DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

PARADOSSI DELLA LEGALITÀ.
FRA STRASBURGO, ERMENEUTICA E RISERVA DI LEGGE

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Una sentenza agrodolce. – 2. Ermeneutica *versus* riserva di legge? – 3. Primato delle leggi o dell'interpretazione? – 4. Prevedibilità della decisione *versus* scusanti soggettive. – 5. Il gatto di Schroedinger.

1. Una sentenza agrodolce.

Sentenza di sapore *agrodolce*, è stata definita[1] la sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Contrada. La suggestiva metafora invita a una riflessione su che cosa l'agro e il dolce stiano a simbolizzare. Il titolo che ho scelto per questo scritto propone una chiave di lettura.

Questo, in estrema sintesi, il giudizio della Corte EDU: all'epoca dei fatti in cui C. ha commesso i fatti per i quali è stato condannato come concorrente esterno in associazione mafiosa, una tale decisione non era per lui prevedibile, alla luce della giurisprudenza del tempo. Solo a partire dalla prima sentenza delle Sezioni Unite (Demitry, 1994) il concorso esterno in associazione mafiosa – *infraction d'origine jurisprudentielle* (§. 66) – ha preso forma nella giurisprudenza. Da ciò la ritenuta violazione del principio di legalità, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Troviamo nella sentenza C. una applicazione dell'idea di legalità che attraversa la giurisprudenza della Corte EDU[2]. In essa (come ha osservato la Corte costituzionale italiana: sentenza n. 230 del 2012) "*il principio convenzionale di legalità risulta meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza nell'Assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25 Cost.*". La sentenza C. inquadra il concorso esterno in associazione mafiosa come *infrazione d'origine giurisprudenziale* divenuta visibile nel 1994; del suo statuto formale, nel sistema delle fonti del diritto italiano, non si interessa. La sentenza ricorda (§. 61) che non è suo compito sostituirsi alle giurisdizioni interne *dans l'appreciation et la qualification juridique del faits*.

---

[1] Da O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *questa Rivista.*

[2] Un quadro d'insieme, delineato da un ex giudice della Corte, in V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, p. 65 s.

 BY-NC-ND 2010-2015 Diritto Penale Contemporaneo

La giurisprudenza della Corte EDU, leggiamo nel commento all'agrodolce sentenza, "*ha palesato quel che era già ovvio: non esiste un rapporto causa/effetto tra riserva di legge e garanzie del reo e nemmeno tra formalismo interpretativo e garanzie del reo*". D'accordo. La riserva di legge non è garanzia sufficiente per il reo né per altri interessi. Si può anche discutere se sia o non sia garanzia necessaria; è un principio che spesso viene maltrattato dal legislatore italiano e da cattivi applicatori italiani. Nemmeno il formalismo interpretativo (anche su questo sono d'accordo) è garanzia sufficiente. Nel citato commento all'agrodolce sentenza, la giurisprudenza di Strasburgo viene definita *manifesto vivente dell'antiformalismo*: "*abbandonate le semplificate visioni di stampo dichiarativo (in base alle quali il giudice si limiterebbe ad estrapolare dalle parole del testo la loro volontà univoca […]) nessuna differenza sembra residuare tra le ipotesi di nuova incriminazione per via legislativa e quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale*".

Davvero *nessuna differenza*?

2. Ermeneutica *versus* riserva di legge?

Il *risveglio della coscienza ermeneutica,* si è scritto di recente, condurrebbe a esprimere disincanto rispetto al mito dell'interprete 'bocca della legge', e a porre l'esigenza di ripensare realisticamente i "*principi di origine illuministico-liberale (di legalità, di tassatività, di divieto di analogia, di vincolo del giudice alla legge) che innervano gli ordinamenti giuridici continentali*" (di *civil law*)[3]. L'approccio ermeneutico è una cosa seria, non una novità. Non solo nel mondo delle teorie, ma anche nella storia della giustizia penale nei decenni della Repubblica, vi è stato e vi è confronto e conflitto fra diversi modelli di interpretazione e applicazione del diritto. Negli anni del disgelo costituzionale, nella polemica contro la magistratura più tradizionalista, arroccata su una gestione gerarchica dei problemi d'interpretazione e su indirizzi ancora chiusi rispetto al *novum* costituzionale, l'emancipazione da tradizioni autoritarie e da conformismi burocratici è stata segnata anche da un'idea di giurisdizione che (con variazioni d'accento e di presentazione teorica) ha assunto il senso di una rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica.

