

SUSANNA CRISPINO*

Interpretazione conforme al diritto europeo e internazionale in materia penale

Capitolo I

Interpretazione giudiziale e pluralismo normativo. L'interpretazione conforme come banco di prova per una lettura alla luce della teoria ermeneutica del diritto

- 1.1. Il nuovo volto del giudice penale e la complessità dell'attività interpretativa: il dialogo tra le Corti come circolo ermeneutico multilivello
- 1.2. Dal primato della legge al primato del caso. L'attenuazione del principio di tassatività delle fattispecie penali e l'influenza esercitata dalle Corti europee nell'affermazione di una legalità effettuale: il giudice penale come *juge finisseur*
- 1.3. La centralità del *right-based discourse* come riscoperta della seconda dimensione del diritto
- 1.4. Divergenze interpretative tra i giudici comuni: un problema di precomprensione?
- 1.5. Garanzie penalistiche tra identità costituzionale e tutela europea: quale comunità interpretativa?

Capitolo II

Riflessioni teoriche sull'interpretazione conforme: tratti invarianti di ogni tipologia. Una *reductio ad unum*

- 2.1. Brevi osservazioni di carattere terminologico: sul significato di 'conforme a'

* Il testo che segue costituisce il primo capitolo, quasi ultimato, della tesi di Susanna Crispino iscritta al dottorato di ricerca in "Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali" presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Luigi Vanvitelli"; lavoro tragicamente interrotto dalla sua improvvisa scomparsa, il 4 marzo 2018, all'età di 28 anni. Il piano di lavoro, complesso e articolato, di cui qui anche si vuole dare conto, testimonia, assieme a questo capitolo, la maturità di ricerca di Susanna e la profonda passione che animava il suo lavoro. La sua pubblicazione in questo fascicolo di "Ars Interpretandi", con il cui tema il lavoro di Susanna risulta coerente, vuole essere una testimonianza di stima e di affetto e un modo per ricordarla. I titoli dei paragrafi non coincidenti con l'indice generale sopra riportato sono frutto di una rielaborazione redazionale dovuta alla prematura interruzione dello scritto.

- 2.2. Il presupposto dell'interpretazione conforme: cosa s'intende per antinomia
- 2.3. Il fondamento dell'interpretazione conforme. Il principio di effettività e la svalutazione del 'tipo'
 - 2.3.1. Il principio di leale cooperazione e l'effetto utile
 - 2.3.2. Il *maximum standard* nella tutela dei diritti fondamentali
- 2.4. La contiguità tra interpretazione conforme e interpretazione sistematica
- 2.5. Una demarcazione concettuale. Interpretazione conforme e ulteriori paradigmi di interazioni tra fonti: eterointegrazione, rinvio e disapplicazione
- 2.6. Il carattere strutturale: l'intertestualità
- 2.7. Il carattere funzionale: l'obbligo di risultato. Dall'interpretazione-attività all'interpretazione prodotto
- 2.8. Le sentenze delle Corti come *interpretanti* istituzionali
 - 2.8.1. La sentenza 49/2015 e il problema del giudice naturale
 - 2.8.2. L'ordinanza 24/2017 e il problema della sufficiente determinatezza
- 2.9. Sulla natura giuridica dell'interpretazione conforme: tecnica interpretativa, pratica argomentativa, strumento di armonizzazione o vincolo di sistema?

Capitolo III

Riflessioni pratiche sull'interpretazione conforme: tratti divergenti di ogni tipologia. Individuazione dei parametri conformanti

Parte I: La Convenzione europea dei diritti dell'uomo

- 3.1. L'interpretazione conforme alla CEDU nella giurisprudenza nazionale
- 3.2. L'interpretazione conforme alla CEDU nella giurisprudenza della Corte europea
- 3.3. I limiti all'interpretazione conforme alla CEDU: l'approccio restrittivo della Corte costituzionale
 - 3.3.1. Il margine nazionale di apprezzamento
 - 3.3.2. Il diritto consolidato
 - 3.3.3. La sentenza pilota
- 3.4. Interlocuzione indiretta tra corti interne e Corte europea: il ricorso individuale e prospettive evolutive con il Protocollo n. 16
- 3.5. Alcune criticità: l'interpretazione conforme alla CEDU sempre in *bonam partem*?

Parte II: Il diritto eurounitario

- 3.1. L'interpretazione conforme al diritto UE nella giurisprudenza nazionale
- 3.2. L'interpretazione conforme al diritto UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Il graduale ampliamento delle norme UE atte a fungere da conformante

- 3.2.1. Effetti confermativi: la sentenza Kolpinghuis Nijmegen
- 3.2.2. Effetti espansivi: la sentenza Pupino
- 3.2.3. Effetti disapplicativi: le sentenze Atanos Ognyanov e Daniel Adam Popławski
- 3.3. I limiti all'interpretazione conforme al diritto UE: l'approccio estensivo della Corte di giustizia
 - 3.3.1. Cosa si intende per 'tutto il diritto nazionale nel suo complesso'
 - 3.3.2. I principi generali del diritto: un tentativo di identificazione
 - 3.3.3. La disapplicazione dell'interpretazione interna consolidata
- 3.4. Interlocuzione diretta tra corti interne e Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale
 - 3.4.1. Un filtro al rinvio pregiudiziale: la teoria dell'atto chiaro e dell'atto chiarito. Alcune riflessioni sull'utilità di uno strumento i cui presupposti di esperibilità non sono *chiari*.

Parte III: Il diritto internazionale

- 3.1. L'interpretazione conforme alle Convenzioni internazionali
 - 3.1.1. Convenzione OCSE: l'estensione delle sanzioni interdittive all'ente per corruzione internazionale
 - 3.1.2. Convenzione di Varsavia: riciclaggio e reimpiego
 - 3.1.3. Convenzione di Oviedo: i casi Welby ed Englaro
 - 3.1.4. Convenzione di New York contro la tortura: i fatti del G8
- 3.2. La peculiarità del terrorismo internazionale: il giudice tra diritto interno, diritto europeo, diritto internazionale, risoluzioni ONU, diritto penale internazionale e diritto internazionale umanitario.

Parte IV: Altre tipologie di interpretazione conforme: uno studio comparato

- 3.1. L'interpretazione conforme negli USA: la *Charming Betsy doctrine*
- 3.2. Interpretazione conforme e crimini internazionali: la *menschenrechtsfreundliche Auslegung* nella giurisprudenza delle Corti tedesche e della Corte europea dei diritti dell'uomo

Capitolo IV

Gli effetti dell'interpretazione conforme sulla fattispecie conformata e i limiti al suo utilizzo

- 4.1. Una preliminare distinzione tra disposizione e norma
- 4.2. Interpretazione *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*: dove corre il limite di ammissibilità dell'interpretazione conforme?
- 4.3. Interpretazione conforme e ambito applicativo della fattispecie: il caso Pupino
- 4.4. Interpretazione conforme e trattamento sanzionatorio: il caso Caruso
- 4.5. Interpretazione conforme ed elementi normativi di fattispecie

- 4.5.1. La nozione di pedopornografia
- 4.5.2. La nozione di terrorismo
- 4.6. Interpretazione conforme ed elemento soggettivo del reato: le presunzioni di colpevolezza nella giurisprudenza delle Corti europee
- 4.7. Interpretazione conforme e i principi fondamentali del diritto penale
 - 4.7.1. Il *ne bis in idem*
 - 4.7.2. La *lex mitior*
- 4.8. L'uso distorto dell'interpretazione conforme in chiave di 'normazione mascherata'
 - 4.8.1. Il rischio di criptodisapplicazioni in *malam partem*
 - 4.8.2. Il rischio di criptoanalogie
- 4.9. L'insostenibile leggerezza del divieto di analogia

Capitolo V

Impegni interpretativi e ricadute applicative delle sentenze delle Corti europee. Profili problematici in sede di *judicial transplant*

- 5.1. L'obbligo di adeguamento alle sentenze delle Corti europee. L'art. 46 CEDU e il principio del primato del diritto UE.
- 5.2. I c.d. fratelli minori e la natura analogica del procedimento interpretativo
 - 5.2.1. Fratelli minori di Scoppola: l'interpretazione conforme dell'art. 7 d.l. 341/2000 all'art. 7 CEDU
 - 5.2.2. Fratelli minori di Contrada: l'interpretazione conforme dell'art. 673 c.p.p. all'art. 7 CEDU nel caso Dell'Utri
- 5.3. La giurisprudenza-fonte delle Corti europee e i rischi di *cherry picking*: precedenti sovranazionali?
 - 5.3.1. La sentenza 230/2012
 - 5.3.2. Il caso Taricco e la disciplina della prescrizione

Capitolo I

Interpretazione giudiziale e pluralismo normativo: alcune considerazioni sull'interpretazione conforme come banco di prova per un'ermeneutica penalistica

1.1. IL NUOVO VOLTO DEL GIUDICE PENALE E L'EROMPERE DELL'INTERPRETAZIONE CONFORME

L'attuale complessità del sistema delle fonti, in cui «il diritto si sarebbe dissolto in un oceano di normatività indistinta»¹, ha innescato un proces-

1. F. Ost, 2016, 1. Si veda al riguardo M. Vogliotti, 2017, 854 ss.

so di progressivo accrescimento dell'attività interpretativa del giudice penale.

