'interpretazione del quadro normativo positivizzato: cfr. Valentini, *Diritto penale intertemporale,* cit., 10 ss., nonché Cap. II, spec. 52 ss.

55. Per un impietoso affresco del «processo penale per i terroristi» disegnato dalla Corte europea prima del 2001, v. Warbrick, *The principles of the European Convention on Human Rights and the response of State to Terrorism,* in *EHRLR,* 2002, 287 ss.

56. In ragione delle *eccezionali* difficoltà che connotano la lotta al terrorismo: cfr. Comm., *McVeigh et al. c. Regno Unito,* 18.3.1981, in *www.echr.coe.int.*

57. Corte eur., *Fox et al c. Regno Unito,* 30.8.1990, in *www.echr.coe.int.*

controllo-convalida dell'autorità giudiziaria conosceva attuazioni estremamente elastiche, non ostando a detenzioni «informali» di ben sette giorni (si pensi al plaudito *seven-day power* inglese) qualora ciò fosse *strictly required by the exigences* di lotta al terrorismo[58]. Coerentemente, poi, la Corte escludeva un conflitto con l'art. 5 CEDU anche qualora, dopo la convalida dell'arresto, si abusasse della carcerazione preventiva (ossia: non si liberasse il sospetto terrorista, nonostante non lo si giudicasse *dans un délai reasonnable*) perché ricorrevano «particolari esigenze probatorie»[59]. Infine, il particolare *background* del terrorismo giustificava interferenze eccezionali anche nel diritto *ex* art. 8 CEDU, legittimando intercettazioni di conversazioni e «misure di sorveglianza» *normalmente* illegali[60], e persino nella libertà *normalmente* iper-tutelata *ex* artt. 10 CEDU, giustificando limitazioni alla (e punizioni della) attività di disseminazione di opinioni di sostegno meramente ideologico alla causa terrorista[61].

Niente male, per un garante *super partes* dei diritti di tutti gli esseri umani...

3.3 Il divieto di retroattività occulta e l'obbligo di stretta interpretazione

Spostiamoci un momento nell'altro angolo, e guardiamo la luna dal suo *bright side*.

Come noto, la Corte identifica la *legge* penale col *diritto* penale ("*law*"), ossia con un *quid* composto da disposizioni scritte e relativa interpretazione: nel sistema convenzionale, dunque, per «leggi penali» s'intendono le *norme* incriminatrici. Non solo, però. La Corte considera il «diritto vivente» come un'autentica fonte del diritto, andando oltre il ruolo co-costitutivo del giudice[62]: precetti e sanzioni punitivi, infatti, possono essere prodotti da fonti *sub*-primarie, da fonti sovranazionali *e da fonti non scritte*, come la giurisprudenza (anche nazionale) e la consuetudine (anche internazionale).

Visto che, tuttavia, c'è anche il "figliolo continentale" con cui dialogare, allora occorrerà contro-bilanciare la "quota di sicurezza" perduta nell'aprire a fonti ulteriori alla legge formale, estendendo al diritto giurisprudenziale tutte le garanzie della legalità penale «classica», a cominciare dal divieto di retroattività, che nei sistemi britannici non copre la *case-law* (l'*overruling* si applica retroattivamente ai fatti oggetto del giudizio...)[63] e, nella *statutory law,* è una mera presunzione interpretativa che il giudice e il Parlamento possono vincere (*rebuttal*) al bisogno[64].

Il precetto intertemporale, nella sua «versione europea», vieterebbe dunque all'interprete di discostarsi dalla più favorevole interpretazione costantemente e uniformemente pratica al momento del fatto.

Nella speculare prospettiva sincronica[65], poi, la Corte onera il giudice-fonte di un obbligo di stretta interpretazione o, se si vuole, di un "divieto di interpretazione estensiva a sfavore dell'accusato". *Non solo divieto di interpretazione analogica*, quindi, che anzi è considerata una mera *species* del *genus* "estensione interpretativa"[66].