Da giovane magistrato (dal 1968 e negli anni '70) ho sentito il fascino della critica contro concezioni ideologiche dell'interpretazione letterale, che finivano per esprimersi in appelli retorici all'intuito giuridico o alla scienza e coscienza del giudice, e di fatto servivano a convalidare assetti gerarchici del potere giudiziario. Ma ho anche colto un rischio che si è rivelato tutt'altro che teorico: il rischio di capovolgere il mito illuminista del giudice bocca della legge in un modello ingenuamente o ideologicamente soggettivistico[4]. Con riguardo ai problemi dell'interpretazione del diritto e del rapporto

[3] In questi termini M. VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. di filosofia del diritto*, n. 1/2015, p. 96, riprende l'impostazione di G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012.

[4] Ho accennato a questo tema in D. PULITANÒ, *L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in AA.VV., *Il diritto penale tra scienza e politica*, a cura di M. DONINI e R. ORLANDI, Bologna 2015.

giudice/legge, per tutta la vita di studioso e di professionista mi sono trovato a combattere, bene o meno bene, su un duplice fronte: contro vecchie versioni autoritarie del mito dell'interpretazione letterale, e contro moderne, ben intenzionate ideologie. Ben presto mi sono reso conto che le controversie ermeneutiche riguardano, assai più che il metodo, i riferimenti di valore dell'attività interpretativa (oggi diremmo: le precomprensioni da portare alla luce e sottoporre a controllo). I discorsi sul metodo sono influenzati, quanto meno nelle modalità espressive, da specifici contesti di discussione.

Di fronte all'invito a ripensare, secondo una vigile coscienza ermeneutica, i principi della legalità illuministico-liberale, la mia risposta (che cercherò qui di argomentare) sarebbe, grosso modo, questa. *Ripensare i principi* non è una questione di competenza della teoria ermeneutica; è questione di politica del diritto.

Liberi da ideologie e mitologie formaliste, cerchiamo di essere ermeneuti del nostro ordinamento, intendendo le concezioni ermeneutiche come le caratterizza Ombretta Di Giovine "*Rivendicano di voler non già orientare la pratica dell'interpretazione, ma semplicemente descriverne, nella misura più oggettiva possibile, il funzionamento*"[5]. Ponendo l'accento sul ruolo della *precomprensione*, si interessano della *dimensione tipicamente soggettiva dall'interpretazione*[6], ma non riducono l'interpretazione a impresa soggettiva. L'approccio ermeneutico è interessato a *Wahrheit und Methode* (il titolo del saggio fondamentale di Gadamer).

Da buoni ermeneuti terremo conto che i vincoli posti dai principi di origine illuministico-liberale (fra di essi la riserva di legge in materia penale) fanno parte dei principi del nostro ordinamento. Stanno nella nostra *precomprensione* di ordinamenti di *civil law*: li riconosciamo sul piano del dover essere del nostro ordinamento, versione (non l'unica possibile) di democrazia liberale. Il disincanto rispetto a mitologie giuridiche non tocca il *dover essere* incorporato (nella Costituzione italiana) nel principio di legalità: riserva di legge e soggezione del giudice alla legge. Comunque si valutino le prestazioni del legislatore italiano in materia penale, le garanzie effettive di legalità dovrebbero passare innanzi tutto attraverso la tenuta e la capacità di prestazione di tale principio. Si tratta di capire, con l'aiuto di una buone ermeneutica, che cosa i principi dicono e chiedono, quali *impegni*[7] ne derivino per gli interpreti di un ordinamento di *civil law* caratterizzato da principi illuministico-liberali.

Le decisioni giudiziarie (la giurisprudenza) sono un *formante* del diritto vivente, dice una descrizione oggettiva di come gli ordinamenti giuridici funzionano. La teoria dell'interpretazione ci invita a prendere atto del *carattere parzialmente creativo dell'interpretazione giudiziaria*[8]? Questa formula evoca, senza dirlo, anche aspetti *parzialmente non creativi*; diciamo pure, *ricognitivi di un senso che sia riconoscibile in un ordinamento precostituito di norme generali e astratte*. La descrizione di come la macchina del diritto funzioni non è riducibile a formulette.

---

[5] O. Di Giovine, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 270.

[6] O. Di Giovine, *Dal costruttivismo,* cit., p. 268.

[7] C. Luzzati, *La politica della legalità*, Bologna, 2005.

[8] O. Di Giovine, *Dal costruttivismo, cit.*, p. 274.