L'entrata in vigore della Costituzione prima², l'adesione al sistema CEDU e l'influenza crescente delle fonti dell'Unione europea poi, hanno scardinato l'ideale di matrice illuministica del giudice *bouche de la loi*, in quanto il giudice è divenuto non solo co-protagonista del legislatore nella produzione del diritto ma anche interprete principale del dialogo con le due Corti europee, nonché attore fondamentale dell'attuazione del diritto europeo.

In ragione di quest'«autentica rivoluzione culturale che condiziona le nozioni stesse di ordine e di sistema giuridico»³, l'ordinamento non è più un sistema chiuso e piramidale costituito da fattispecie legali di significato univoco da cui il giudice può sempre dedurre la decisione corretta secondo una logica *more geometrico*. Al contrario, si è venuto delineando un sistema aperto e reticolare in cui quest'ultimo gode di ampia discrezionalità nell'individuazione, interpretazione ed applicazione delle norme con risultati a *geometria variabile*. Anche il diritto penale, branca dell'ordinamento a carattere più spiccatamente statualista, ha assunto una dimensione pluralistica e policentrica, in cui «l'identificazione tradizionale del *law-maker* con il Parlamento è ormai destinata a cedere sotto l'effetto di trasformazioni istituzionali profonde nell'equilibrio dei poteri, stante l'emergere di nuovi poli concorrenziali di regolazione»⁴.

Un accostamento al tema dell'interpretazione giuridica nel quadro attuale deve dunque muovere dalla constatazione che «importanza del contesto applicativo, pluralismo normativo, trasformazione delle caratteristiche della legge e pluralità dei linguaggi riscontrabili nelle disposizioni sono tutti elementi che inducono a riconoscere il ruolo innegabilmente ed inevitabilmente creativo dell'interprete del diritto»⁵. L'attività quotidiana del giudice è divenuta multiforme e poliedrica e sfugge ad una definizione univoca: il giudice ha il compito prioritario di orientarsi nel coacervo di norme di diversa provenienza, di reperire le fonti più appropriate al caso concreto e, dopo avere stabilito il grado di vincolatività delle stesse, di risolvere le antinomie tra i diversi livelli normativi.

In un simile contesto di «internormatività giuridica»⁶, in cui «è l'interpretazione la sede dove più visibilmente la complessità delle fonti riverbera i suoi effetti»⁷, i tradizionali criteri di composizione delle antinomie intraordina-

2. Cfr. in generale F. Modugno, 1997, 564 ss.

3. M. Delmas-Marty, 2006, 31.

4. S. Manacorda, 2004, 52.

5. G. Zaccaria, 2012, 704.

6. Secondo l'efficace espressione di M. Delmas-Marty, 1986, 268.

7. V. Manes, 2012, 45.

mentali si sono rivelati inadeguati e ad essi si sono affiancati nuovi metodi, primo fra tutti quello dell'interpretazione conforme.

In primo luogo, ad avere alimentato il 'creazionismo giudiziario' è stato, infatti, l'obbligo di conformarsi alla Costituzione⁸. Dichiarando inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate senza aver previamente effettuato il tentativo di interpretazione conforme, il giudice delle leggi ha sostanzialmente sollecitato i giudici comuni ad adeguare la legislazione vigente alla Costituzione⁹: in tal senso si è affermato che la dichiarazione di incostituzionalità altro non è che «il fallimento dell'interpretazione»¹⁰. Tale vincolo ermeneutico si è poi gradualmente affermato anche con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo dando un significativo contributo all'innalzamento degli *standard* di garanzia in vista di una più efficace protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti a vario titolo in vicende penalmente rilevanti. Ma è con riferimento all'ordinamento eurolunitario che l'interpretazione conforme ha conosciuto «un'estensione progressiva e grandangolare»¹¹ in quanto esperibile nei confronti di ogni atto emanato dall'Unione europea. Qui, una volta individuati correttamente i rapporti di prevalenza tra le fonti, il giudice utilizza gli istituti della disapplicazione o dell'interpretazione conforme, e sceglie se applicare la norma interna o quella sovranazionale, ovvero una risultante combinatoria tra le due a seconda che l'atto eurolunitario abbia o meno efficacia diretta.

L'interpretazione conforme rappresenta l'«opzione base», l'ipotesi astrattamente meno invasiva ma concretamente più complessa e delicata perché il giudice deve ricavare la norma applicabile da due (o più) disposizioni di cui una nazionale ed una europea. A ciò si aggiunge che i giudici, pur di ottenere il risultato interpretativo conforme, possono forzare il dato testuale estrapolando dalla legge nazionale un significato nuovo ed ulteriore; rischio che non si evince nel caso della disapplicazione dove la legge nazionale semplicemente non si applica al caso specifico. Profili di ulteriore problematicità emergono, poi, quando dietro l'interpretazione conforme si celano operazioni di «cripto-disapplicazioni», che si traducono nell'applicazione di una norma dell'Unione priva di diretta applicabilità o di «cripto-analogie», quando tramite l'interpretazione conforme si pone in essere una violazione del divieto di analogia in *malam partem*¹².

Tenuto conto delle potenzialità dischiuse in questo strumento – non a caso definito una formula totipotente¹³ – si è affermato che l'interpretazione

8. G. Sorrenti, 2006.

9. Si veda F. Palazzo, 2016a, 86 ss.; nonché M. Luciani, 2007.

10. G. Zagrebelsky, 2008, 257.

11. V. Manes, 2012, 49.

12. Cfr. ancora in generale V. Manes, 2012, *infra*.

13. Id., 2018, 5.

conforme «consacra oggi una sorta di rivoluzione copernicana sul piano della metodologia interpretativa»¹⁴. Più precisamente, una rivoluzione rispetto all'art. 12 disp. prel. c.c. che «è stato praticamente travolto dall'irrompere delle varie specie dell'interpretazione conforme»¹⁵. Nella prospettiva giuspositivista, il giudice doveva essere una sorta di «meccanico della sussunzione»¹⁶ e ridurre ogni accadimento a fattispecie, compresa l'interpretazione. E l'art. 12 delle Preleggi serviva proprio ad assolvere a questa funzione e a predisporre criteri che rendessero controllabili i risultati dell'attività interpretativa¹⁷. L'interpretazione conforme rovescia tale impostazione metodologica perché finalizzata «al raggiungimento di un risultato interpretativo che diviene la bussola dell'attività ermeneutica» e non è più guidata da regole modali¹⁸.

1.2. L'INTERPRETAZIONE CONFORME TRA CRISI DEL POSITIVISMO E RISVEGLIO DELL'ERMENEUTICA GIURIDICA

Riflettere a fondo sul tema dell'interpretazione conforme presuppone un complessivo approccio alla teoria dell'interpretazione giuridica, al fine di individuare una chiave di lettura idonea a coglierne le peculiarità e le problematichità che la contraddistinguono. Stante l'attenzione strutturale e prioritaria assegnata al momento interpretativo, la prospettiva ideale da cui si sceglie di comprendere l'attuale configurazione del potere giudiziario è quella dell'ermeneutica giuridica; intesa non semplicemente nel significato di «interpretazione giuridica orientata alla prassi»¹⁹, ma come teoria ermeneutica dell'interpretazione.

