

Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)

Sandro Furfaro

SOMMARIO: 1. Giudicato e forma del diritto: la certezza giuridica come problema storico - 2. La storicità del giudicato e il rilievo dell'istituto oggi - 3. (Segue): I limiti espressi alla rilevanza del giudicato e lo sviluppo giurisprudenziale - 4. Il diritto e la sua forma nell'esperienza giuridica - 5. La norma e il suo significato con qualche esempio di interpretazione "creativa" - 6. Spunti ulteriori: riserva di legge sui diritti fondamentali e principio di sicurezza giuridica - 7. *Abolito criminis* e interpretazione dell'art. 673 c.p.p.

1. Giudicato e forma del diritto: la certezza giuridica come problema storico.

Non era certamente una decisione facile quella sollecitata al Giudice delle leggi da un'ordinanza di rimessione bene articolata e soprattutto solidamente fondata sull'affermazione e sull'incrocio dei principi che quotidianamente e con alterne fortune impegnano l'interprete. Il *salto* richiesto era infatti troppo ardito rispetto al garantismo *a singhiozzo* e alla rilevanza *a senso unico* del *diritto vivente* proposti dall'attuale temperie giudiziaria. Tra le spinte e le contropinte che condizionano l'affermazione del diritto e della giustizia oggi-giorno, era, dunque, pressoché scontato che il Giudice delle leggi si rifugiasse, per così dire, in quella dimensione di *assoluti* che, ormai più apparenti che reali, portano seco e ancora comunicano la *forza del diritto*: il giudicato e la legge scritta.

Pretendere di soffermarsi puntigliosamente sulle diverse proposizioni che compongono il variegato ordito della decisione *de qua*, non solo sarebbe del tutto superfluo - in quanto si finirebbe per anticipare quanto comunque risulterà chiaro in seguito - ma rischierebbe pure di alimentare ulteriormente la confusione, stemperando l'essenza del problema ed confondendolo con ciò che, invece, costituisce soltanto *discorso che intorno si agita*. Basterà dire che al di là delle argomentazioni offerte - che, in verità, con la stessa forza avrebbero potuto sorreggere anche la soluzione opposta a quella adottata - la conclusione del Giudice delle leggi è chiara: la primazia della legge scritta non si discute e, nonostante l'attività interpretativa possa determinare che il senso del testo risulti svilito e addirittura superato rispetto a quello "*fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*" e anche rispetto alla stessa "*intenzione del legislatore*" (così l'art. 12 Prel.), non è compito della Corte costituzionale promuovere *addizioni* che pur svelando il diritto-

to *al di sotto* della legge, svilirebbero, però, la *forma* di quest'ultima e, con essa, l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche e, quindi, la sicurezza che, nel caso, giudicato e legge garantiscono.

Appunto al di là delle argomentazioni, i temi fondamentali sui quali la decisione della Corte costituzionale sollecita attenzione e confronto sono quindi i seguenti: *a)* innanzi tutto, il concetto di legge e il valore della legge codificata nel sistema delle fonti; *b)* poi, il senso e la forza che ancora evoca la *cosa giudicata*, pur non rappresentando più un'*entità* intangibile; *c)* infine – ma in senso conclusivo e non certo di importanza – l'individuazione, venuta meno l'*addizione* richiesta, della soluzione migliore per soddisfare comunque le esigenze del *diritto* e perseguire la *giustizia* nell'ipotesi di interpretazione giurisprudenziale abrogatrice, in sintonia con l'esistenza di un ordito complesso di garanzie che impone la ricerca di nuove e diverse armonie tra forma e sostanza, non già in spregio ai sistemi esistenti, ma alla luce dei principi che li animano.

Prima di affrontare tali temi e verificare come pervenire *comunque* ad una soluzione della questione oggetto dell'ordinanza di rimessione, giova fermare l'attenzione proprio su quest'ultima che, diversamente dalla decisione della Corte, caratterizzata in verità da un certo affanno, si è mossa invece accortamente considerando le diverse espressioni che nei sistemi di garanzia interno e sovranazionale definiscono la legge penale, la responsabilità, la pena e i relativi principi ed è pervenuta alle seguenti conclusioni:

a) legge non è soltanto quella che promana dal potere legislativo secondo le procedure previste dalla Carta costituzionale, ma tale è pure qualsiasi *forma di diritto* che comunque si afferma come regola;

b) nel caso delle leggi penali, esclusa la retroattività di qualsiasi innovazione *in malam partem* in forza del principio di irretroattività, è, sempre conforme a diritto quella *in bonam partem*;

c) il giudicato di responsabilità penale superato dalla consolidata interpretazione che esclude la rilevanza penale del fatto non può che soggiacere alla stessa regola che ne prevede la revoca nel caso di *abolitio criminis*.

Il riferimento all'affermarsi di principi che consentono un più ampio respiro nell'interpretazione della legge e la conseguente evoluzione dei concetti assunti nel tempo a caratterizzare, fino a sedimentare, l'esigenza di *certezza del diritto*, pur se evidenziati in misura sapientemente contenuta rispetto alla questione proposta, risultano ben avvertiti dall'ordinanza di rimessione che, senza averlo detto esplicitamente, muovendo dai *valori* della legge scritta (e dal primato di essa) e del giudicato come legge del caso concreto, ha smosso una

questione di fondo: quella concernente la *storicità* delle fonti della *certezza giudiziale* e, quindi, del *diritto vigente* oggi¹. Seppure il fulcro centrale della questione dedotta (e della decisione adottata) ruota evidentemente intorno al concetto di legge e alla *forma* che il diritto assume nell'ordinamento e, in particolare, sul giudicato, al fondo, la questione che si agita e che si impone come pressante è una sola: cosa mai, oggi, sia da considerare *certo* e fino a che punto un sistema improntato alla tutela della persona e sempre più proteso a garantirla possa attribuire alle *certezze forzate* un valore tale da svilire quella tutela.

Da tale prospettiva, il problema assume una connotazione particolare, mettendo in chiaro le priorità che lo compongono. Nonostante le apparenze, non sono solo il diritto, il suo concetto e la sua forma a costituire le principali questioni rilevanti, ma il giudicato, o, per meglio dire, l'impatto che la forma del diritto (la legge scritta) ha avuto ed ancora continua ad avere sulla concezione del giudicato. Si tratta evidentemente di aspetti che, tutt'altro che secondari, contribuiscono in maniera rilevante a definire (e, se si vuole, anche ad *affollare*) un problema che, in effetti, pare non sussistere affatto laddove con spirito scevro da pretese di verità ma aderente alla realtà, il giudicato e il diritto, la forza attuale della legge scritta e l'influenza di essa sulla creazione del giudicato come un assoluto si affrontino finalmente secondo una prospettiva *storica* e, quindi, ponendo mente al sistema di valori che oggi condiziona, fino ad eliderla, ogni espressione di *certezza formale*.