Interpretano il diritto non solo i giudici, e ci sono, di fatto, tante ermeneutiche, buone e cattive. Una messa in scena di ermeneutiche diverse possiamo trovarla nei discorsi dell'azzecca garbugli, il quale presenta a Renzo, creduto colpevole, dapprima un'ermeneutica sfacciatamente strategica ("*a saper ben maneggiare le grida, nessuno è reo, e nessuno è innocente*"), e subito dopo un'ermeneutica oggettiva ("*il vostro caso è serio; serio, vi dico, serio; la grida canta chiaro; e se la cosa si deve decider tra la giustizia e voi, così a quattr'occhi, state fresco*"). L'illuminista Manzoni ci rappresenta che almeno in qualche caso c'è una legge che *canta chiaro* sia al sapere mercenario dell'ignobile Azzeccagarbugli, sia all'ingenuo Renzo, che ne parlerà nei giorni del tumulto, improvvisandosi oratore ("*le gride ci sono, stampate, per gastigarli […] ci son nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono; e a ciascheduna, il suo buon gastigo*").

Ermeneutiche diverse possono essere ragionevolmente applicate al medesimo testo, in ragione del suo *status* e del contesto in cui sia inserito. Un'ermeneutica del sospetto (fin quasi al limite della paranoia) può servire al controllo su proposte di legge; a legge approvata sarà bene impegnarsi, fin dove il testo lo consenta, in interpretazioni orientate all'idea della razionalità del legislatore.

C'è l'ermeneutica del semiologo, consapevole di come i sistemi di segni funzionano, e che, dentro un approccio critico, sostiene che "*bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale ...spesso i testi dicono più di quello che i loro autori intendevano dire, ma meno di quello che molti lettori incontinenti vorrebbero che dicessero*[9]. E' questo il messaggio realistico che l'ermeneutica trasmette anche a noi giuristi. Ci sono interpretazioni sicuramente sbagliate, problemi di verità non sono estranei al contesto ermeneutico. E talora (nella maggioranza dei casi?) possono trovare soluzioni sicure, o comunque largamente condivise.

La macchina del diritto (sia pure in modo imperfetto) riesce a funzionare. Il mondo artificiale di ordinamenti giuridici positivi può essere in grado di produrre passabili, talora buoni e ottimi livelli di certezza formale, sufficienti per l'ermeneutica dei destinatari delle norme, calata nei contesti d'azione. Non sono ladro, *ubi vasa praetereo sapiens argentea*[10]: abbiamo imparato fin da bambini che cosa significhi rubare, che rubare è vietato e punito, e sappiamo che cosa ciò significhi per i nostri comportamenti.

Con quale valore formale il *formante giurisprudenziale* si collochi nel sistema delle fonti di un dato ordinamento positivo, la teoria dell'interpretazione non è competente a stabilirlo. La *teoria formale* del diritto può dire che *la giurisprudenza è fonte nel senso astratto della teoria pura kelseniana*: ha un suo posto nella costruzione a gradini (*Stufenbau*). La *pratica ermeneutica* si porrà il problema di *descrivere, nella misura più oggettiva possibile,* il sistema delle fonti, così come costruito dall'ordinamento che ci interessa.

I sistemi formali delle fonti possono essere diversamente costruiti. Il nostro ordinamento di *civil law* si caratterizza per la soggezione dei giudici alla legge. Il *formante giurisprudenziale non ha valore formale di legge:* questo ci dice una ermeneutica descrittiva del nostro ordinamento.

---

[9] U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, pp. 26, 107.
[10] ORAZIO, *Satire*, libro II, 7, v. 72

Contro tendenze ad accostare alla legge la rilevanza della giurisprudenza e del mutamento giurisprudenziale, ha preso posizione la Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 230 del 2012 ([11]), dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., *nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite)* che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato. Tale questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 25 comma 2°, 27 comma 3°, 117 comma 1. La motivazione della sentenza riafferma nella sua interezza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, contro un'impostazione che credeva di poter desumere dalla giurisprudenza di Strasburgo la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole.

Sentenza di *forte cifra politica* ([12]), è stata definita. Respingendo la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni Unite in un altro processo, la Corte costituzionale ha tenuto ben salda la distinzione fra mutamento legislativo e mutamento d'indirizzo giurisprudenziale. Anche l'orientamento delle Sezioni Unite ha valore "*essenzialmente persuasivo*", e può essere disatteso "*in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione*". La stesse Sezioni Unite possono "*trovarsi a dover rivedere le loro posizioni*"; sono dentro, e non sopra, il dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge.