Ebbene: la «legalità penale convenzionale», vista così, pare essere molto più

58. Corte eur., *Branningan e McBride c. Regno Unito*, 26.5.1993, in *www.echr.coe.int*.
59. Corte eur., *Chahal c. Regno Unito*, 15.11.1996, in *www.echr.coe.int*, §117.
60. Corte eur., *Klass c. Germania,* 6.9.1978, in *www.echr.coe.int*.
61. Comm., *Purcell et al. c. Irlanda*, 16.4.1991, in *www.echr.coe.int*.
62. Sul punto, già Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale,* Milano, 1969, 89 ss.; v. anche Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme,* Paris, 2006, ed. 8, 422.
63. Il dato è pacifico (*declaratory theory* a parte, s'intende): cfr. ad es. Card/Cross/Jones, *Criminal law,* Oxford, 2008, ed. 18, 17.
64. Juratowitch, *Retroactivity and the Common Law,* Oxford-Portland, 2008, 32 s.
65. Il problema dei rapporti fra irretroattività penale e interpretazione giudiziale, è quasi scontato precisarlo, non è altro che il problema dei *limiti* a cui è soggetta quell'interpretazione, i quali saranno apprezzabili privilegiando una prospettiva sincronica (rispetto/violazione dell'obbligo di stretta interpretazione-divieto di analogia) oppure diacronica (rispetto/violazione del divieto di retroattività cd. occulta). Del resto, nella natura stessa dell'attività interpretativa è insito un *ineliminabile* effetto retroattivo, visto che il giudice del giudizio stabilisce, ora per allora, significato, contenuti e "raggio" di una disposizione: così, fra i molti, Arnull, *The European Union*, cit., 198.
66. V. ad es. Corte eur., *CR c. Regno Unito,* 22.11.1995, in *www.echr.coe.int*, § 33. Sottolinea il dato anche Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti* in malam partem, in *CP*, 2010, 101 ss., 109 s.

verbrecherfreundlich di quella continentale, in quanto:

i) vieta *non solo* ragionamenti analogici, *ma anche* interpretazioni estensive *contra reum* (operazione, questa, del tutto legittima in continente).

ii) vieta *non solo* la retroattività palese, *ma anche* quella occulta.

Attenzione, però: le garanzie della legalità penale, in Europa, non vengono ricostruite in chiave oggettiva (constatando "impersonalmente" il fatto in sé che il giudice si sia discostato dall'interpretazione "vigente" al momento della condotta; apprezzando "impersonalmente" la distinzione fra analogia ed estensione interpretativa), bensì, per così dire, dal punto di vista dei destinatari[67].

E così, il giudice non può discostarsi dal granitico orientamento favorevole praticato al momento del fatto, *salvo che* quello "scollamento" non fosse ragionevolmente prevedibile; analogamente, dal punto di vista sincronico, non è decisivo stabilire se il giudice si sia limitato a interpretare estensivamente o, invece, abbia finito per procedere analogicamente: ciò che veramente conta è verificare se quell'estensione *oppure quell'autentica creazione* fossero o meno ragionevolmente prevedibili.

Proviamo a cambiare nuovamente angolazione, assumendo un atteggiamento euro-critico.

i.a) Sdrammatizzare la distinzione fra analogia e interpretazione estensiva, ed affidarsi esclusivamente ad un *test* di ragionevole prevedibilità, significa anche *legittimare* implicitamente il ragionamento analogico; per questa via, insomma, l'analogia cessa di essere un'operazione comunque vietata**,** un'interpretazione sempre illegittima, per divenire praticabile ogni qualvolta la punizione di una condotta *non prevista dalla legge come reato* fosse ragionevolmente prevedibile[68]. Una contro-indicazione mica da ridere. Per identificare il *range* operativo della garanzia, dunque, occorrerà stabilire *quando* un epilogo ermeneutico possa o meno dirsi "prevedibile".

ii.b) Lo stesso vale per il divieto di retroattività occulta: altro, infatti, è vietare *seccamente* al giudice di discostarsi dall'interpretazione stabilmente praticata al momento del fatto, collegando a tale divaricazione una sorta di presunzione invincibile di "imprevedibilità"; ben altra cosa, invece, è affermare che il precetto intertemporale potrà dirsi trasgredito solo allorché quel *reversal* ermeneutico (estensivo o analogico per l'incriminazione; restrittivo o abrogante per le disposizioni di favore) non fosse ragionevolmente prevedibile. In questo secondo caso, è autoevidente, la forbice operativa della garanzia dipenderà da *quanti* (numero) e *quali* (natura) sono i fattori che compongono la «base ontologica» del giudizio di ragionevole prevedibilità.