Indubbiamente non è opera da poco, soprattutto per le remore che ancora segnano in negativo l'impatto dei principi fondamentali sulla interpretazione di norme ed istituti e sulla stessa attribuzione di valore precettivo alle disposizioni della Carta costituzionale e delle fonti sovranazionali portatrici di tali principi. Ma è un passo che comunque bisogna compiere per non rimanere ancorati a concezioni che, giustificate allorquando nacquero dai valori riconosciuti in quel tempo, sono venute meno con l'affermarsi (progressivo e costante) di valori diversi. E forse la via migliore da percorrere in tal senso è quella che muove appunto dalla considerazione dell'esperienza passata: se il giuridico, in ogni suo aspetto, altro non è che un *momento del reale storico*, riguardare (e considerare) l'esperienza passata è il modo migliore affinché attualmente tutti, "*illumina[ti] sulle connessioni e i condizionamenti che han-*

¹ Cos'è mai il diritto oggi se non, parafrasando EHRlich, *Soziologie des Rechts*, in *Die Geisteswissenschaften* 1913-1914, 202 ss., "come il diritto è risultato dalla evoluzione storica della società"? In tema, ampiamente soprattutto in ordine al rapporto tra studio storico del diritto e sociologia del diritto, CARRINO, *Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, Barcellona, 1993.

no operato nella formazione delle concezioni del diritto", si sia protesi verso la "migliore individuazione e comprensione di quanto si connette al nostro presente, alla molteplicità delle posizioni e delle soluzioni che nell'oggi si contendono il campo"².

Ideologie portatrici di istanze particolarmente avvertite e principi che pian piano si affermano, si intrecciano così per definire, in un determinato tempo, i precetti fondamentali dell'ordinamento e, con essi, i diritti che emergono e le esigenze che man mano scemano. Individuare *cosa* il diritto sia e il fine cui un istituto tende in quel tempo dipende quindi soltanto dall'individuazione dei *principi primi* che sorreggono l'ordinamento cui correlare il resto e dare così un senso compiuto allo stesso testo delle leggi che sovente sono preesistenti rispetto all'affermazione di tali principi. Anche in tal caso, infatti, l'esistenza di disposizioni fondamentali successive all'esistenza di corpi normativi già sistematicamente informati su regole ritenute in precedenza fondamentali, corrisponde all'esigenza di individuazione nelle formule della legge di *qualcos'altro* che a queste è sotteso e che le *giustifica* in quanto corrispondenti ai valori espressi nel presente.

La storicità degli istituti giuridici (e del diritto) sta proprio in questo: nell'attenzione correttamente orientata alla struttura dell'ordinamento e ai principi di esso e, quindi, al sistema di regole fondamentali nel quale istituti e norme si inseriscono, pur con le naturali divergenze, in un certo tempo. Se, parafrasando Esser, "ogni interpretazione è un collegamento"³ e se "il significato di ogni norma dell'ordinamento giuridico è condizionato da tutte le altre norme che in quel dato momento compongono l'ordinamento stesso"⁴, il collegamento necessario di ogni interpretazione di norme ed istituti al fine dell'individuazione del diritto è tra essi e i principi fondamentali, tali essendo, nell'esperienza di oggi, non soltanto quelli espressi dalla disposizioni costituzionali, ma pure tutte le altre, di emanazione sovranazionale, accettate nell'ordinamento.

2. La storicità del giudicato e il rilievo dell'istituto oggi.

L'esperienza del giudicato – l'esistenza stessa e la *forza* di esso, la sua esaltazione fino alla creazione del *mito* e il suo successivo contenimento verso la

² ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, 499.

³ ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di interpretazione del diritto*, Napoli, 1983, 136.

⁴ Cass., Sez. III, 26 settembre 2008, T.R. e altri, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2009, 287.

progressiva erosione – dalla prospettiva storica si salda indissolubilmente con l'esperienza della legge scritta come *forma* privilegiata del diritto. Esso, infatti, costituisce un *momento del giuridico* che proprio dall'affermarsi della legge scritta ha ricevuto un apporto tale da imporre all'interprete un'attenzione particolare. Ricordava, infatti, qualche tempo fa un'attenta dottrina come alla dilatazione del giudicato ben al di là del concetto romanistico della *res iudicata*⁵, hanno contribuito nel corso dei secoli, in una ad “*una certa qual retorica canonizzazione del processo e della funzione del diritto*” e alla “*fede nel ragionamento sillogistico quale strumento per il raggiungimento della verità*”, in maniera determinante proprio le codificazioni, che nella convinzione che “*l'esistenza di un ordine razionale di regole scritte fosse in grado di assicurare la certezza del diritto e, più in generale, di eliminare tutti gli inconvenienti che il problema della rilevazione e dell'interpretazione del diritto proponeva*”, si imposero come “*sentita necessità di riconoscere l'assoluta ed esclusiva preminenza della legge scritta ed un'unica fonte di produzione legislativa*”⁶.

Il dado, per certi versi, era tratto. Con l'avvento del “*mito della norma*”⁷, è stato il baricentro del diritto ad essersi spostato: la certezza del diritto è diventata infatti un tutt'uno con la *forza* della legge scritta, in quanto è questa che propone le regole e compone il diritto, secondo una concezione che costituisce ancora, nonostante il sempre più importante incontro con le culture giuridiche di *common law*, il modo più semplice dello stesso modo di *pensare* il diritto e la giustizia, secondo la trasposizione del *giusto* in quanto consoni al diritto che coincide con la legge.

Le conseguenze sul modo di concepire il giudicato, a tal punto, lasciano poco spazio per essere indagate e sono quasi *naturali*: in un *humus* già caratterizza-

⁵ Nel diritto romano il giudicato civile aveva efficacia soltanto rispetto alle parti, in quanto, come ha sottolineato BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, 15 ss., in un processo improntato sul principio del contraddittorio “*compito del giudice è di attuare il diritto quale regola concreta del rapporto litigioso e di questo rapporto esclusivamente, non quale regola di altri rapporti distinti, quantunque perfettamente consimili al rapporto litigioso, e neppure quale regola di altri rapporti connessi ad esso*”. Sul giudicato in diritto romano, si vedano pure le fondamentali ricerche di DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit.; ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1966; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, 1962; CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931. Sulla storia del giudicato, PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 727 ss. Sulla evoluzione storica del principio di intangibilità del giudicato, CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, 59 ss.

⁶ COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 222 ss.