Può questa decisione essere valutata formalista e contraria all'approccio ermeneutico? E' una domanda retorica: da un ermeneuta non immerso in sogni creativi mi attenderei la risposta che una buona ermeneutica del sistema delle fonti cerca di comprenderlo così come è stato costruito dall'ordinamento che è oggetto di ricostruzione ermeneutica. L'approccio ermeneutico non è traducibile in critica del sistema giuspositivistico delle fonti, non può essere speso come argomento relativo al valore formale delle fonti: *common law*, *civil law*, eventuali altre varianti hanno uguale dignità di fronte alla teoria. Rispetto ai classici principi illuministico-liberali, l'ermeneutica non è argomento né a favore né contro.

Detto un po' rozzamente: lo statuto della giurisprudenza nel sistema delle fonti non lo stabilisce la teoria dell'interpretazione, ma dipende da scelte (di politica del diritto) relative alla struttura dell'ordinamento. L'argomentazione (una buona ermeneutica) non è una alternativa a uno o altro sistema formale delle fonti, ma è una pratica che dovrebbe accompagnare la vita di qualsiasi sistema di fonti normative.

Lo stato di salute della riserva di legge (buono o cattivo che sia) non dipende di questioni di metodo.

---

[11] Annotata da V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, in *Giur. Cost.* 2013, p. 3474s.; da 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*, n. 3-4/2012, p. 164 s.; da A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU*, ID. *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in *consultaonline*.

[12] G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012, p. 296.

3. Primato delle leggi o dell'interpretazione?

Alcune formulazioni sembrano additare (o essere esposte a fraintendimenti in tal senso) una sorta di circuito o sinergia fra approccio ermeneutico, legalità europea e crisi della riserva di legge. Uno dei sempre stimolanti contributi di Ombretta Di Giovine reca il titolo "*Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*"; e si propone di "*chiarire le ragioni dell'apparente paradosso per cui, nel giro di pochi anni, nel diritto penale si sarebbe verificato il passaggio da un sistema di evidente ispirazione giuspositivistica, fondato sulle fonti legislative, ad un sistema basato invece sull'argomentazione*"[13].

Anche la Di Giovine si preoccupa di non essere fraintesa. Ravvisa nella riserva di legge "*ad oggi lo strumento in astratto ancora più soddisfacente e comunque in linea con la nostra storia penalistica*"[14]. Ipotizza che "*la componente creativa dell'interpretazione giurisprudenziale – una realtà sostenuta da ragioni difficilmente confutabili sul piano teorico – possa sopperire al crescente deficit di legittimazione delle scelte legislative di criminalizzazione. Ad alcune ovvie condizioni la più importante delle quali è (oltre all'indipendenza della magistratura) che si consegua una maggiore stabilizzazione giurisprudenziale*".

La tesi che propongo è che proprio la presa d'atto di componenti creative nell'interpretazione giudiziaria e l'aspirazione a un sistema basato sull'argomentazione sono argomenti a favore di una difesa della riserva di legge penale e del vincolo di soggezione alla legge, per quello che tale vincolo possa realisticamente significare. Questa tesi vale sia per l'ermeneutica del nostro ordinamento così come è, sia sul piano della politica del diritto.

Questa tesi deve confrontarsi con gli argomenti (molto seri) che vanno a sostegno dell'esigenza di una forte *stabilizzazione giurisprudenziale*. Una chiara formulazione la ha data Ruggeri: "*v'è, o, meglio dovrebbe esservi, una maggiore stabilità della giurisprudenza rispetto alla legislazione*", perché la giurisprudenza (non il legislatore) ha il vincolo della motivazione, e il legislatore (non la giurisprudenza) ha il potere politico di radicare e sradicare la pianta legislativa[15]. Riconoscere alla giurisprudenza di cassazione (l'organo di nomofilachia) una peculiare capacità di vincolo ai mutamenti, sarebbe garanzia di libertà e di uguaglianza.

La stabilità del *nomos*, affidata al legislatore, è aperta al mutamento, a una *creatività politica*. Affidata al giudice è la stabilità della *custodia del nomos* (nomofilachia): un'esigenza incorporata nel modello della supremazia della legge.

Nei tanti casi in cui il diritto è pura tecnicalità, di per sé neutra sul piano dei valori (guida a destra o guida a sinistra?), l'esigenza di certezza è assolutamente dominante. La stabilità di indirizzi ha in molti casi un valore prevalente. Ma proprio nei casi di maggiore delicatezza, in cui l'interpretazione ha a che fare con precomprensioni e

---

[13] 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.*, n. 1/2013, p. 159.