L'ermeneutica è una teoria del diritto che nasce in Germania nell'immediato secondo dopoguerra in un contesto storico, politico e culturale di grandi mutamenti che rivelano l'inadeguatezza della cultura giuridica positivista²⁰. La sua etimologia trae origine dalla figura mitologica di Hermes, messaggero degli dei, vocato alla funzione di far circolare informazioni e di mediare tra le istanze conflittuali e contrapposte²¹. Mutuando questa suggestiva metafora, oggi si ritiene che tale sia la funzione assunta dal giudice, quella di mettere in comunicazione le varie componenti del sistema reticolare, di essere «tessitore

14. F. Palazzo, 2016a, 87.

15. F. Palazzo, 2016b, 2704.

16. L'espressione è di W. Hassemer (1968), trad. it. 2007, 232.

17. N. Irti, 2016, 12.

18. F. Palazzo, 2016a, 87 ss.

19. G. Fiandaca, 2001, 353.

20. Per una trattazione approfondita sulla genesi dell'ermeneutica si rinvia a G. Carlizzi, 2012.

21. F. Ost, 1991.

di relazioni»²², mediatore, *entre-deux*, tra sistemi, legalità e interpretazioni concorrenti²³.

L'approccio dell'ermeneutica all'interpretazione è stato definito «misto» perché essa si colloca tra l'approccio cognitivo adottato dalle tesi giuspositiviste e quello scettico adottato dalle tesi antiformaliste²⁴. Invero, del primo condivide le istanze di certezza del diritto ma esclude che questa derivi esclusivamente dall'autosufficienza semantica delle leggi perché ritiene, al contrario, e in linea con la teoria hartiana dell'interpretazione, che il linguaggio giuridico sia *open texture* (tessitura aperta)²⁵. Del secondo, invece, valorizza il ruolo svolto dagli elementi legati al contesto di applicazione ma lo considera insoddisfacente sotto il profilo metodologico perché trascura l'importanza dei vincoli nel procedimento interpretativo²⁶.

Il punto di partenza dell'ermeneutica giuridica è dato dall'intuizione secondo cui il significato della fattispecie astratta non è predeterminato ma lo si comprende autenticamente solo in relazione alla fattispecie concreta, ossia al contesto applicativo. Contrariamente al giuspositivismo che si basa sul primato della legge, la «legge perfetta»²⁷, l'ermeneutica afferma il primato del caso e corollario di ciò è l'essenziale contributo giudiziale alla comprensione e determinazione del significato normativo. A partire da questa intuizione muovono tutte le principali assunzioni dell'ermeneutica che sono così riassumibili: anzitutto, il processo interpretativo è messo in moto da una fase detta di «precomprensione» nella quale l'interprete estrae dalla fattispecie concreta le circostanze manifestamente rilevanti da porre in rapporto con la fattispecie astratta, e fornisce una rappresentazione anticipata del caso²⁸; l'assegnazione di significato alla fattispecie astratta si sviluppa nel

22. M. Vogliotti, 2007, 301 ss.

23. F. Ost, 1991. Aderiscono a questa lettura anche C. E. Paliero, 2015, 13-59, e G. Fiandaca, 2001.

24. G. Zaccaria, 2012a, 695 ss.

25. H. L. A. Hart (1961), trad. it. 2002, spec. 146-159.

26. G. Zaccaria, 2012a, 695 ss.

27. F. Ost, 1996, 53-77.

28. Il circolo ermeneutico rappresenta la fase dell'interpretazione in senso stretto, di assegnazione di significato alla fattispecie astratta. Ma è anche il momento in cui l'interprete verifica la validità delle premesse formulate nella fase definita di precomprensione. Secondo l'ermeneutica, infatti, la validità delle risposte dipende dalla validità delle premesse: se le premesse sono validamente poste allora valido sarà anche il ragionamento giuridico sviluppato. La precomprensione è la rappresentazione anticipata della soluzione del caso, un apparato categoriale mediante il quale il giudice – inconsciamente – sceglie, registra e classifica le caratteristiche manifestamente rilevanti di un caso e delle norme 'appropriate' alla sua soluzione (J. Esser, 1972, trad. it. 2010, 4 ss.). Si tratta di una fase eminentemente valutativa in cui giocano un ruolo importante «le vedute personali dell'interprete, i suoi pregiudizi, la sua concezione politico-ideologica, la preoccupazione per le conseguenze che la decisione può provocare sulla realtà esterna o sullo stesso reo, le aspettative dell'ambiente o di gruppi sociali» (G. Fiandaca,

«circolo ermeneutico» basato su un'interazione tra fatto e diritto che si chiariscono vicendevolmente, nonché su un dialogo che s'instaura tra l'interprete e il testo. Da ultimo, il giudice muove da un «metodo analogico» fondato su giudizi di somiglianza e differenza tra un caso assunto come paradigmatico e il caso concreto; e, per non cadere nel soggettivismo, orienta l'attività interpretativa al raggiungimento di una «soluzione ragionevole e giusta, tale cioè da essere ritenuta adeguata alla peculiarità del fatto e conforme alla tavola costituzionale di valori»²⁹. Nella prospettiva ermeneutica, contrariamente a quella giuspositivista, secondo cui la legge deve essere scevra da ogni «contaminazione» con elementi extra-giuridici riconducibili alla sfera dei valori, il riferimento ai giudizi di valore rappresenta un momento fondamentale nel processo interpretativo perché oltre a costituire garanzia di razionalità *ex ante*, costituisce anche strumento di controllo della decisione *ex post*, sulla base della categoria della «comunità interpretativa» intesa come nucleo fondamentale di valori attraverso i quali si misura l'accettabilità della decisione.

Nelle pagine che seguono si proverà ad applicare le tesi principali dell'ermeneutica giuridica alle trasformazioni che il sistema penale ha subito per effetto dei processi di costituzionalizzazione ed europeizzazione del diritto, assumendo il punto di vista del giudice nazionale.

Se si guarda al fenomeno dalla prospettiva del diritto penale, quest'ultimo registra in diversi ambiti le influenze dell'ermeneutica, soprattutto in ragione dell'incidenza delle fonti sovranazionali e del metodo casistico adottato dalle Corti europee. E dal momento che l'interpretazione conforme costituisce una delle manifestazioni più evidenti della centralità del momento applicativo e della dimensione giudiziale del diritto, anche la corretta analisi di tale strumento presuppone il suo inquadramento nel più ampio ambito dell'ermeneutica. Detto altrimenti, sembra di particolare interesse il contesto specificamente *penalistico* in cui l'interpretazione conforme si inserisce, connotato da un'accresciuta visibilità del diritto penale giurisprudenziale.

2001). Ma essa comprende anche elementi concettuali tratti dal bagaglio delle conoscenze dogmatiche e dalla cultura giuridica dell'interprete. In particolare, nella prospettiva esseriana, la precomprensione assume una pregnanza particolare in quanto individuato come momento di scelta del metodo e la valorizzazione di questo momento «costituisce forse il principale contributo dell'ermeneutica giuridica contemporanea alla riflessione intorno all'interpretazione» (G. Zaccaria, 2012a, 698 ss.).

29. L'ermeneutica affonda infatti le sue radici nella tradizione aristotelica della filosofia pratica, contrariamente al giuspositivismo, che segue il metodo veritativo e matematico della filosofia teoretica in base al quale il giudice deve perseguire il solo valore della certezza (M. Vogliotti, 2015, 155). Sull'attualità del pensiero di Aristotele si veda H. G. Gadamer, 1972.

1.3. VERSO UNA LEGALITÀ EFFETTUALE: DALLA TASSATIVITÀ ALL'INTERPRETAZIONE TASSATIVIZZANTE

Il primo elemento posto in discussione dalle tesi ermeneutiche è quello dell'univocità e della completezza del testo di legge: vale a dire, l'idea che le leggi siano dotate di autosufficienza semantica e di un significato chiaro ed evidente che il giudice deve limitarsi a disvelare. L'univocità difetta per la vaghezza semantica del linguaggio, in quanto, poiché le leggi parlano della realtà e del modo in cui la si deve valutare, il loro significato è soggetto ai mutamenti della realtà sociale e all'evoluzione del linguaggio corrente³⁰. La completezza viene costitutivamente meno, invece, a causa dell'apertura verso il futuro, non essendo possibile prevedere, in sede di formulazione della legge, tutti i casi per i quali la stessa sarà applicabile³¹: infatti, «dovendo cogliere la complessità della realtà e adeguarsi al suo divenire, la norma penale è strutturalmente aperta»³². Precisamente, essa viene vista come un «semilavorato dinamico» il cui contenuto non è «un già pensato» che l'interprete si limiterebbe a portare in luce, ma è l'insieme di quanto fissato dal legislatore e quanto determinato dall'interprete nel suo processo di comprensione»³³. Secondo uno dei maggiori esponenti dell'ermeneutica, infatti, «il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge* nel caso particolare, cioè l'*applicazione*» e con essa «si verifica un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice»³⁴.