È proprio questo il punto: la Corte è solita includere nella base ontologica del giudizio di prevedibilità, accanto a «variabili» giuridico-normative, vaghissimi e inafferrabili elementi di carattere socio-politico e culturale (iniziative e dibattiti parlamentari, progresso culturale, evoluzione della coscienza sociale *et sim.*), giungendo ad affermare che un'interpretazione *contra reum* è ragionevolmente prevedibile se è coerente con la "civiltà moderna" e, perciò, con la "giustizia penale del presente"[69].

Ma quand'è, in particolare, che un mutamento interpretativo è coerente con la giustizia penale «dei tempi moderni» e può dirsi, di conseguenza, ragionevolmente prevedibile?

A giudizio della Corte di Strasburgo, sembra che il «diritto penale della modernità» sia quello che considera "criminale" e punisce tutto ciò che viola il diritto europeo dei diritti umani: basta la natura barbarica e spregevole della condotta (*heinousness*), il suo porsi in palmare conflitto coi diritti fondamentali, a renderla intollerabile.

Nella visione dei giudici convenzionali, insomma, pare che, per considerare una

67. Così, sostanzialmente, anche Ambos, *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona, 2008, 35 ss., 43 s.
68. L'avevo già sottolineato in Valentini, *European Criminal Justice and Continental Criminal Law,* cit., 197 s., a cui mi permetto di rinviare.
69. Così, testualmente, Schermers, *General Course on the European Convention on Human Rights,* in Aa.Vv., *Collected courses of the Academy of European Law,* VII, 2, *The protection of human rights in Europe,* The Hague-Boston-London, 1996, 1 ss., 38.

condanna ragionevolmente prevedibile e, quindi, conforme alla regola di cui all'art. 7, co. 1, Conv., non ci sia bisogno né di una vittimizzazione di massa, e neppure di una singola vittima da reato: basta una vittima da cd. delitto non convenzionale[70].

> I quattro *leading cases* di (macroscopica) retroattività occulta sono stranoti; due concernono *ordinary crimes* avvenuti in un contesto 'normale', mentre gli altri due riguardano illeciti «di sistema» collegati al contesto 'anormale' della transizione tedesca. Nei primi due casi[71], la Corte dichiarò la ragionevole prevedibilità di un autentico *overruling*, in quanto avallò la condanna per *attempt of rape* a cui le Corti inglesi pervenirono negando *per la prima volta* l'applicazione della cd. *marital immunity*, una causa di non punibilità senza dubbio vigente al tempo dei fatti[72]. Nei secondi, invece, la Corte ratificò la punizione inflitta a tre alte cariche e ad una guardia di frontiera dell'*ex* DDR, considerando convenzionalmente legittima e, in particolare, non confliggente con la garanzia intertemporale *ex* art. 7, co. 1, CEDU, la re-interpretazione «amica dei diritti umani» delle norme *ex* artt. 213 *DDR StGB,* 27 *Gg* da parte delle Corti tedesche[73]. In nessuna delle quattro pronunce, si badi bene, la Corte europea ha invocato la «clausola di Norimberga», ritenendo che la *(re)interpretatio abrogans* della disposizione di liceità nella prima ipotesi, e la re-interpretazione *menschenrechtsfreundlich* nella seconda, fossero «ragionevolmente prevedibili»; ed in tutte le quattro pronunce, la Corte ha ritenuto *del tutto superfluo* verificare se la condotta, al momento in cui veniva commessa, fosse o meno prevista dalla legge come reato: è stato più che sufficiente constatare che quei contegni violavano gli scopi della Convenzione, *ossia il (neo)diritto naturale dei diritti umani*[74].