[14] O. DI GIOVINE, *op.cit.*, p.164.

[15] A. RUGGERI, *Post scriptum*, cit.

ragioni pregne di valori, si fa avanti l'esigenza di confronto aperto: di rimettere in discussione la custodia del *nomos*, in nome di una migliore ermeneutica del *nomos*. L'esperienza vissuta (in ruoli diversi) nella fabbrica processuale delle interpretazioni, mi ha mostrato l'importanza fondamentale della critica, dell'argomentazione, di un *dare ragioni* cui tutte le parti del processo possano accedere in un contesto aperto, vincolato alla legge e non a precedenti fabbricati altrove.

Nel nostro ordinamento la forza dei precedenti "*ha il suo fondamento solamente nella loro autorevolezza o plausibilità sostanziale, e non già in una qualche loro autorità formale quale è quella che compete al potere legislativo*"[16]. Ecco i fondamenti della auspicata e auspicabile stabilizzazione di un buon diritto vivente: plausibilità (ragionevolezza) del *nomos* custodito da una giurisprudenza autorevole, ben motivata, e perciò capace di consenso.

Quali effetti potrebbero attendersi da un ipotetico mutamento nello statuto formale (nella capacità formale di vincolo) del precedente giudiziario? Dall'angolo visuale del cittadino, destinatario di doveri e potenziale parte nel processo, vedrei più rischi che vantaggi.

Nell'orizzonte del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge, la parte del processo, che sostiene un'accusa o si difende davanti al suo giudice, ha una ragionevole aspettativa (possiamo dire: ha *diritto?)* ad una risposta del *suo* giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in diritto, tenga conto delle ragioni prospettate, in particolare di ragioni *nuove* nelle conclusioni o negli argomenti. Per l'argomentazione (anche *in diritto*) della parte, cioè del cittadino, la soggezione del giudice alla legge è un punto di forza: è ciò che consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili* o francamente sbagliati.

Non è solo questione di rispetto di una (forse fantomatica) volontà politica del legislatore storico; è questione di dignità e di libertà dei cittadini di uno Stato di diritto. Potremmo dire, è nella logica di un sistema *fondato sia sulle fonti legislative, sia sull'argomentazione ermeneutica*[17] di *tutti gli aventi diritto di parola*, in particolare nel giusto processo, aperto al confronto di ragioni anche sul *senso* delle norme di diritto e sulla qualificazione di fatti concreti (il possibile campo di *riferimento*). Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230/2012 – rischierebbe di rafforzare indirizzi non altrimenti in grado di reggersi, e di *indebolire la dignità e libertà del discorso ermeneutico* di tutti (giudici e parti) in ciascun contesto di discussione. Un mutamento di paradigma di dubbia compatibilità non solo con l'art. 101 Cost., ma anche con la sostanza del diritto di difesa.

---

[16] L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza 2013, p. 135.

[17] Mi sembra convergere con questo concetto, da un altro angolo visuale, O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea*, *cit.*, p. 181: "*l'immagine, assai di moda, del trapasso da un sistema per fonti (legislatore) ad un sistema per argomentazioni […] prova troppo, perché suggerisce l'idea (mitologica) che sia esistito un tempo in cui il diritto era fatto dalle leggi e soltanto da queste*". Aggiungerei che l'idea del *trapasso* a un *sistema per argomentazioni* rischia di suggerire anche un'altra idea mitologica, quella di diritto fatto *soltanto da argomentazioni*.

Giuristi accademici possono ovviamente partecipare al dibattito con piena libertà, anche sostenendo tesi difformi dal *mainstream* e dal diritto vivente. Anche chi (giustamente) si preoccupa dell'*intralcio delle interpretazioni discordanti*, sottolinea l'utilità di prese di posizione che stimolano la riflessione e alimentano il dibattito[18]. C'è un *formante dottrinale* che, a differenza di quello giurisprudenziale, è senza potere formale, ma si colloca nell'orizzonte della libertà di ricerca, si impegna nel compito (*Beruf*, professione e vocazione) della produzione di cultura: che è non solo scienza weberianamente *wertfrei* (avalutativa, indipendente da premesse di valore), ma anche *riflessione sui valori*, guidata da *interessi di valore*. Sta qui la specifica dignità e responsabilità della dottrina, anche di fronte alla giurisprudenza e al cosiddetto diritto giurisprudenziale.