⁷ Così CALASSO, *Storicità del diritto e scienza del diritto*, in AA.VV., *Raccolta in onore di Arturo Carlo Jemolo*, IV, Milano, 1963, 661.

to dalla concezione della struttura della sentenza come sillogismo, l'avvento della legge scritta come unico diritto ha determinato, infatti, che nella legge fosse individuato uno dei due termini della logica decisoria, cosicché alla sentenza *commisurata al diritto* – e, quindi alla ricerca di ciò che è tale secondo il *giusto* quale acquisibile dal costume, dalla tradizione, dal sentire comune, dal precedente e da quant'altro – si è sostituita la sentenza *commisurata alla legge scritta*, con una sovrapposizione di concetti che ha prodotto quale conseguenza ulteriore il fatto che la validità del *decisum* non fosse più connaturata alla *validità del diritto* e, quindi alla *mutevolezza del giusto*, ma, molto più prosaicamente, rapportata alla *vigenza (rectius: alla durata) della legge*. Attraverso la vitalità della legge si è rafforzata, insomma, la concezione della sentenza “*come espressione di verità o come presunzione di verità o come affermazione generatrice di certezza ufficialmente e definitivamente incontrovertibile*”⁸, in quanto fondata appunto sulla onnipotenza legislativa⁹.

Il problema non è di confutare o meno tale impostazione e il pensiero che, nel prosieguo dell'esperienza giuridica, portò all'affermazioni sempre più decisa del *giudicato* come *legge nel caso* concreto o, addirittura, come *verità* da far valere addirittura *erga omnes*¹⁰. Esso, invece, consiste nella capacità di cogliere appieno la storicità di tutto ciò e di riuscire, quindi, a cogliere l'essenza della cosa giudicata al di là delle esaltazioni offerte dall'affermarsi di una in luogo che di un'altra concezione della decisione in un certo tempo.

Se l'essenza della *cosa giudicata* null'altro è che “*la ratio stessa dell'esistenza del processo*”, che, appunto perché tale, a un certo punto deve concludersi definitivamente – in quanto è “*più importante che la sentenza sia definitiva, anche se ingiusta, piuttosto che la lite possa continuare in eterno*”¹¹ – la concezione di essa, al pari di quella riservata a qualsivoglia altro istituto giuridico è, come si diceva poc'anzi, condizionata dalla somma di concezioni che agitano e promuovono in un tempo tutto il *diritto d'intorno*. E se l'esperienza considera ancora (sia pure entro i limiti che si vedranno) il diritto condizionato dal

⁸ COPPI, *loc. cit.*

⁹ In tema di verità e diritto in relazione all'accertamento processuale, CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, Seconda ed., Torino, 2012, cap. 1, che rileva come “*nella sfera delle cose umane, non c'è verità alcuna che non si manifesti a noi come qualcosa di definitivo e perfetto, ma soltanto verità parziali – ossia allo stato delle conoscenze disponibili – ed indissolubilmente connesse all'errore, che costituisce gradi più o meno perfettibili, di approssimazione alla realtà*” (pag. 12).

¹⁰ Su tali posizioni, per tutti, ROCCO ART., *Trattato della cosa giudicata come causa estintiva dell'azione penale*, I, Roma - Bologna, 1932. Per una critica, COPPI, *op. cit.*, 234 ss., a cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia.

¹¹ COPPI, *op. cit.*, 248.

primato della legge, del giudicato non è più a dirsi come un *assoluto*, in quanto proprio il *diritto d'intorno* e soprattutto i *principi primi* che attualmente lo animano non lo consentono e determinano, anzi, che l'applicazione di qualsiasi proposizioni normativa specifica – anche di quella che, ad esempio, intendesse proclamate *apertis verbis* e senza eccezione alcuna l'intangibilità assoluta della cosa giudicata – sia sempre corrispondente ad “*una corretta percezione delle basi reali del diritto*”¹²; di quel complesso delle disposizioni che ordinano la vita di una o più collettività in un determinato momento storico e, quindi, individuano priorità da perseguire secondo i valori riconosciuti in quel momento.

Il giudicato penale, diversamente da quello civile, semmai prima lo è stato, non è più configurabile secondo lo schema della decisione destinata a regolare in via definitiva un rapporto giuridico sottostante ma, più concretamente, come pura e semplice definizione dell'iter processuale che consente l'attuazione del principio del *ne bis in idem*: questa è la realtà dell'oggi, per cui, esso, in quanto tale, non costituisce né un *principio*, né una *garanzia* e, come anche recentemente messo in luce, prescinde pure dalla possibilità di *aggancio* a qualsiasi disposizione fondamentale cui attingere per ritenerlo tale. Infatti, non è il giudicato penale *in sé* ad avere un *valore* rilevante. Esso null'altro è che una *situazione-presupposto* affinché un principio si manifesti e una garanzia si esprima. Solo *a seguito* del giudicato, infatti, si realizza quel divieto del *bis in idem*, assunto a valore fondamentale dal collegamento del principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost. dall'art. 14, § 7, Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'art. 4, § 1, Protocollo addizionale n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹³.

Dalle diverse formule di tali disposizioni fondamentali e dai divieti che esse prevedono quel che si ricava è che il diritto nel tempo presente impedisce la “*illimitata ripetizione dei comandi in relazione ad uno stesso fatto e a una stessa persona*” al fine di garantire “*al singolo la sicurezza dei suoi diritti*”¹⁴ e,

¹² DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1986, 12 ss.

¹³ In tema, con spunti critici, SERGES, *Il “valore” del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. It.*, 2009, 2824; CORBI, *Il giudicato penale: profili costituzionali e di diritto comparato* - Relazione all'incontro di studi indetto dal C.S.M. su *Giudicato penale, esecuzione e pena*, Firenze, 26 novembre 2007, in *www.CSM.it*; CALLARI, *La firmitas*, cit., 146 ss.; MOSCARINI, *L'omessa valutazione alla prova favorevole all'imputato*, Padova, 2005, 55; D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003, 162.

¹⁴ Così, DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 93, sulla stessa *lunghezza d'onda* di CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, 291; LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1956, 167 ss.; CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano,

quindi, la sua libertà. A voler speculare sulla strutturazione di tale guarentigia (e, quindi, non solo sul fine di essa, ma pure sull'essenza che in estrema sintesi definisce il rilievo del giudicato nell'ordinamento) pare potersi tranquillamente dire che il divieto del *bis in idem* costituisce, come s'è detto, un principio e una garanzia in quanto determina una situazione di essenziale *esaurimento* dell'azione penale a seguito dell'esercizio della stessa conclusosi con una decisione di merito¹⁵.

Superata la considerazione del giudicato come *assoluto* ed assegnata ad esso l'unica funzione che gli è congeniale secondo Carta costituzionale, le fonti sovranazionali e, in definitiva, il diritto quale attualmente si esprime attraverso i principi, di ciò pare necessario prendere atto, a prescindere (o quasi) dal senso che assume o può assumere la legge scritta che regola (o pretende di regolare) la materia. E se, per di più, si vive una *temperie giuridica* nella quale ad emergere con sempre maggiore evidenza è la concezione del giudicato penale come uno dei *momenti* del processo che, dall'esercizio dell'azione, evolve fino alla esecuzione della sanzione¹⁶, da ciò bisogna trarre tutte le conse-

1966, 197; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, 35. In tema, volendo, pure FURFARO, *Quid juris? sub art. 673*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Terza ed., 2008, 3347.