Ora, in tutti i suindicati casi, un giudice continentale sereno ed equidistante, ossia *non* condizionato da pesanti eredità storiche (come quella nazionalsocialista), *né* afflitto da preoccupazioni general-preventive, *avrebbe dovuto* prosciogliere gli imputati, per quanto, *rebus sic stantibus,* lo avrebbe fatto per difetto di colpevolezza (perché il fatto non costituiva reato), anziché per violazione del divieto di retroattività (perché il fatto non era previsto dalla legge come reato). Ad una Corte italiana, in effetti, sarebbe (teoricamente, s'intende) bastato constatare che il diritto vivente «vigente» al momento dei fatti ne escludeva *pacificamente* la punizione, per riconoscere un errore inevitabile sul precetto *ex* art. 5 c.p. e, di qui, escludere la rimproverabilità soggettiva dei mariti-stupratori e del *Mauerschütz*.

Si dirà: ma la scusante *ex* art. 5 c.p., che già di suo non convince[75], è di fatto ignorata dalla giurisprudenza[76]! Verissimo, ma proviamo a pensarla "europeizzata": l'autore dell'illecito sarebbe rimproverabile se, pur avendo dimostrato di aver confidato nella positiva indicazione di un pubblico amministratore, e pure avendo dato prova dell'esistenza di uniformi orientamenti giurisprudenziali favorevoli, non avesse però tenuto

70. Ossia la vittima di una condotta che, pur non costituendo reato né secondo la legge penale nazionale, né secondo quella internazionale, viola però il diritto europeo dei diritti umani: sulla nozione di vittime di delitti non-convenzionali, v. ancora Subijana Zunzunegui, *El principio,* cit., 20 s.

71. Corte eur., *CR c. Regno Unito,* 22.11.1995, cit.; Corte eur., Corte eur., *S.W. c. Regno Unito*, 22.11.1995, in *www.echr.coe.int*

72. Il dato è assolutamente pacifico anche nella dottrina britannica: v. ad es. Jefferson, *Criminal law*, Harlow, 2003, 4; Card-Cross-Jones, *Criminal law*, London-Edinburgh, 2004, 18.

73. Corte eur., GC, *Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. c. Germania,* 22.3.2001, in *www.echr.coe.int.*

74. In occasione dei *marital rape cases,* infatti, la Corte affermò che «[...] the abandonment of the unacceptable idea of an husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with *civilised concept* of marriage but also, *and above all,* with the *fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom*»; perciò, il giudice europeo «*does not find necessary* to enquire whether the facts in the applicant's case were covered» dalla immunità maritale: Corte eur., *CR c. Regno Unito,* cit., §§ 42-43 [corsivi aggiunti]. Con riguardo agli omicidi lungo il confine intertedesco, poi, la Corte statuì più radicalmente che «la pratica statale della DDR relativa alla sorveglianza della frontiera, *che violava in maniera flagrante i diritti fondamentali e soprattutto il diritto alla vita*, non può essere protetta attraverso il richiamo all'art. 7, co. 1. Questa politica [...] *non può essere considerata* '*diritto*'» ai sensi del sistema convenzionale; il che, seguitarono i giudici strasburghesi, «dispensa la Corte dal verificare se la condanna si legittima sulla base dell'art. 7, co. 2»: Corte eur., GC, *Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. c. Germania,* §§ 7 e 16 [corsivi aggiunti].

75. "Scaricando" sui cittadini le responsabilità di un legislatore criptico e pasticcione: condivisibilmente critici, sul punto, Ferrajoli, *Lo stato di diritto tra passato e futuro,* in Costa/Zolo (cur.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica,* Milano, 2002, 349 ss., 364; e Stortoni, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *RIDPP,* 1988, 1313 ss.