Nel nostro sistema penale si assiste da tempo ad un'attenuazione della «legalità della legge» con conseguente spostamento dell'accento su una «legalità effettuale» ossia una legalità che vive una dimensione di effettività applicativa e nella quale i giudici partecipano ampiamente alla formazione della esperienza giuridica³⁵. E ciò dipende tanto dal legislatore che ha dimenticato «qualunque cura per il decoro anche solo esteriore della formulazione legislativa» quanto dalla Corte costituzionale per la sua ritrosia «a dichiarare l'incostituzionalità delle norme penali per insufficiente loro determinatezza»³⁶.

Sul versante formale è quasi banale osservare che la progressiva espansione del ruolo del giudice è ascrivibile a ciò che è stato definito uno «scadimento qualitativo»³⁷ delle fattispecie penali, inteso come perdita di determinatezza e tassatività del precetto. Invero, negli ultimi anni, il legislatore sembra aver perso

30. W. Hassemer (1968), trad. it. 2007, 47.

31. *Ibid.*

32. G. Zaccaria, 2012b, 14.

33. G. Zaccaria, 2012a, 696.

34. H. G. Gadamer (1960), trad. it. 2001, 681.

35. F. Palazzo, 2016c, 5.

36. F. Palazzo, 2016c, 6.

37. L'espressione è di G. Fiandaca, 2002, 5.

il senso più profondo della determinatezza della legge penale non solo sul piano della formulazione linguistica del precetto ma anche e soprattutto nella capacità di delineare correttamente i *tipi criminosi*³⁸. Le leggi penali vengono redatte spesso in modo vago e generico attraverso formule onnicomprensive ed inoltre, si registra un ricorso inflazionato al diritto penale quale strumento per «inseguire l'ultimo eclatante episodio di risonanza mediatica» con grave pregiudizio della legalità³⁹. Peraltro, il suddetto *deficit* non riguarda solo le norme interne ma anche quelle europee. Relativamente a queste ultime, trattandosi di norme caratterizzate da una intrinseca genericità – si pensi alle direttive *ex art.* 83 parr. 1 e 2 TFUE che devono limitarsi a contenere «norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni» –, il legislatore nazionale si trova a dover conciliare due opposte esigenze: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali e il rispetto della legalità. Per soddisfare la prima, il legislatore dovrebbe recepire le prescrizioni contenute nelle direttive pur correndo il rischio di emanare una legge lesiva del principio di determinatezza. Per rispettare la seconda, dovrebbe invece circoscrivere, mediante ulteriori requisiti, quegli elementi indeterminati della fattispecie, correndo, con ciò, però, il rischio di violare le prescrizioni europee⁴⁰.

Stante, dunque, l'incapacità del Parlamento di compiere scelte politico-criminali coerenti e definite, «la responsabilità di concretizzare portata e limiti dell'illecito penale viene trasferita sul potere giudiziario»⁴¹.

L'affermazione di una legalità effettuale o «legalità dell'esperienza giuridica» è ascrivibile al fatto che il principio di determinatezza ha mutato collocazione concettuale, abbandonando il piano linguistico – ossia di canone di formulazione legislativa – per innestarsi su quello dell'interpretazione – ossia nella sua accezione di canone ermeneutico⁴². Com'è noto, mentre il principio di riserva di legge è concepito per riservare al Parlamento la scelta dei fatti costituenti reato, il principio di determinatezza riguarda la tecnica legislativa di formulazione delle fattispecie criminosi e vincola il legislatore ad una descrizione il più possibile precisa del fatto di reato. La predeterminazione legislativa dei fatti punibili, a sua volta, vincola il giudice al rispetto della componente della tassatività, giacché impedisce di applicare la norma penale a casi da essa non espressamente previsti.

38. F. Palazzo, 2016c, 2 ss.

39. F. Palazzo, 2016c, 2 ss.

40. Sui profili di compatibilità tra norme minime e principio di determinatezza/tassatività si rinvia ai contributi di H. Satzger, 2015, 99, e S. Moccia, 2015, 173 ss. Da diversa angolatura, si è osservato che se le norme penali sovranazionali fossero dettagliate e puntuali, certamente il legislatore verrebbe facilitato nell'attività di recepimento delle istanze europee, ma non gli sarebbe consentito, in sede di trasposizione, di adeguare le suddette norme alle peculiarità dei rispettivi ordinamenti. Al riguardo, si veda A. Bernardi, 2016, 39 ss.

41. G. Fiandaca, 2002, 5.

42. F. Palazzo, 2016c, 4 ss.; F. Palazzo, 1991, 332 ss.

Nell'accezione di canone ermeneutico, il principio di determinatezza/tassatività assume le vesti dell'interpretazione c.d. tassativizzante, mediante la quale l'indeterminatezza della formulazione legislativa viene «sanata» dal giudice che – nel ruolo di *finisseur*⁴³ – ridefinisce i contorni del tipo criminoso. Viene così in rilievo la doppia dimensione del principio di determinatezza: si può infatti parlare di una determinatezza «in astratto», che guarda alla formulazione del testo legale, e di una determinatezza «in concreto», che guarda agli esiti dell'interpretazione, all'individuazione della *regola iuris* da parte del giudice⁴⁴. La prima è la disposizione mentre la seconda è la norma, vale a dire il risultato dell'interpretazione della disposizione astratta (o della disposizione all'esito della sua applicazione ai casi)⁴⁵.

Ad aver legittimato la trasmutazione della tassatività nell'interpretazione tassativizzante è stata anche la Corte costituzionale che, pur avendo costantemente negato che l'interpretazione giurisprudenziale possa controbilanciare i difetti di formulazione del tipo, ha registrato alcune aperture alla co-determinazione del giudice volta a surrogare il *deficit* di precisione sul piano interpretativo⁴⁶. L'esempio più significativo è dato dalla sentenza n. 327 del 2008 nella quale la Corte, chiamata a decidere in ordine alla violazione del principio di legalità con riferimento all'art. 434 c.p. utilizzato per la creazione giudiziale del delitto di disastro ambientale, pur raccomandando al legislatore di tipizzare i reati di disastro, ha ritenuto che la possibilità di desumere nuovi concetti di disastro dalle figure tipiche già esistenti fosse operazione astrattamente idonea al recupero di una maggiore tassatività.

Ma ad avere contribuito in modo decisivo ad affermare una prospettiva effettuale che «inserisce il testo legislativo in un contesto ermeneutico nel quale il ruolo dei giudici diviene fondamentale»⁴⁷ sono state le due Corti europee, in particolare quella di Strasburgo. Entrambe muovono da un principio di giuridicità diverso dal nostro legalismo restrittivo, come si evince dalla diversa formulazione delle norme. Sia l'art. 7 CEDU che 49 CDFUE prevedono che «nessuno può essere condannato per un'azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il *diritto* interno o internazionale» contrariamente all'art. 25 comma 2 della Costituzione che richiede, invece, che sia la *legge* a prevedere il fatto come reato. L'utilizzo del termine «diritto» in luogo di quello di «legge» esprime una concezione allargata e sostanziale del principio di legalità che subisce

43. L'immagine è di Y. Cartuyvels, 2016, 208.

44. Su cui F. Palazzo, 2006, 54 ss.

45. M. Donini, 2011, 63-119; Id., 2016, 17 ss.

46. V. Manes, 2017, 960 ss.

47. S. Sánchez, 2015, 196.

una «deformalizzazione»⁴⁸ e «risemantizzazione»⁴⁹ perché ricomprende ogni testo normativo di qualunque livello, non solo la legge di origine parlamentare ma anche il diritto di creazione giurisprudenziale. Che il diritto europeo sia un diritto di stampo marcatamente «pretorio», che riconosce il ruolo della giurisprudenza-fonte, è poi desumibile anche dal fatto che le disposizioni della CEDU e del diritto eurounitario vivono nell'interpretazione ad esse date dalle rispettive Corti in qualità di giudici naturali o interpreti qualificati. Per quanto riguarda la CEDU, l'art. 32 attribuisce alla Corte di Strasburgo il compito di decidere su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli. Per quanto attiene il diritto eurounitario, il ruolo della Corte di giustizia quale interprete autentico del diritto UE poggia su due norme: l'art. 19 TUE che attribuisce alla CGUE il compito di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione dei trattati e l'art. 267 TFUE che attribuisce la competenza a fornire ai giudici nazionali indicazioni interpretative sui trattati in via pregiudiziale.