Per il giudice la ricerca e la pronuncia di verità fattuali e del diritto applicabile è *anche* esercizio di potere, e in ciò sta una differenza fortissima rispetto agli altri ricercatori di verità, cui il giudice imparziale può essere accostato[19]. Di fronte ad *ogni* esercizio di potere c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero e di parola. Sotto questo profilo, il formante dottrinale ha il compito (anche, non soltanto) di decostruire forme sbagliate. Anche quelle che fossero imposte dai custodi istituzionali del *nomos*. Nessuno può pretendere di essere il custode ultimo di verità e giustizia.

4. Prevedibilità della decisione *versus* scusanti soggettive.

Ci sono principi di garanzia che costituiscono altre facce della legalità penale. "*Secondo aspetto del principio di legalità*" è stato definito il principio di colpevolezza, nella sentenza sull'art. 5 c.p., n. 364 del 1998. Appunto la scusante dell'*ignorantia legis* è stata accostata al *prospective overruling*: entrambi sono modi di riconoscimento della rilevanza della prevedibilità dell'esito giudiziario, in chiave di garanzia; "*mondi tutt'altro che lontani e non comunicanti*"[20]. Pienamente d'accordo: la scusante dell'errore inevitabile sull'illiceità, come ritagliata dalla storica sentenza del 1988, funziona proprio come *prospective overruling*: la sentenza che assolva per tale scusante afferma una interpretazione che avrebbe dovuto già valere, ma che nel caso *sub judice* non basta a fondare una affermazione di responsabilità colpevole; varrà per il futuro, resa riconoscibile dalla sentenza che la ha dichiarata.

Nel caso C. la sentenza di Strasburgo ha così sintetizzato (§. 10) la censura che ha ritenuto fondata: non era prevedibile, all'epoca dei fatti, la qualificazione di concorso esterno nel delitto di associazione mafiosa, con le severe conseguenze penali. Su questo punto mi siano consentite alcune notazioni, nell'ottica di una riflessione di sistema.

---

[18] S. VINCIGUERRA, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2014, n. 1, p 195 s.

[19] H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2003.

[20] O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea*, cit., p. 165.

I fatti contestati si collocano fra il 1979 e il 1988. La Corte di Strasburgo ha dato decisivo rilievo a sentenze della Cassazione che hanno escluso la configurabilità giuridica del concorso esterno in associazione mafiosa, le prime due risalenti al 1987, una terza al 1988, altre due successive (1992 e 1993) i fatti contestati a C. La rassegna dei processi di mafia e di camorra, nell'ampio studio monografico di Costantino Visconti, mostra come il problema del concorso esterno, negli anni '80, fosse sul tappeto, oggetto di contestazioni in sede processuale e di soluzioni diverse[21]. Lo sguardo alla realtà giudiziaria italiana, nella sentenza C., è limitato alla giurisprudenza di cassazione, ed è rimasto alla superficie, senza approfondire le concrete tipologie di casi, né i problemi di confine fra concorso esterno e partecipazione[22].

La difesa del Governo italiano aveva dato rilievo alla giurisprudenza che già da tempo aveva ammesso il concorso esterno in un diverso delitto associativo, quello di banda armata o associazione con finalità di terrorismo. La Corte di Strasburgo ha ritenuto non pertinente questo argomento, perché estraneo alla tematica dell'associazione mafiosa. Ma sufficiente a mostrare che lo schema giuridico del concorso esterno in reato associativo, all'epoca dei fatti contestati a C., faceva già parte del diritto giurisprudenziale vivente.

Nell'ottica italiana della scusante soggettiva (dell'errore sull'illiceità ingenerato da affidamento incolpevole nella giurisprudenza) lo stato della giurisprudenza sul concorso esterno non sarebbe stato un buon argomento. Senza entrare nel merito della vicenda C., e guardando al significato facciale degli atti giudiziari, vien da osservare che la scusante dell'errore sull'illiceità non potrebbe essere decentemente prospetta da chi abbia (così l'accusa ritenuta fondata dai giudici, contro la quale la difesa C. si è sempre battuta nel merito) "*contribuito all'attività ed agli scopi criminali dell'associazione mafiosa denominata 'cosa nostra', in particolare fornendo ad esponenti della Commissione provinciale di Palermo notizie riservate riguardanti indagini e operazioni di polizia*". Un uomo di polizia che tenga tali condotte dolosamente, cioè con la consapevolezza di fornire a uomini di 'cosa nostra' notizie utili all'associazione, sarebbe consapevole dell'illiceità di un tale modo d'agire, caratterizzato dal disvalore del prestare sostegno alla mafia.