¹⁵ Tale aspetto pare non sia stato adeguatamente considerato dalla dottrina volta all'individuazione delle fondamenta costituzionali del *ne bis in idem* nell'art. 27, co. 2. Cost. e l'argomento necessiterebbe di adeguato approfondimento. Se ne accenna soltanto, anche a mo' di sollecitazione in proposito. L'azione nei confronti di taluno su un fatto reato si esaurisce con la decisione di merito in quanto essa non è una generica domanda utile a qualsivoglia decisione, ma è invece una richiesta *di merito* su quel fatto e sul suo presunto autore. L'azione, infatti, con i limiti segnati dalle situazioni che condizionano il procedere, ha la sua concretezza nella finalizzazione del provvedimento richiesto che ha sempre ad oggetto il merito dell'imputazione, ovvero, come icasticamente affermato in tempi non recenti, "*semplicemente ed obbiettivamente un'imputazione di reato*" (SABATINI GU., *Principi di diritto processuale penale*, I, Catania, 1948, 300). Essa, dunque, conferisce *identità* ed *unicità* al processo di accertamento e proprio per tale ragione è irripetibile una volta divenuta definitiva la sentenza. L'esaurimento dell'azione, dunque, coincide con la definitività della decisione di merito; di qualsiasi decisione di merito, posto, a parte il resto, già la garanzia di non considerare colpevole chi non sia stato condannato con sentenza definitiva contiene *in sé* la garanzia di non perseguire più l'innocente già giudicato tale, risultando, il contrario, del tutto irragionevole. Va detto, *per incidens*, che in tal senso la formula utilizzata dall'art. 90, co. 2, del Codice di procedura del 1930, nonostante fosse precedente alle suddette disposizioni fondamentali, era certamente più appropriata rispetto alla formulazione del vigente art. 649, co. 2, c.p.p., laddove, nel caso di violazione del divieto e di "*nuovo inizio del procedimento*", imponeva al giudice, non già una sentenza di proscioglimento da definire nella causa, ma una sentenza di non luogo a procedere "*perché l'azione penale non poteva essere esercitata*".

¹⁶ Su tale prospettiva d'indagine, GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, 43 ss. e, già prima, GAITO, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, Torino, 1998, 1 ss. Già SABATINI GIU., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 730 ss. individuava nell'esecuzione una *fase* del processo.

guenze utili a delineare un sistema nel quale è proprio “*l’adeguamento continuo del giudicato e della sanzione*”¹⁷ a far risaltare la funzione di garanzia che gli é propria e che consente che di *cosa giudicata* si possa (e di debba) ancora parlare.

Abbandonato *in toto* ogni riferimento ad una *certezza delle situazioni giuridiche* che in sostanza tradisce la *summa iniuria*, è necessario che si riconosca conforme al diritto di oggi il principio del giudicato quale, appunto, esso è: non più “*una presunzione legale di verità, in cui la certezza è autoritativamente tutelata anche a costo della sua possibile falsità*”¹⁸, ma una garanzia di sicurezza del cittadino e della sua libertà. La *certezza giuridica nel caso concreto* assunta come funzione di garanzia *erga omnes* non è più conforme all’ordine della vita sociale, in quanto la democrazia, che è il regime della più ampia tutela della personalità umana, non può tollerare che la *certezza imposta* finisca con lo “*schacciare una esigenza di giustizia che tocca interessi fondamentali della persona e per ciò stesso un interesse generale della società*”¹⁹. Indiscutibile, dunque, che non possa essere consentito di riproporre *ad libitum* il riesame di una causa definita irrevocabilmente posto che ciò determinerebbe lo scardinamento della funzione giurisdizionale; parimenti indiscutibile, però, che allorquando l’ingiustizia di una qualsiasi decisione è colta “*non già mediante il riesame del materiale di giudizio, bensì mediante nuovi elementi di giudizio*”, quali che essi siano, l’esigenza di porre riparo coincide evidentemente con l’ “*urgenza di ristabilire la giustizia offesa*”²⁰.

Proprio in tema di *giudicato*, di *sicurezza giuridica*, di *legalità* e di *giustizia* – di tutti i temi oggetto di considerazione da parte della decisione della Corte costituzionale, insomma – pare ormai tempo di porre mano ad attuare completamente quanto più di cinquant’anni orsono proponeva quell’Autorevole dottrina che, dopo avere ricordato che “*il giudicato su rapporti indisponibili tanto guadagna in estensione quanto perde in rigidità*”, riflettendo sul “*duplice fondamento del giudicato penale: il giudicato come espressione della autorità dello Stato, il giudicato come esigenza di sicurezza giuridica instaurata con la decisione*”, sottolineava come sia proprio “*la certezza del diritto connotata*

¹⁷ GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Torino, 2012, 3, che riprende CARNELUTTI, *La cosa giudicata e l’elasticità della pena*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, 103.

¹⁸ FERRAJOLI, *op. loc. cit.*

¹⁹ LEONE, *op. cit.*, 173.

²⁰ Così RANALDI, *Un ulteriore passo avanti verso il «giudicato aperto»: i dilatati poteri del giudice dell’esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad abolitio criminis*, in *Giur. It.*, 2007, 730.

nella legge” a non costituire ostacolo ad istanze che rimuovano situazioni di ingiustizia create in precedenza, concludendo significativamente che “*consentendo al potere legislativo la rivalutazione di un’astratta situazione che ha potuto dar luogo ad una definizione giurisdizionale irrevocabile e negando all’incontro alla giurisdizione la rivalutazione di situazioni concrete definite col giudicato, si viene a creare una disuguaglianza tra l’autorità della legge e l’autorità del giudicato priva di qualsiasi giustificazione; giustificazione che non può ritrovarsi neppure nella differenza tra il carattere astratto della legge ed il carattere concreto della sentenza*”²¹.

3. (Segue): I limiti espressi alla rilevanza del giudicato e lo sviluppo giurisprudenziale.

Va detto che, in tal senso, l’opera, già iniziata da tempo, ha subito una rilevante accelerazione a seguito delle sollecitazioni provenienti dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell’Uomo, che pur nella diversità dei casi trattati hanno determinato che con maggior impegno si attendesse a quella *erosione* del monolite del giudicato che comunque era già in corso e che, oltre la revisione, aveva già prodotto, sotto la vigenza del Codice di procedura penale del 1930, la previsione dell’esecuzione della sentenza *più favorevole* nel caso di più giudicati per lo stesso fatto a carico della stessa persona con l’*annullamento* delle altre sentenze (art. 579)²², e sotto la vigenza dell’attuale, tutta quella serie di *rimedi esecutivi* che ha spaziato dalle *questioni sul titolo esecutivo* (art. 670) fino alla revoca della sentenza per *abolitio criminis* (art. 673) e ha favorito una decisa attività interpretativa che, raccordando le norme coi principi, ha determinato l’approdo verso una concezione *flessibile* del giudicato, in attesa, appunto, che esso si affermi pienamente come *giudicato aperto*²³.