L'organo giudiziario che con maggior coerenza e consequenzialità applica al fenomeno giuridico le categorie dell'ermeneutica, affidando al potere giudiziario quel compito di «perfezionamento creativo della legge», è la Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁰. Muovendo dal principio di giuridicità, la Corte di Strasburgo ha in proposito affermato che «per quanto chiaro sia il testo di una disposizione legale, in qualunque sistema, compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziale. Sarà sempre necessario chiarire punti dubbi e adattarsi ai cambiamenti di situazione»⁵¹. Compito dei giudici è quindi quello di dissipare i dubbi che possono sorgere rispetto all'interpretazione delle norme, tenuto conto dell'evoluzione della prassi quotidiana. La Corte europea emana decisioni che sono «polarizzate sul caso concreto, ben più che sulla norma-principio di cui si fa applicazione»⁵². Il suo modo di ragionare è casistico ed «esemplifica infatti alla perfezione l'idea di interpretazione giudiziaria come applicazione», dando conto della misura ermeneutica dell'operazione⁵³.

Tutti questi fattori, l'inadeguatezza del legislatore nel delineare correttamente i tipi criminosi, la ritrosia della Corte costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità per indeterminatezza delle norme e l'influenza delle Corti europee nell'equiparare legge e giurisprudenza, finiscono per confermare

48. S. Sánchez, 2015, 181.

49. M. Vogliotti, 2015, 163.

50. M. Vogliotti, 2015, 162 ss.

51. Corte EDU, *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, § 36.

52. V. Manes, 2011, 23.

53. O. Di Giovine, 2012, 23.

l'impostazione ermeneutica secondo cui «il momento decisivo non è quello in cui la regola viene emanata, ma quello in cui essa è praticata ed applicata»⁵⁴.

Nel nostro ordinamento coesisterebbero dunque due forme di legalità: quella della legge, che è in progressivo declino; e quella effettuale, che è in crescente valorizzazione e che, perciò, richiede di essere disciplinata con strumenti idonei. Tuttavia, «lo sforzo di potenziare la legalità effettuale mediante più stringenti regole interpretative viene a scontrarsi con l'ormai consolidato obbligo di interpretazione conforme»⁵⁵. Quest'ultima rafforza la componente effettuale della legalità in quanto tra le tecniche interpretative è, forse, proprio quella che meglio si presta allo scopo di adattare il dato normativo alle esigenze mutevoli dei casi⁵⁶ perché conferisce al giudice comune la possibilità di ridefinire il contenuto del testo non solo alla luce del contesto applicativo ma anche alla stregua della Costituzione e soprattutto delle fonti sovranazionali. A tal proposito è stato osservato che l'interpretazione conforme è «incoraggiata a formarsi dalla struttura aperta e ambigua degli enunciati normativi cui si applica» sussistendo «un rapporto assai stretto tra le carenze del dato positivo e la tecnica dell'interpretazione conforme»⁵⁷. Le stesse Sezioni Unite hanno affermato che il giudice deve utilizzare il suo spazio valutativo in favore del diritto europeo solo se le disposizioni nazionali contengono clausole generali e concetti giuridici indefiniti⁵⁸. Sulla medesima linea, le stesse Sezioni Unite penali, in una nota sentenza adottata in materia di amnistia e indulto, si sono spinte ad affermare che «il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte Cassazione, *integrando un nuovo elemento di diritto*, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata [corsivo aggiunto]»⁵⁹.

La tensione sottostante al rapporto tra diritto giurisprudenziale e principio di legalità penale nel nostro ordinamento è emersa anche nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale che, nello sforzo di arginare fenomeni che rischiano di generare aporie nel sistema, ha dichiarato infondata la

54. G. Zaccaria, 2012a, 707.

55. F. Palazzo, 2016c, 6 ss.

56. A. Ruggeri, 2010, 5.

57. A. Ruggeri, 2010, 5.

58. Cass. pen., sez. un., 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), n. 38691, Pres. Gemelli, Rel. Fiale, Imp. Caruso, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 433 ss., con nota di V. Maiello, 2010.

59. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2010 (dep. 23 maggio 2010), n. 18288, Pres. Gemelli, Rel. Milo, in *Cass. pen.*, 2011, 17 ss., con nota di R. Russo, 2011. La Corte ha precisato che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale.

questione di legittimità costituzionale dell'articolo 673 del codice di procedura penale «nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il «mutamento giurisprudenziale», determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato»⁶⁰. Tale *petitum* additivo si basava sull'asserita necessità di conformarsi, *ex art. 117 co. 1 Cost.*, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla quale si sarebbe ricavato – secondo il giudice rimettente – che un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo. Tuttavia, ad avviso del giudice delle leggi, innanzitutto la giurisprudenza della Corte europea non aveva mai riferito esplicitamente il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza⁶¹. In secondo luogo, «posto il generale carattere di obbligatorietà dell'intervento di revoca del giudicato previsto dall'art. 673 c.p.p., l'accoglimento del *petitum* comporterebbe che, di fronte alla pronuncia delle sezioni unite che escluda la rilevanza penale del fatto, il giudice dell'esecuzione dovrebbe comunque elidere la sentenza definitiva di condanna»⁶², l'interpretazione proposta dal giudice *a quo* avrebbe comportato «la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale»⁶³.

La dottrina non ha mancato di registrare tale decisa presa di posizione della Corte costituzionale, la quale «ha non solo respinto tale prospettazione delle fonti ma si è soprattutto impegnata in una rigorosa ricostruzione dei termini del nostro sistema delle fonti, in cui la centralità parlamentare non può consentire troppo disinvolute equiparazioni tra formanti che hanno caratteristiche sostanziali e formali diverse. In sostanza, come è stato ben detto seppure con accenti fortemente critici, la Corte costituzionale ha ammonito che il nostro paradigma di giuridicità è ancora quello classico di tradizione illuministica»⁶⁴.

Nonostante tali prese di posizione della Corte costituzionale, è innegabile che le sollecitazioni derivanti dagli ordinamenti esterni, per il tramite delle tecniche di interpretazione conforme, continuino a porre numerose problematiche rispetto al principio di legalità in materia penale. Tali processi datano,

60. C. cost. sent. n. 230/2012, sulla quale v. *ex multis* V. Napoleoni, 2012, 164-176; nonché A. Ruggeri, 2012.

61. V. C. cost., sent. n. 230/2012. Punto 7 *Cons. dir.*

62. V. Napoleoni, 2012, 175.

63. C. cost., sent. n. 230/2012. Punto 12 *Cons. dir.*

64. F. Palazzo, 2016a, 8. V. anche M. Vogliotti, 2015, 168.

per quanto riguarda il diritto eurounitario, almeno dalla storica sentenza *Pupino* del 2005, con la quale la Grande Camera della Corte di giustizia ha per la prima volta esteso, in via pretoria, l'obbligo di interpretazione conforme anche al cd. terzo pilastro, oggetto del Trattato sull'Unione europea fino alla riforma di Lisbona, e in particolare alle decisioni quadro adottate nel suo ambito⁶⁵.

Per le sue ricadute a livello di diritto interno, l'irrompere dell'obbligo di interpretazione conforme *anche* nell'ordinamento eurounitario, ha fatto emergere anzitutto in modo ancora più pressante il rischio di cd. criptoanalogie in materia penale⁶⁶. Più in generale, esso ha reso di estrema rilevanza pratica la questione dell'effettiva distinzione tra interpretazione analogica ed interpretazione estensiva, tra le quali, secondo un'impostazione che si ispira all'ermeneutica, «può esservi non qualitativa, ma di grado»⁶⁷.

Alla luce di quanto finora succintamente ricordato, risulta evidente come l'istanza democratico-parlamentare sottesa alla legalità penale è messa particolarmente in crisi dalla produzione giuridica dell'Unione europea e degli altri ordinamenti esterni, nonché dalle rispettive ricadute nell'ordinamento penale italiano⁶⁸.