5. Il gatto di Schroedinger.

Nell'ottica delle garanzie di legalità, come affermate nel nostro ordinamento e concettualizzate nel nostro linguaggio teorico, la sentenza strasburghese sul capo C appare paradossale: un intreccio fra piani diversi, che il nostro linguaggio distingue e che è bene distinguere concettualmente, perché lo esige la logica sottesa alla riserva di legge. Primo livello, la legalità formale, fondata sulla riserva di legge; inoltre la prevedibilità della decisione, cioè la c.d. legalità CEDU, che è *diritto di protezione*

[21] C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003 (cfr. in particolare cap. III).

[22] Questi punti sono approfonditi da G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?* Una puntuale sintesi dello stato della questione, che ho potuto leggere in *questa Rivista* quando mi accingevo a licenziare queste pagine.

dell'imputato, come ha da essere il principio di colpevolezza, *secondo aspetto del principio di legalità.*

In materia di concorso esterno (in qualsiasi reato: concorso 'atipico' ex art. 110) nel nostro ordinamento non c'è scansione temporale, perché non c'è stato mutamento legislativo. Sul secondo livello del principio di legalità – il principio di colpevolezza – si porrebbe il problema di una eventuale scusante soggettiva, che nel caso C. non è stato tematizzato né nel processo in Italia né a Strasburgo. La *legalità* affermata nella sentenza C., tessuta con una ricostruzione semplicistica del diritto giurisprudenziale degli anni '80, è *soltanto* giurisprudenziale, *meno comprensiva* della legalità secondo la Costituzione italiana.

Di fronte al principio di *riserva di legge*, nucleo essenziale (in teoria) del principio di legalità per il diritto italiano, il concorso esterno in salsa strasburghese è (mi si perdoni un'altra metafora) paradossale come il gatto di Schroedinger, simbolo dei paradossi della teoria quantistica. C'è e non c'è, è vivo o è morto, secondo variabili non dipendenti dalle norme di legge formalmente vigenti.

Sul piano dei principi del sistema multilivello, l'idea di legalità/prevedibilità va intesa come *alternativa* alla riserva di legge, o come *integrazione* nei termini in cui è da intendere il principio di colpevolezza, secondo aspetto del principio di legalità? E' una domanda retorica, se si parte dalla *precomprensione ermeneutica della Convenzione EDU come neutra, ugualmente rispettosa dei diversi tipi d'ordinamento*. Mi sembra questo il senso leggibile anche nella complessiva giurisprudenza della Corte EDU sul principio di legalità: la c.d. legalità europea come integrazione garantista, giammai come riduzione della legalità incorporata nei principi degli ordinamenti statuali.

I paradossi e i problemi derivano da un linguaggio non pensato per la concettualizzazione dei principi di un ordinamento di *civil law*, che fonda la legalità penale sulla fonte legislativa. E' un limite concettuale, forse soltanto un'ambiguità lessicale dell'equazione legalità = prevedibilità, comunque non di poco conto per un linguaggio che intenda parlare a culture giuridiche diverse.

Sarebbe un mutamento di sistema, rispetto alla Costituzione italiana, arrivare ad ammettere la possibilità di una *infrazione d'origine giurisprudenziale*, nata cioè non con il testo di legge ma da una successiva evoluzione giurisprudenziale in assenza di mutamenti legislativi. Uno sguardo realistico ci mostra che ciò accade; sul piano logico la legge di Hume ci trattiene dal saltare dall'essere al dover essere. *Infrazione d'origine giurisprudenziale* può essere una formula utile sul piano descrittivo, nella ricostruzione e critica storica della vita del diritto. Sul piano del dover essere del nostro ordinamento, varrebbe sempre e comunque come critica: per *infrazioni d'origine giurisprudenziale* non c'è spazio legittimo.

La scissione temporale affermata a Strasburgo, fra un prima in cui non c'era e un dopo in cui sarebbe nato (per partenogenesi giurisprudenziale) il concorso esterno in associazione mafiosa, sembra sottendere un siffatto risvolto concettuale. Lo ha messo bene in evidenza la Di Giovine: *nessuna differenza sembra residuare tra le ipotesi di nuova incriminazione per vis legislativa e quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale.* Sarebbe un risvolto teorico *in malam partem* di un modello concettuale che vorrebbe

essere garantista. Una riscrittura della legalità, non coerente con la riserva di legge penale.