²¹ LEONE, *op. cit.*, 173-174.

²² Come sottolinea GIUNCHEDI, *op. loc. cit.*, ricordando GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlino, 1925, 428, la norma, al pari di quella di cui al vigente art. 669 c.p.p. in quanto “*chiaro sintomo di una concezione ispirata non ad un criterio cronologico (la pronuncia divenuta irrevocabile per prima), ma piuttosto al principio del favor rei*”, comportava inevitabili ripercussioni sul piano della coerenza, in quanto “*fa prevalere la sentenza assolutoria indipendentemente dalla sua giustezza o erroneità*” e, quindi, in forza del principio, prescinde “*dalla corretta applicazione del diritto obiettivo*”. In tal senso, già MANZINI, *Diritto processuale penale italiano*, Quinta ed., IV, Torino, 1956, 711, rilevava come nel caso di decisione assolutoria erronea, “*la sentenza erronea deve avere la preferenza su quella giusta*”.

²³ Sulla *lunga marcia* per rimuovere l’errore giudiziario e il *giudicato flessibile*, GIUNCHEDI, *op. cit.*, 5 ss., cui si rimanda anche per l’ampia bibliografia.

A tale produzione normativa si è aggiunto pure un intervento rilevante ai fini che qui interessano: il ricorso straordinario per cassazione per errore materiale o di fatto previsto dall'art. 625-*bis* c.p.p., introdotto con la L. 26 marzo 2001, n. 128²⁴ che, sia pure entro i ristrettissimi limiti entro i quali è previsto²⁵, risolvendo il problema del controllo dell'esattezza delle decisioni incensurabili della Corte di cassazione²⁶ ed "*affiancandosi alla revisione*", ha consentito "*una significativa svolta culturale*" che appare ben più rilevante di quella "*sistemica in linea con i parametri del giusto processo*" messa in luce dalla dottrina²⁷, in quanto più incisiva in relazione alla concezione stessa di un qualcosa che, al di fuori dei principi, possa essere ritenuta intangibile nonostante l'errore di essa.

Revisione e ricorso straordinario si pongono, infatti, in prospettiva tale da determinare che la *ratio* che li sottende – costituita dall'avvertita esigenza di prevalenza della sostanza sulla forma – si affermi ben al di là di essi, definendo un concetto di generale *instabilità delle decisioni* che, suscettibili di essere rimesse in discussione in presenza di un *quid novi* ovvero della rilevazione di un errore, non può che costituire la base, intanto per confermare che l'istituto del giudicato si risolve esclusivamente nella garanzia che s'è detta; poi, per affrontare il tema dei rimedi avverso il giudicato iniquo adattando tutti gli

²⁴ Sul quale, diffusamente, BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004; GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano, 2005.

²⁵ A mente di Cass., Sez. Un., 14 novembre 2011, Corsini, in *Giur. It.*, 2012, 917, "*L'errore di fatto oggetto del rimedio previsto dall'art. 625 bis c.p.p. consiste in un errore percettivo, causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio, che abbia influito sul processo formativo della volontà, sì da condurre ad una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata senza di esso. Qualora la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia comunque contenuto valutativo, non è configurabile un errore di fatto, bensì di giudizio, come tale escluso dall'orizzonte del rimedio straordinario*". Nello stesso senso, tra le altre, Cass., Sez. Un., 27 marzo 2002, Basile, in *Mass. Uff.*, 221280 e Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2009, Bonanni, *ivi*, 243668.

²⁶ In relazione al quale, proprio nella prospettiva storica, va ripreso il pensiero di GIARDA, *Ancora sull'intangibilità assoluta delle sentenze della Corte di cassazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, 923, che sottolineava come "*il mito dell'infallibilità della Corte Suprema appartiene ad altri tempi, per molteplici motivi che sarebbe in ogni caso opportuno discutere e dibattere in qualche appropriata sede; sta di fatto che certi dicta dei giudici di legittimità appaiono più il frutto di decisioni affrettate e routinarie che il distillato di meditata nomofilachia*".

²⁷ I virgolettati sono di GIUNCHEDI, *op. cit.*, 6-8, che ricorda (nota 29) come BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, cit., VII, abbia sottolineato il fatto che "*a seguito della recente riforma, anche sul versante delle pronunce della cassazione trova, oggi, cittadinanza il principio secondo cui la credibilità della giurisdizione si fonda non solo sulla ragionevolezza della decisione, ma anche sulla legalità della formazione del convincimento del giudice in relazione alla sua corrispondenza alle risultanze processuali*".

strumenti esistenti per la realizzazione dell'effettiva giustizia. Tutto ciò, secondo quel percorso, tutt'altro che nuovo, costituito dall'interpretazione che, proprio in tema di giudicato e di rimozione di quello ingiusto²⁸, ha condotto all'ampliamento dei concetti in tema di revisione e all'estensione stessa degli istituti *in executivis* supplendo così all'inerzia del legislatore che evidentemente favoriva (così come ancora favorisce) facili arrocchi sulle formule *chiuse* delle relative norme.

L'espansione del concetto di *prova nuova*²⁹ in tema di revisione e l'estensione dell'istituto della revocazione *ex art. 625-bis* c.p.p. ad alcuni *casi critici* che imponevano la rimozione del giudicato a seguito di decisione della Corte europea di non equità del giudizio³⁰ hanno ampliato le strette maglie delle relative disposizioni normative e costituiscono evidentemente un passo importante verso la rimozione degli ostacoli per l'affermazione della giustizia. Ad esse si sono affiancati – in maniera più copiosa e, per certi versi, più incisiva per ciò che qui interessa – gli interventi della giurisprudenza sull'interpretazione degli istituti della fase esecutiva, laddove, con un andamento caratterizzato da una costante prospettiva d'approccio rivolta ai principi, si è pervenuti ad un tale ampliamento della *portata della norma* da risultarne, a volte, il testo di essa del tutto svilito.

²⁸ Sull'utilizzazione dei rimedi previsti *in executivis* al fine di intervenire sul giudicato, DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 44 ss.; DELLA MONICA, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, IV Agg., Torino, 2008, 406 ss.; GATTO-RANALDI, *op. cit.*, 51 ss.

²⁹ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, Pisano, in *Cass. pen.*, 2002, 1952, ha stabilito che “*in tema di revisione, per prove nuove rilevanti a norma dell'art. 630, lett. c), c.p.p. ai fini dell'ammissibilità della relativa istanza devono intendersi non solo le prove sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna e quelle scoperte successivamente ad essa, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio ovvero acquisite, ma non valutate neanche implicitamente, purché non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice, e indipendentemente dalla circostanza che l'omessa conoscenza da parte di quest'ultimo sia imputabile a comportamento processuale negligente o addirittura doloso del condannato, rilevante solo ai fini del diritto alla riparazione dell'errore giudiziario*”. Sul tema, di recente, CALLARI, *La revisione*, cit., 164 ss.; CAVALLARO, *Il novum probatorio nel giudizio di revisione*, Milano, 2011. Già prima, FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008.