Tuttavia, «laddove si adotti conseguentemente un'impostazione di tipo ermeneutico – si muova cioè dal riconoscimento dell'inevitabile componente creativa della giurisprudenza – il disagio scompare e la preoccupazione diviene, piuttosto, quella di cercare rimedi per arginare le distorsioni della prassi, senza nascondersi dietro il paravento (davvero troppo esile perché resista ai colpi della realtà) dell'art. 101 Cost. e della soggezione dei giudici soltanto alla legge: principio anch'esso non poco “sovrainterpretato”»⁶⁹.

1.4. LA CENTRALITÀ DEL *RIGHT-BASED DISCOURSE* COME RISCOPERTA DELLA SECONDA DIMENSIONE DEL DIRITTO

L'affermazione della legalità effettuale non dipende soltanto da profili formali attinenti alla qualità della legge ma è anche il risultato di un processo di sensibilizzazione sociale in cui sono sempre più avvertite le esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Di fronte a tale fenomeno, il potenziamento del ruolo del giudice dipende, da un lato, dall'inadeguatezza dello strumento della legge di fronte alla crescente complessità sociale e dall'altro, dalle sfide che il multicult-

65. *Pupino*, C-105/03, sent. 16 giugno 2005, sulla quale v. *ex plurimis* V. Manes, 2006, 1150-1164; nonché V. Manes, 2012, 50 ss.

66. Cfr. V. Manes, 2012, 65 ss.

67. G. Fiandaca, 2001, 357.

68. Cfr. F. Palazzo, 2016a, 4.

69. O. Di Giovine, 2012, 23, che a sua volta richiama D. Bifulco, 2008.

turalismo rivolge in prima battuta al giudice, e soprattutto al giudice penale⁷⁰. Difatti, giacché il settore penale rappresenta «l'ambito disciplinare ove maggiore è la penetrazione dei diritti fondamentali»⁷¹, ad essere sempre più coinvolti nell'attuazione e protezione delle garanzie fondamentali sono proprio i giudici penali quali «terminali più prossimi al tessuto connettivo della società civile»⁷². A tal proposito è stato osservato che il giudice penale, rispetto al giudice civile, è «*naturaliter* "meno imparziale"» in quanto gli interessi in gioco nel processo penale sono per definizione fuori dalla portata delle parti e attengono invece ad esigenze sociali fondamentali: è quindi naturale che il giudice penale si senta un po' meno distaccato da quegli interessi e «in qualche modo coinvolto nella tutela delle esigenze sociali emergenti nel processo e pregiudicate da fatti criminosi»⁷³.

Quest'attenzione giudiziale ai valori fondamentali della società costituisce un'acquisizione importante dell'ermeneutica e viene definita «seconda dimensione del diritto», la quale rappresenta la seconda istanza legalitaria, quella del rafforzamento dei diritti fondamentali⁷⁴. Mentre la prima dimensione del diritto guarda alla validità formale delle norme ed esprime il diritto *ex parte potestatis*, la seconda dimensione del diritto guarda alla conformità della norma ai valori costituzionali ed esprime il diritto *ex parte societatis*: da un lato abbiamo il «diritto che è» e dall'altro il «diritto che deve essere» per essere accettato come «giusto» dalla società⁷⁵. In altri termini, si assiste al passaggio da un modello *top-down*, che vuole la produzione del diritto statalista, positivista, monologica, ad un modello *bottom-up*, perché la fisionomizzazione dei diritti umani appare sempre più deterritorializzata, policentrica e reticolare e affidata al protagonismo dei giudici⁷⁶.

70. V. Manes, 2014, 1929.

71. S. Manacorda, 2013, 244.

72. V. Manes, 2011, 20.

73. F. Palazzo, 2012, 1612.

74. A ben vedere, si tratta delle stesse condizioni che costituiscono il fattore generativo dell'ermeneutica e di cui la c.d. formula di Radbruch rappresenta la massima espressione. La genesi dell'ermeneutica si colloca infatti nella Germania post-nazista che vede la giurisprudenza tedesca impegnata nei processi sugli omicidi commessi dalle guardie di frontiera. A favore di queste ultime vigeva una causa di giustificazione che eliminava l'antigiuridicità delle uccisioni perpetrate contro i fuggiaschi che tentavano di oltrepassare il muro. In un momento in cui era particolarmente avvertito il richiamo ai valori morali e ai diritti umani, i giudici seguirono due strade: in un primo filone giurisprudenziale applicarono la legge vigente ma interpretandola alla luce dei diritti umani, mediante la c.d. re-interpretazione *menschenrechtsfreundlich* (conforme ai diritti dell'uomo); in un secondo filone giurisprudenziale non applicarono la legge vigente ma utilizzarono tra i criteri di giudizio il diritto naturale, i principi di diritto internazionale e le convenzioni internazionali. V. G. Vassalli, 2001, 90 ss.; V. Valentini, 2012, 121 ss.

75. Su tutti, M. Vogliotti, 2013, 376 ss.

76. V. Manes, 2011, 19 ss.

Con la riscoperta della seconda dimensione del diritto, «l'accento si sposta dallo strumento, la *legge* quale garanzia dei diritti, all'obiettivo finale, la tutela dei *diritti direttamente* come tali»⁷⁷.

Per lungo tempo il garantismo penale ha trovato il suo punto di riferimento nella Carta costituzionale, assunta quale «livello di massima quotazione delle garanzie penalistiche»⁷⁸. Ad essa si sono poi gradualmente affiancate le Carte europee dei diritti. La tutela dei diritti fondamentali, storicamente devoluta in modo esclusivo alla Corte costituzionale, ha così assunto una «valenza triadica» perché destinata a ruotare attorno ai tre circoli normativi rappresentati dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali, così come interpretate dalle rispettive Corti⁷⁹. Parlare dunque oggi di seconda dimensione del diritto comporta di dover dare atto di un processo di «europeizzazione delle garanzie in materia penale»⁸⁰.

In questa complessa trama di intrecci inter- e trans-ordinamentali, tuttavia, resta fermo che «il potenziamento dei diritti oggi avviene soprattutto a Strasburgo»⁸¹, il cui sistema è «volutamente permeabile a valutazioni assiologiche»⁸². Invero, la Corte di Lussemburgo in materia di diritti fondamentali è largamente mutuataria della Corte di Strasburgo⁸³: per quanto riguarda la prospettiva dell'Unione europea, la riconquista della seconda dimensione del diritto si deve alla Corte di Giustizia, che è giunta a vincolare il diritto europeo al rispetto dei diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in qualità di principi generali del diritto comunitario⁸⁴. Con la Carta di Nizza – cui il trattato di Lisbona ha assegnato lo stesso valore giuridico dei trattati – anche l'Unione europea si è dotata di un proprio catalogo di diritti e principi sancendo il passaggio da un'Europa del mercato ad un'Europa della persona⁸⁵.

La centralità del *right-based discourse*, che orienta la pratica giuridica in direzione della giustizia e della tutela dei diritti «è resa oggi evidente dall'obbligo, che grava su tutti i giudici, dell'interpretazione conforme alla Costituzione e alle Carte europee dei diritti»⁸⁶. È stato a tal proposito osservato che è «la rivoluzione dei diritti» attivata in seno alle Corti di Lussemburgo e Strasburgo ad aver fornito e continuare a fornire straordinario combustibile per le nuove

77. F. Palazzo, 2016d, 7.

78. V. Manes, 2011, 2 ss.

79. S. Manacorda, 2011, 153.

80. V. Manes, 2011, 8.

81. F. Palazzo, 2016d, 7.

82. O. Di Giovine, 2012, 3.

83. V. sul punto F. Palazzo, 2007, 1320.

84. M. Vogliotti, 2014, 112.

85. F. Palazzo, 2008.

86. M. Vogliotti, 2016, 10.

tecniche interpretative e per il crescente protagonismo del giudice»⁸⁷ e che «proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali la tecnica stessa ha reso (e seguita senza sosta a rendere) i suoi migliori servizi, anche (e, anzi, soprattutto) in difetto di adeguati interventi del legislatore»⁸⁸.

1.5. IL DIALOGO TRA LE CORTI COME CIRCOLO ERMENEUTICO MULTILIVELLO

Sin qui ci si è mossi nell'orizzonte problematico tanto antico quanto attuale del rapporto tra legge e giudice, individuando i fattori che sotto il profilo formale e sostanziale segnano la distanza tra il modello ermeneutico e quello giuspositivistico. Una volta chiarito che il ruolo creativo del giudice dipende tanto dal «reperimento qualitativo»⁸⁹ della normazione penale quanto dalle crescenti istanze di tutela dei diritti fondamentali, occorre spostare l'attenzione sul concreto dispiegarsi del procedimento interpretativo.