Pur prendendo atto del collegamento fra l'ordinamento italiano e il sistema CEDU, Ombretta Di Giovine ha scritto che sarebbe *imprudente* e *teoricamente discutibile* la traduzione *sic et simpliciter* delle sentenze di Strasburgo in diritto interno[23]. I paradossi della sentenza C. mostrano che vi sono, quantomeno, differenze d'impostazione concettuale che rischiano di veicolare interpretazioni sbagliate, lasciando nell'ombra il principio di riserva di legge. Questo è qualcosa di diverso e più radicale di un controlimite che si opponga a garanzie previste dalla Convenzione EDU. E' un elemento della struttura dell'ordinamento italiano che dà forma al sistema delle garanzie. Compresa, entro il nostro ordinamento, la garanzia di legalità.

Resta la questione legalità *versus* prevedibilità: ha senso dire[24] che "*la prevedibilità dell'esito giudiziario è ormai ultimo baluardo della legalità*"? In un orizzonte di diritto legislativo, il baluardo dovrebbe proteggere la legalità legislativa, anche in rapporto al potere giudiziario; e non viceversa. L'ottica (pur importante) della stabilizzazione giurisprudenziale non può essere fatta valere fuori dall'aggancio a una *previa legge*.

Sarebbe teoricamente regressivo recepire un linguaggio che *riduca* la legalità a prevedibilità, come fosse una buona concettualizzazione o dogmatica del diritto interno. Anche la prevedibilità delle decisione va intesa essenzialmente come istanza critica, da incorporare in un'ermeneutica emancipata da idee mitologiche (ingenuamente illuministiche) dell'onnipotenza delle leggi scritte, e capace di argomentare sulla base di condivise premesse di valore. Legalità/prevedibilità come *vincolo per l'ermeneutica giudiziaria*: nella legge penale vanno ricercati significati e criteri di valutazione riconoscibili ai destinatari, nelle loro scelte di vita.

Da tempo la dottrina penalistica ha colto il nesso fra coscienza dell'illiceità e formulazione delle fattispecie[25]: è un problema che interpella in prima battuta il legislatore, ma anche gli applicatori della legge quando si tratti di valutare retrospettivamente un fatto commesso. La realizzazione dolosa di un tipo di fatto costituente delitto, caratterizzato da un riconoscibile carattere offensivo, dovrebbe essere sufficiente a fondare il rimprovero di colpevolezza, per il quale è necessaria (e sufficiente) la *possibilità* di coscienza dell'illiceità; in concreto, la volontà del fatto offensivo dovrebbe essere sufficiente a mediare (salvo che in situazioni eccezionali) una *effettiva* coscienza dell'illiceità.

Adottando il linguaggio strasburghese della legalità/prevedibilità, diremmo che la prevedibilità del rimprovero dovrebbe essere un vincolo per la ricostruzione ermeneutica del fatto e del dolo: criterio di selezione ermeneutica di tipi di fatto aventi caratteristiche che, se riflesse nel dolo, fonderebbero in via normale una effettiva coscienza dell'illiceità. Il problema di una corretta informazione giuridica (e dell'eventuale errore indotto da fonte autorevole, che renda imprevedibile un giudizio

---

[23] O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea*, *cit.*, p. 180-81.

[24] Con O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 181.

[25] Riferimenti in D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976 (cfr. in particolare p. 529 s.).

di illiceità) verrebbe in rilievo con riguardo a fattispecie artificiali, di contenuto meno pregnante.

In quest'ottica può essere apprezzata, nella giurisprudenza di Strasburgo, la differente articolazione del criterio della prevedibilità in ragione della natura dei fatti: apertura alla prevedibilità di un mutamento giurisprudenziale in senso restrittivo, nel caso dello stupro coniugale nell'ordinamento inglese[26], non invece nel caso di *revirement* sfavorevole in materia di diritto urbanistico[27].

Avere fatto riemergere a tutto campo i problemi della legalità è il contributo che la sentenza C – concettualmente paradossale, e discutibile nel merito - può portare alla discussione sul diritto penale vivente in Italia: non slittamenti verso una diversa e meno comprensiva idea di legalità, nella quale possano trovare spazio infrazioni d'origine giurisprudenziale, ma un *warning* relativo a *tutti* gli aspetti della *legalità*.

[26] S.W. c. Regno Unito, 22 novembre 1995.
[27] Pessino c. Francia,10 ottobre 2006.