³⁰ A Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, 1457, secondo cui “*può farsi ricorso alla procedura straordinaria di cui all'art. 625 bis c.p.p. per dare esecuzione ad una sentenza della Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che ha rilevato una violazione del diritto di difesa occorsa nel giudizio di legittimità e che abbia resa iniqua la sentenza della Corte di cassazione, indicando nella riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, la misura interna per porre rimedio alla violazione contestata*”, ha fatto riscontro, Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Giur. It.*, 2010, 2643, che sia pure in ossequio al principio di economia dei mezzi processuali e a quello di ragionevole durata del procedimento, ha ritenuto applicabile l'istituto della revocazione per errore di fatto nel caso di decisione della Corte europea che accerti l'iniquità della decisione interna non attente alla formazione della prova o all'accertamento della responsabilità penale o alla qualificazione giuridica del fatto, ma solo al trattamento sanzionatorio ritenuto non conforme alla disciplina dell'art. 7 della C.e.d.u.

Il fenomeno, ancora in crescita come si vedrà, si è sviluppato su entrambe le *facce* della fase esecutiva: sul valore del giudicato e la sua tangibilità; e, pure, sulla strutturazione del procedere *in esecutivis*. A volte, facendo di necessità virtù, per poter dare attuazione ai *dicta* della Corte europea diversamente improduttivi di effetto nonostante l'art. 46 C.e.d.u.³¹; altre volte, invece, fermando l'attenzione sulla necessità di tentare una certa armonizzazione del rudimentale sistema procedimentale previsto dall'art. 666 c.p.p. rispetto alle regole del *giusto processo*³², la giurisprudenza ha prodotto interpretazioni innovative che, quand'anche occasionate dalla necessità di supplire alle deficienze della legge, si sono via via affermate come le uniche *regole* sorrette dai principi e dai valori affermati dalle disposizioni fondamentali. Tralasciando gli interventi sul procedimento *in esecutivis* che qui poco o nulla interessano³³, di quelli concernenti la correzione, fino alla revoca, del giudicato e, quindi affe-

³¹ La norma vuole che la sentenza definitiva della Corte sia trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione e che, ove ritenga che la parte contraente rifiuti di conformarsi ad essa, possa, dopo averla ammonita, deferirla alla Corte, che, a sua volta, nel caso in cui accerti la violazione, rinvia la causa allo stesso Comitato affinché esamini le misure da adottare. Tale meccanismo è stato accettato senza riserve dall'Italia, con una scelta che, davvero chiaramente indicativa di una precisa volontà del legislatore di accettare incondizionatamente la forza vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo, impone, sì, all'ordinamento interno di conformarsi alla decisione della Corte, ma senza stravolgerne il senso e, soprattutto, senza trascurare che tale conformazione si realizza compiutamente solo col venir meno del giudicato. In tema, volendo, FURFARO, *L'esecuzione delle decisioni europee di condanna: riflessioni sullo "stato dell'arte" anche in prospettiva di scelte normative*, in *Giur. It.*, 2010, 2643.

³² Va ricordato, *per incidens*, che le direttive 96 e 98 della legge-delega del 1987 imponevano di introdurre le "garanzie di giurisdizionalità nella fase della esecuzione, con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza", di assicurare il "contraddittorio nei procedimenti incidentali in materia di esecuzione" e di effettuare il meditato "coordinamento ... dei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza ... con i principi della legge delega ... anche attraverso la regolamentazione delle competenze degli organi" e che il tentativo di delineare l'organica ricostruzione dell'esecuzione (soprattutto in relazione ai valori indefettibili della terzietà del giudice e della separazione dei ruoli e delle funzioni) è abortito sul nascere a cagione dell'atteggiamento di generale disimpegno che, per dirne una soltanto, non ha mai espresso perplessità o dubbi sulla compatibilità dell'impianto delle norme sull'esecuzione con la direttiva 104 della legge-delega che, richiedendo l'"adeguamento di tutti gli istituti processuali ai principi e criteri innanzi determinati", imponeva ben diverso approccio agli interventi *in executivis*, ed in special modo ai controlli sui provvedimenti concernenti pene e misure di sicurezza. In tema, GAITO-RANALDI, *op. cit.*, 187.

³³ Tra i quali si segnalano, comunque, le *aperture* in tema di procedimento di opposizione *ex art.* 667 c.p.p. e sulla necessità della seconda udienza camerale partecipata anche nel caso in cui il giudice dell'esecuzione abbia proceduto nella pienezza del contraddittorio e non solo *de plano*. In tal senso, Cass., Sez. I, 13 novembre 2008, Valletta, in *Mass. Uff.*, 242510; e Cass., Sez. VI, 22 settembre 2010, M.F., *ivi*, 248633, secondo le quali cui, diversamente, il ricorrente "sarebbe privato della fase del riesame del provvedimento da parte del giudice dell'esecuzione, il quale, al contrario del giudice di legittimità, ha cognizione piena delle doglianze ed è il giudice deputato a prendere in esame tutte le questioni che il ricorrente non è stato in grado di sottoporre ad un giudice di merito in quanto sostanzialmente privato di un grado di giudizio".

renti al *valore relativo* di esso giova dal conto, al fine di verificare, appunto, come tutta quanta la *filosofia* che li ha determinati risiede, come recentemente ribadito, sulla constatazione che “*in ogni ramo dell’ordinamento, non può che considerarsi contraria al principio di ragionevolezza, e cioè ad un fisiologico equilibrio tra sistema legislativo e valori costituzionali, il permanere di un effetto ove giuridicamente annullata la sua premessa*”³⁴.

E si ha, dunque, che a seguito della fondamentale “Sentenza Cat Berro”³⁵ che ha ritenuto che lo strumento più acconcio per determinare l’eseguibilità di una condanna interna riportata all’esito di un processo ritenuto iniquo dalla Corte europea dei diritti dell’uomo fosse l’incidente di esecuzione e che, quindi, ha fissato in linea di principio la vulnerabilità del giudicato, individuando il percorso per eliderlo o revocarlo del tutto, lo sviluppo interpretativo è notevole, segnato da due importantissimi approdi interpretativi. Il primo, proposto dalla “Sentenza Somogyi”³⁶, secondo cui, siccome “*qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell’art. 6 C.e.d.u. posta in essere dall’autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi istituzionalmente) a collidere con un giudicato nazionale*” è la tangibilità di quest’ultimo a dover essere affermata, anche perché lo stesso il principio di intangibilità, giuste le previsioni della revisione e del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p., “*nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto*”. L’altro – che può dirsi indubbiamente *a seguito* –

³⁴ LA ROCCA, *Ulteriori progressi giurisprudenziali verso la riapertura del giudicato*, in *Giur. It.*, 2012, 2394, che riprende GATO, *Dagli interventi correttivi sull’esecuzione della pena all’adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. Cost.*, 1996, 892 e ricorda che già PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 568, evidenziava come “*la stabilità della decisione processuale ha ragion d’essere solo fino a quando non si scontri in una superiore ragione di opportunità o necessità sociale*”.