In via preliminare, va constatato che «il funzionamento calcolabile delle norme è ormai in piena crisi»⁹⁰ perché «chi applica il diritto nel contesto complesso degli ordinamenti giuridici contemporanei può scegliere tra più fonti e più norme diverse»⁹¹. L'attività interpretativa è divenuta estremamente ardua e difficilmente raffigurabile secondo lo schema del sillogismo, sia perché vi è una moltiplicazione delle premesse maggiori, sia perché il processo interpretativo non ha struttura lineare ma circolare in quanto articolato in una pluralità di livelli successivi secondo la logica del circolo ermeneutico.

Il sillogismo giudiziale era idoneo a descrivere l'operato del giudice nel positivismo giuridico, segnato dalla monopolizzazione del diritto da parte del legislatore, ma non può esserlo nel contesto attuale caratterizzato dalla molteplicità degli attori giuridici e, soprattutto, dall'accresciuta visibilità della fonte giurisprudenziale e dalla prevalenza dei principi sulle regole. Proprio con riferimento a tale ultimo profilo si è affermato che «la struttura del ragionamento giuridico manifesta un allontanamento dalla struttura ipotattica emblemizzata dal modello sillogistico, e tende a seguire forme paratattiche, declinate su schemi quali il bilanciamento degli interessi o il test di proporzionalità (e cioè le forme tipiche di un "diritto per principi")»⁹².

Il circolo ermeneutico indica un'interazione dialogica tra fattispecie astratta e fattispecie concreta in cui la norma attribuisce giuridicità ai fatti e, a sua

87. V. Manes, 2014, 1934.

88. A. Ruggeri, 2010, 5.

89. L'espressione è di V. Manes, 2014, 1929.

90. N. Irti, 2016, 8.

91. G. Zaccaria, 2012a, 704.

92. V. Manes, 2011, 22.

volta, si arricchisce delle novità storiche di cui questi sono portatori: «ogni nuovo caso, dunque, aggiunge qualcosa alla comprensione della relativa norma»⁹³. Il movimento circolare non va scambiato in alcun modo per un circolo vizioso che torna al suo punto di partenza bensì come una «spirale»⁹⁴ che piega, sì, verso il punto di origine ma non si chiude in esso: approda piuttosto su un piano diverso perché «conduce la comprensione del testo ad un grado sempre nuovo e maggiormente chiarificante»⁹⁵.

La prospettiva ermeneutica rispecchia anche l'attuale configurazione del procedimento interpretativo in cui «l'interpretazione inizia con una domanda, si sviluppa attraverso il dialogo e si conclude con una scelta tra i diversi significati possibili»⁹⁶ con l'ulteriore caratteristica di realizzare un circolo ermeneutico *multilivello* perché «abbraccia le stesse relazioni interordinamentali»⁹⁷. Contestualizzandone i diversi passaggi si può affermare che «l'interpretazione inizia con una domanda» che non è solo la logica di domanda e risposta tra l'interprete e la disposizione nazionale ma si estende alle fonti sovranazionali mediante gli strumenti del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e del ricorso alla Corte europea con cui il giudice nazionale pone un quesito interpretativo. L'interpretazione «si sviluppa attraverso il dialogo», che nel panorama attuale vede «corti di ordinamenti diversi dialogare tra loro al fine di trovare spunti e sostegno per risolvere questioni che sempre più spesso richiedono complesse opere ricostruttive»⁹⁸. E al termine del dialogo, l'interpretazione si conclude con una «scelta tra i diversi significati possibili», che vede prevalere – in forza del canone dell'interpretazione conforme – quella che risulti più in sintonia con il diritto europeo: non a caso si è parlato di un'interpretazione *circolarmente conforme*⁹⁹.

Il carattere circolare del procedimento interpretativo viene quindi in rilievo soprattutto con riferimento all'interpretazione conforme: a differenza dell'istituto della disapplicazione, in cui il dialogo tra l'interprete e il testo si «arresta» alla necessaria constatazione del carattere direttamente applicabile della norma eurolunitaria, nell'interpretazione conforme il giudice ha l'obbligo di porre in essere qualsiasi «torsione» interpretativa al fine di rendere il contenuto della disposizione nazionale conforme a quello dei parametri sovranazionali, e il dialogo si conclude solo quando tale risultato sia raggiunto. È quindi evidente che quel circolo ermeneutico, a seguito del quale la fattispecie astratta si connota di un significato sempre nuovo e diverso, non si riscontra

93. M. Vogliotti, 2015, 133.

94. L'espressione è di W. Hassemer (1968), trad. it. 2007.

95. G. Zaccaria, 2012a, 699 ss.

96. G. Zaccaria, 2012a, 699 ss.

97. A. Ruggeri, 2011, 11.

98. M. Vogliotti, 2007, 8.

99. A. Ruggeri, 2011, 11 ss.

nella disapplicazione dove la disposizione nazionale non viene applicata e dunque non subisce alcuna «rilettura».

Sullo specifico terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali il circolo ermeneutico pare essere particolarmente marcato, visto che al giudice viene richiesto un «processo interpretativo ancor più complesso, e per così dire “trifasico”, chiamandolo a formulare una interpretazione della disposizione interna “comunitariamente” o “convenzionalmente” conforme ma (pur sempre) costituzionalmente compatibile»¹⁰⁰.

L'interpretazione conforme inoltre mostra chiaramente come l'interpretazione non possa più essere configurata come attività cognitiva bensì come «attività progettuale» che mira al raggiungimento di un risultato interpretativo¹⁰¹.

Nella piramide lineare del diritto moderno l'attività interpretativa era concepita come mera attività cognitiva finalizzata ad accertare il significato proprio ed oggettivo della legge, di talché le decisioni giudiziali fossero una riproduzione fedele della volontà legislativa senza alcun apporto creativo. In tal senso, la separazione dei poteri tra legislativo e giurisdizionale era, soprattutto, distinzione tra momento attivo e momento conoscitivo del diritto in quanto al legislatore – dimensione prescrittiva – spettava il compito di produrre il diritto, mentre al giudice – dimensione descrittiva – spettava il compito di riprodurre il diritto; e nel farlo, il giudice era chiamato anche a confermare l'estraneità del diritto ai valori.

Nella rete labirintica del diritto post-moderno, il giudice non si limita a disvelare un significato preesistente ma partecipa egli stesso ad un processo di «perfezionamento creativo della legge»¹⁰² ricostruendone il contenuto alla luce del caso concreto e innescando un'interazione dialogica con Carte e Corti europee mediante gli strumenti del rinvio pregiudiziale, dell'interpretazione conforme e della disapplicazione. Quest'attività di «mediazione produttiva tra testo e contesto»¹⁰³ è resa evidente soprattutto dall'obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione e al diritto europeo (nella sua accezione ampia, che comprende tanto la c.d. piccola Europa quanto la c.d. grande Europa) che grava su tutti i giudici nazionali. Tale compito ermeneutico mostra chiaramente come l'interpretazione non possa più essere configurata come attività cognitiva bensì come «attività progettuale»¹⁰⁴ nella quale le fattispecie nazionali interagiscono non solo con i valori costituzionali ma anche con le norme sovranazionali e con i principi di cui è intriso il diritto europeo.

100. V. Manes, 2012, 89 ss.

101. M. Vogliotti, 2016, 10 ss.

102. H. G. Gadamer (1960), trad. it. 2001, 681.

103. M. Vogliotti, 2016, 10.

104. M. Vogliotti, 2016, 10.

«Chi si mette a interpretare un testo, attua sempre un progetto»¹⁰⁵ che, nell'interpretazione conforme, consiste nell'interpretare la disposizione nazionale al fine di ricavarne un significato che sia in sintonia con una norma sovraordinata. Ciò significa che «il procedimento interpretativo deve essere orientato al raggiungimento di un risultato interpretativo, che diviene la bussola dell'attività ermeneutica a prescindere dalle regole, dagli strumenti, dagli "argomenti" tradizionalmente facenti parte dell'armamentario tecnico dell'interprete»¹⁰⁶.

Il giudice nazionale è infatti tenuto ad interpretare le norme nazionali alla luce di quelle europee così come queste ultime sono interpretate dai rispettivi interpreti qualificati: la Corte europea per la convenzione europea e la Corte di giustizia per il diritto eurounitario.