76. Torna di recente sull'argomento Donini, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis,* in Foffani/Fregni/Lambertini (cur.), Liber Amicorum *per Massimo Bione,* Milano, 2011, 173 ss.

conto che "nella società", e nel contingente dibattito politico, serpeggiavano istanze criminalizzanti; oppure, più semplicemente, si fosse mosso su una "lastra di ghiaccio sottile", tenendo un comportamento antisociale *border line* con la legalità.

4 Concludendo

E' in atto una rivoluzione, è sotto gli occhi di tutti. Il vecchio principio di separazione dei poteri sta agonizzando "sotto i colpi" dell'influsso europeo, e dà spazio a fenomeni che, solo dieci anni fa, sarebbero stati impensabili.

Le decisioni delle magistrature sovranazionali vengono percepite e "trattate" come autentici atti normativi, come autentiche leggi: vincolanti e, quindi, pure dotate di attitudine abolitiva. E così, le *massime* generalizzanti della Corte di Giustizia UE legittimano istanze di revoca *ex* art. 673 c.p.p, ed i *precedenti* della Corte europea la revisione del giudizio *ex* art. 630 c.p.p.

La cultura della «interpretazione vincolante e con efficacia iperretroattiva», poi, si estende a macchia d'olio, coinvolgendo anche le magistrature nazionali (specie se superiori, specie se in seduta plenaria), e forse, domani, gli arresti della Sezioni unite travolgeranno autentici giudicati[77].

In questa temperie, a nostro sommesso avviso, è essenziale evitare paradossi e rammentare le buone ragioni della cultura dei controlimiti.

I paradossi da scongiurare: anzitutto, l'interpretazione del Giudice delle leggi non può restare a lungo quello che è, ossia una proposta "non vincolante"[78]; in secondo luogo, l'equiparazione fra *interpretatio* e *dispositio*, se vale per la retroattività favorevole, dovrà *a maggior ragione* valere per l'opposto canone intertemporale, rispetto al quale si pongono *autentici* problemi di garanzia[79].

La cultura dei controlimiti: nell'aprire all'Europa, occorre sempre avere a mente che interpretazioni conformi a Costituzione vanno preferite a interpretazioni orientate al diritto supranazionale; perciò, è essenziale evitare che il "culto delle vittime" e della prevenzione generale *(ri)penetri le maglie di interpretazioni consentite*, ossia convinca gli interpreti, ad es., a ri-spolverare la categoria della colpa per inosservanza nelle ipotesi "miste" a contesto illecito di base[80], a ri-obiettivizzare la responsabilità degli amministratori non esecutivi[81], a ri-svalutare la distinzione fra dolo eventuale e colpa[82], a ri-fare a meno della colpevolezza colposa[83], a ri-espungere dai delitti di attentato il requisito dell'idoneità degli atti, e via dicendo.

L'europeismo giudiziario non può essere combattuto, certo, ma può e dev'essere "controllato" e calibrato sulla nostra identità.

77. Basti l'esempio della assai articolata questione di costituzionalità dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della *res iudicata* in caso di mutamento interpretativo favorevole intervenuto con decisione delle SSUU, sollevata dal Trib. Torino in data 27.6.2011 e leggibile in *Diritto penale contemporaneo.*

78. Rileva l'aporia Insolera, *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti,* in Aa.Vv., *Studi in onore di M. Romano,* IV, Napoli, 2011, 2351 ss.

79. Avevo già rilevato questo *eclatante* paradosso in Valentini, *Diritto penale intertemporale,* cit., 436 ss.

80. Solo di recente abbandonata in favore della necessità di accertare la trasgressione di pseudo-regole cautelari: v. SSUU, 29.5.2009, in *www.cortedicassazione.it.*

81. Nel senso della personalizzazione della responsabilità, invece, Cass., V, 4.5.2007, fra l'altro in *DPP,* 2007, 77 ss.

82. Valorizzano di recente la componente psicologica del dolo (colpevolezza dolosa) SSUU, 26.11.2009, in *www.cortedicassazione.it*. Per un articolato commento della decisione, v. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico,* in *CP,* 2010, 2555 ss.

83. Esempi del (e relativo commento al) l'orientamento più virtuoso in Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, 577 ss.