³⁵ Si tratta di Cass., Sez. I, 22 settembre 2005, Cat Berro, in *Cass. pen.*, 2006, 3171, che, intervenuta a seguito di ricorso avverso decisione del giudice dell’esecuzione di inammissibilità della questione di eseguibilità del giudicato formatosi a seguito giudizio contumaciaie ritenuto convenzionalmente illegittimo, ha stabilito che “*la tematica dell’incidenza delle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo sul giudicato formatosi a seguito di sentenza di condanna emessa dal giudice nazionale all’esito di un procedimento giudicato in violazione del principio del giusto processo ha natura complessa: pertanto non può essere esaminata, su ricorso dell’interessato, con procedura de plano ma deve essere decisa in contraddittorio*”. Sulla portata della decisione, SELVAGGI, *I dispositivi della Corte europea possono travolgere il giudicato*, in *Guida dir.*, 2005, 43, 86; TUCCI, *Libertà fondamentali violate: quali rimedi post iudicatum?*, in *Giur. it.*, 2006, 1936.

³⁶ Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, in *Mass. uff.*, 235035, sulla quale, in particolare, GIUNCHEDI, *Ricorso accolto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e dogma del giudicato*, in *Giur. it.*, 2007, 1227; TAMIELTI, *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura dei processi*, in *Cass. pen.*, 2007, 1015.

proposto dalla “Sentenza Dorigo”³⁷, che ha ritenuto che quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall’art. 6 C.e.d.u. e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio “*il giudice dell’esecuzione deve dichiarare, a norma dell’art. 670 c.p.p., l’ineseguibilità del giudicato*”.

La strada era tracciata e il cammino successivo ovviamente conseguente. Pur con l’individuazione di percorsi procedurali diversi, l’ineseguibilità del giudicato – quanto dire, il venir meno del valore di esso – nei casi di contrasto con le decisioni sovranazionali è stata confermata nel tempo tanto dalla “Sentenza Drassich”³⁸ che ha individuato l’istituto di cui all’art. 625 *bis* c.p.p. come strumento migliore per porre rimedio al contrasto, quanto dalla “Sentenza Scoppola”³⁹ che, pur ritenendo *utile* allo stesso fine la revocazione per errore di fatto giustificata da esigenze di economia processuale, ha indicato nell’istituto *ex art.* 670 c.p.p. lo strumento elettivo alla bisogna, aprendo, viepiù, il problema dell’applicazione dei principi stabiliti dalla decisione della Corte europea ai casi simili senza sviluppo in sede sovranazionale, oggetto di diversi orientamenti da parte della giurisprudenza di legittimità⁴⁰ che le Sezioni Unite hanno ritenuto meritevole di scrutinio di legittimità sul punto concernente la compatibilità della normativa interna di riferimento con il princi-

³⁷ Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, P.M. in proc. Dorigo, in *Mass. Uff.*, 235447, sulla quale, in particolare, TUCCI, *Violazione dell’equo processo accertata da Strasburgo e paralisi del giudicato*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, 1338.

³⁸ Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, 1457, sulla quale, in particolare, QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011; 250 ss.; KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2514 ss.; ZACCHE, *Cassazione e iura novit causa nel caso Drassich*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 81 ss.

³⁹ Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, cit., sulla quale, FURFARO, *L’esecuzione delle decisioni europee di condanna*, cit.

⁴⁰ A Cass., Sez. I, 18 gennaio 2011, R.P., in *Mass. Uff.*, 249328, secondo cui “*Il giudice dell’esecuzione non ha il potere di dichiarare l’inefficacia di un giudicato, fuori dal caso in cui debba darsi esecuzione ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbia accertato l’avvenuta violazione del diritto all’equo processo nell’emissione della pronuncia di condanna*”, si è opposto l’indirizzo segnato da Cass., Sez. I, 2 dicembre 2011, Avignone, in *Mass. Uff.*, 252211 e Cass., Sez. I, 10 gennaio 2012, Guidi, in *Mass. Uff.*, 251857, per il quale, in sostanza, il condannato che si trovi nella medesima situazione decisa dalla Corte europea nel caso Scoppola, ha diritto ad ottenere la revoca della condanna e la conseguente riduzione della pena. In tema, GAITO-SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 1202, nonché, esaustivamente, GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, cit., 22 ss.

pio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 C.e.d.u., ritenendo che il giudice ordinario non possa risolvere il contrasto tra legge interna e norma convenzionale evidenziato dalla Corte di Strasburgo, provvedendo direttamente a disapplicare la prima¹¹.

L'impulso all'estensione per via interpretativa degli istituti processuali provenuto dalla necessità di dare attuazione ai *dicta* della Corte europea, ha prodotto e produce frutti ulteriori rispetto a ciò che lo ha determinato, e, anche al fine di evitare contraddizioni sul valore del giudicato difficilmente giustificabili oltre che poco consone ai beni della vita e ai valori fondamentali in discussione, ha imposto decise prese di posizione al di là della risoluzione dei problemi di inconciliabilità di esso con le sentenze della Corte europea.

L'elaborazione giurisprudenziale ha condotto, ad esempio, ad un'interpretazione del principio del *ne bis in idem* al di là degli stringenti limiti dell'art. 649 c.p.p. che, in una prospettiva destinata sia all'organo giudicante che al pubblico ministero, ha di fatto affermato un vero e proprio principio di preclusione-consumazione dell'azione così argomentato: se "*in pendenza di un procedimento definito con sentenza di primo grado non irrevocabile, non è consentito celebrare, per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona, un nuovo processo, atteso che il principio del 'ne bis in idem', il quale tende ad evitare che per lo stesso fatto-reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, ha portata generale e più ampia di quella formalmente espressa dall'art. 649 cod. proc. pen.*"¹², conseguentemente, "*non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del P.M., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità*"¹³.

Per altro, già prima degli interventi suddetti, la Corte costituzionale, leggendo la norma di cui all'art. 673 c.p.p. come "*un reciso mutamento di tendenza rispetto alle prescrizioni dell'art. 2, comma secondo, c.p.*" spiegava come, mentre secondo quest'ultima norma l'*abolitio criminis* "*non spiega effetti sul giudicato ma esaurisce la sua valenza demolitoria sull'esecuzione della sentenza, senza alcuna efficacia risolutiva della decisione divenuta irrevocabile*",

¹¹ Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, Ercolano, in *Mass. Uff.*, 252933.

¹² Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2002, Sulsenti, in *Mass. Uff.*, 222736.