Se la configurazione monocentrica dello Stato quale unico produttore di diritto si fondava sull'idea secondo cui «non c'è caso che non possa essere regolato con una norma tratta dal sistema»¹⁰⁷ l'attuale configurazione policentrica vede invece «Corti di ordinamenti diversi dialogare tra loro al fine di trovare spunti e sostegno per risolvere questioni che sempre più spesso richiedono complesse opere ricostruttive»¹⁰⁸.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BERNARDI Alessandro, 2016, «Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali». In *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali. Atti del convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, 7-8 novembre 2014*, 7-92. ESI, Napoli.
- BIFULCO Daniela, 2008, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto": contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*. Jovene, Napoli.
- CARLIZZI Gaetano, 2012, *Contributi alla storia dell'ermeneutica giuridica contemporanea*. Scuola di Pitagora, Napoli.
- CARTUYVELS Yves, 2016, «Entre la règle et le cas: réflexions sur les raisons et les impasses d'un modèle géométrique du droit». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1: 177-209.
- DELMAS-MARTY Mireille, 1986, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*. PUF, Paris.
- EAD., 2004, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*. Giappichelli, Torino.
- EAD., 2006, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*. 2. Seuil, Paris.
- DI GIOVINE Ombretta, 2012, «Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?». *Dir. pen. cont.*, 5 novembre: 1-31.

105. H. G. Gadamer (1960), trad. it. 2001, 553.

106. F. Palazzo, 2016a, 88.

107. F. Viola, 1975, 47.

108. M. Vogliotti, 2007, 8.

- DONINI Massimo, 2011, «Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea». In Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, 63-119. Giuffrè, Milano.
- Id., 2016, «Il diritto giurisprudenziale penale». *Riv. Trim. – Dir. pen. cont.*, 3: 13-38.
- ESSER Josef, 1972, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Athenäum Fischer Taschenbuch Verl., Frankfurt a.M. (trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. ESI, Napoli 2010).
- FIANDACA Giovanni, 2001, «Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale». *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 44, 2: 353 ss.
- Id., 2002, «La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale». In Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, 3 ss. CEDAM, Padova.
- GADAMER Hans Georg, 1960, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Mohr, Tübingen (trad. it. *Verità e metodo*, a cura di Gianni Vattimo. Bompiani, Milano 2001).
- Id., 1972, «Hermeneutik als praktische Philosophie». In *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, herausgegeben von Martin Riedel, 325-344. Vol. I, Rombach, Freiburg (trad. it. «L'ermeneutica come filosofia pratica». In *La ragione nell'età della scienza*, a cura di Adriano Fabris. Il Nuovo Melangolo, Genova 1982).
- HART Herbert L. A., 1961, *The Concept of Law*. Oxford University Press, London (trad. it. *Il concetto di diritto*. Einaudi, Torino 2002).
- HASSEMER Winfried, 1968, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*. Köln u.a. (trad. it. *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica*. ESI, Napoli 2007).
- IRTI Natalino, 2016, «Un diritto incalcolabile». In Id., *Un diritto incalcolabile*, 3-18. Giappichelli, Torino.
- LUCIANI Massimo, 2007, «Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"». *Federalismi.it*, 16, 8 agosto.
- MAIELLO Vincenzo, 2010, «La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato». *Diritto penale e processo*, 4: 433-449.
- MANACORDA Stefano, 2004, *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell'opera di Mireille Delmas-Marty*. In Delmas-Marty Mireille, 2004, 31 ss.
- Id., 2011, «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?». In *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Vittorio Manes e Vladimiro Zagrebelsky, 147-201. Giuffrè, Milano.
- Id., 2013, «Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia». *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, 3: 242 ss.
- MANES Vittorio, 2006, «L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale». *Cass. pen.*, 3: 1150-1164.
- Id., 2011, «La lunga marcia della convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno». In *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Vittorio Manes e Vladimiro Zagrebelsky, 1-66. Giuffrè, Milano.

- ID., 2012, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*. Dike Giuridica Editrice, Roma.
- ID., 2014, «Il ruolo “poliedrico” del giudice penale, tra esegesi adeguatrice e vincoli di sistema». *Cass. pen.*, 5: 1918-1945.
- ID., 2017, «“Common law-isation del diritto penale?” Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future». *Cass. pen.*, 3: 955-976.
- ID., 2018, «Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di deontologia ermeneutica». *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio.
- MOCCIA Sergio, 2015, «Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana». In *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di Alfonso Maria Stile, Stefano Manacorda, Vincenzo Mongillo, 161-180. ESI, Napoli.
- MODUGNO Francesco, 1997, «Fonti del diritto (gerarchia delle fonti)». In *Enc. dir.*, Agg. I, 461 ss. Giuffrè, Milano.
- NAPOLEONI Valerio, 2012, «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». *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, 3-4: 164-176.
- OST François, 1991, «Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge». In *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, sous la direction de Pierre Bouretz, 241-272. Esprit, Paris.
- ID., 1996, «L’amour de la loi parfaite». In *L’amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés contemporaines*, sous la direction de Josiane Boulard-Ayoub, Bjarne Melkevik et Patrik Robert, 53-77. Presses de l’Université de Laval, Québec.
- ID., 2016, *À quoi sert le droit? Usages, Fonctions, Finalités*. Bruylant, Bruxelles.
- PALAZZO Francesco, 1991, «Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale». *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2: 327-355.
- ID., 2006, «Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris». In *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Giuliano Vassallo, 49 ss. ESI, Napoli.
- ID., 2007, «Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’». *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 36: 1279-1329.
- ID., 2008, «Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal». *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1: 1-21.
- ID., 2012, «Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici». *Cass. pen.*, vol. 52, 5: 1610-1627.
- ID., 2016a, «Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell’attuale momento storico». *Ars Interpretandi*, 2: 77-90.
- ID., 2016b, «Principio di legalità e giustizia penale». *Cass. pen.*, 7-8: 2695-2704.
- ID., 2016c, «Legalità fra law in the books e law in action». *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, 3: 4-12.
- ID., 2016d, «Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali». In www.lalegislazionepenale.eu, 29 gennaio.

- PALIERO Carlo Enrico, 2015, «Relazione introduttiva». In *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di Alfonso Maria Stile, Stefano Manacorda, Vincenzo Mongillo, 13-59. ESI, Napoli.
- RUGGERI Antonio, 2010, «Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario». *Rivista AIC*, 4: 2 luglio.
- Id., 2011, «Rapporti tra corte costituzionale e corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali». *Rivista AIC*, 1: 1 marzo.
- Id., 2012, «Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012)». In <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri20.pdf>.
- RUSO Roberta, 2011, «Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto». *Cass. pen.*, vol. 51, 1: 26-42.
- SATZGER Helmut, 2015, «Prospettive di un diritto penale europeo basato su una politica criminale europea». In *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di Alfonso Maria Stile, Stefano Manacorda, Vincenzo Mongillo, 85-106. ESI, Napoli.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, 2015, «Sullo stato del principio di legalità penale». In *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di Alfonso Maria Stile, Stefano Manacorda, Vincenzo Mongillo, 181-198. ESI, Napoli.
- SORRENTI Giusi, 2006, *L’interpretazione conforme a Costituzione*. Giuffrè, Milano.
- VALENTINI Vico, 2012, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*. Giuffrè, Milano.
- VASSALLI Giuliano, 2001, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*. Giuffrè, Milano.
- VIOLA Francesco, 1975. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. Celup, Palermo.
- VOGLIOTTI Massimo, 2007, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*. Giappichelli, Torino.
- Id., 2013, «Legalità». In *Enc. dir., Annali*. VI, 371-435. Giuffrè, Milano.
- Id., 2014, «La fine del “grande stile” e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica». In *L’identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, a cura di Vittoria Barsotti, 95-171. Maggioli, Santarcangelo di Romagna.
- Id., 2015. «Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna». In *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 44: 131-181.
- Id., 2016, «Introduzione». *Ars interpretandi*, 2: 7-22.
- Id., 2017, «Recensione» a Ost François, 2016. In *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 46: 854-864.

SUSANNA CRISPINO

ZACCARIA Giuseppe, 2012a, «Interpretazione della legge». In *Enc. dir., Annali*, V, 694 ss. Giuffrè, Milano.

ID., 2012b, *La comprensione del diritto*. Laterza, Roma-Bari.

ID., 2012c, «Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto». *Rivista di Filosofia del diritto*, 1: 135-152.