¹³ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, P.G. in proc. Donati, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 719.

con l'art. 673, invece, “*in concomitanza con i più penetranti poteri riconosciuti al giudice dell' esecuzione ed in puntuale coerenza con il processo di integrale giurisdizionalizzazione di ogni momento di tale fase, la decisione viene ad incidere direttamente, cancellandola, sulla sentenza del giudice della cognizione*”⁴⁴.

Nulla di cui stupirsi, quindi, se recentemente, superando la lettera della legge – proprio l'art. 673 c.p.p. nella parte in cui fa riferimento alla pronuncia di incostituzionalità della *norma incriminatrice*⁴⁵ – la giurisprudenza, sulla scorta del principio ricavabile dal combinato disposto dagli artt. 136 Cost. e 30, co. 3 e 4 della L. n. 87 del 1953, ha ritenuto che “*in riferimento alla esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima, spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omesso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze*”⁴⁶.

Quest'ultimo approdo – che offre in motivazione la considerazione, secondo cui la norma di cui all'art. 673 c.p.p., in quanto “*completa la disciplina generale sostanziale in materia di successione della legge penale nel tempo e di efficacia delle sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale ... non esclude l'operatività di tutte le diverse ipotesi in cui la legge penale sostanziale mitior sopravvenuta è riconosciuta idonea ad incidere sul giudicato di condanna*” – impone la considerazione, non tanto di cosa debba intendersi attualmente per *legge*, ma cosa mai oggi giorno produca *diritto* e quale sia (attualmente) il rapporto tra il *diritto* e la legge scritta.

4. Il diritto e la sua forma nell'esperienza giuridica.

Ovviamente, ritorna ancora la storicità dell'esperienza giuridica. Pur se definito nel modo più semplice – come l'insieme di norme che regolano la convivenza civile di una collettività di persone in un determinato momento storico

⁴⁴ Corte cost., ord. 3 aprile 1996, n. 96, in *Giur. Cost.*, 1996, 882, in tema di *revoca parziale a seguito di abolitio criminis* per taluno dei reati ritenuti in continuazione e di conseguente rideterminazione della pena residua.

⁴⁵ Tale essendo nell'*economia* della disposizione processuale, quella che, come rileva LA ROCCA, *Ulteriori progressi giurisprudenziali*, cit., si riferisce alla “*fattispecie che prevede un autonomo titolo di reato, con esclusione di qualsiasi norma penale che possa, comunque, incidere sulla punibilità o sulla pena*”.

⁴⁶ Così, Cass., Sez. I, 6 dicembre 2011, P.M. in proc. Hauohu, in *Giur. It.*, 2012, 2392.

– tale apparente semplicità non fa che *spostare il tiro* dell'indagine da *ciò che è a ciò che produce* il diritto in un determinato momento della storia. Se, infatti, del diritto si può dire anche in termini di puro concetto – considerando, quindi, come *fenomeno costante* la predisposizione di regole volte a dar vita e a mantenere una società organizzata e, quindi, al di fuori dei sistemi positivi – scendendo più nel concreto è proprio l'esperienza storica che produce il fenomeno giuridico a superare, pur confermando, tale concetto, per cui l'individuazione del diritto si consolida nell'individuazione delle *fonti di produzione* di quel complesso di disposizioni che, per necessità di cose, anch'esse, come le norme prodotte, si incrociano e si intersecano tra loro secondo le diverse relazioni che in un certo momento la società impone.

S'è visto come, con le codificazioni e l'avvento del *mito della norma*, si sia spostato il baricentro del diritto. La *forza* della legge scritta, infatti, risultava al tempo impareggiabile garanzia, avvertita come tale, tanto dalla classe politica conservatrice, preoccupata di consolidare il potere evitando il decentramento e il pluralismo normativo, quanto da quella liberale che intravedeva nell'impero di essa l'affermazione della certezza del diritto contro gli arbitri. La necessaria conseguenza di ciò è stato il progressivo formarsi di una concezione logico-formale del diritto che, sul piano della scienza, sfociò nel positivismo giuridico che ancora anima e pervade le concezioni di diritto, legge, interpretazione e che, sostanzialmente, individua in un sistema chiuso e definito di atti le fonti della produzione del diritto.

Evidente che non possa essere questa la sede per indugiare sul positivismo giuridico, sui suoi indubbi meriti e i suoi difetti⁴⁷, proseguendo nell'impostazione di chi ritiene che la storia non si giudica ma si studia, non si può fare a meno di rilevare come effettivamente la legge scritta, non soltanto ha rappresentato e continua a rappresentare lo strumento che maggiormente assicura la sicurezza dei cittadini, ma come, proprio essa, abbia rappresentato e rappresenti tuttora il paradigma di qualsiasi forma di regolamentazione anche al di là dell'ambito schiettamente pubblico fino a costituire – incredibile a dirsi – la base formale sulla quale oggi, spinta dalla globalizzazione, fermenta una concezione del diritto che, abbandonate le geometrie rigorose e le maglie della regolamentazione generale e astratta, tende, invece, verso la

⁴⁷ Per tutti, BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1996. Sull'importanza delle codificazioni per la formazione della concezione logico-formale del diritto, ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1949.

“regolazione”⁴⁸ delle situazioni e dei rapporti secondo una concezione del diritto che “*se caractérise par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des société qu’il prétend régir*”⁴⁹.

Come esattamente rileva la dottrina, “*non c’è più spazio per il legislatore demiurgo*” e “*l’approccio costruttivista sancisce l’emancipazione del diritto tanto dall’ipoteca statolatrica quanto dai ricatti dell’economia e della sociologia*”⁵⁰. E seppure non può dirsi che il diritto abbia assunto il carattere *autopoietico* che qualcuno ritiene di intravedere⁵¹, e pur vero che ormai “*atti e fatti non giuridici si impongono come giuridici e piuttosto che essere ammessi alla giuridicità da soggetti ufficiali, sono essi a costituire dei soggetti non ufficiali come soggetti giuridici*”⁵² e che, stando così le cose, “*non vi è [più] il tempo per far sedimentare grandi costruzioni dogmatiche, né per coltivare il lusso della dissertazione disinteressata*”⁵³.

L’attuale *temperie* è, dunque, caratterizzata dalla “*moltiplicazione dei protagonisti della creazione giuridica*”⁵⁴ e da ciò bisogna partire per comprendere come sia ormai ora di considerare l’imperante pluralismo delle fonti, non come un pericolo dal quale salvaguardarsi attraverso l’esaltazione dei dati formali che hanno evocato finora l’idea stessa di diritto, ma come il normale *modo di produzione* del diritto nel tempo attuale. Venute meno le certezze che lo *Stato chiuso* garantiva, il “*declino della classica riduzione della norma a comando-sanzione*”⁵⁵ sgancia l’interprete dall’obbligo del rispetto degli stessi termini della norma in nome della necessaria *comparazione*⁵⁶ col sistema più

⁴⁸ Così MANNONI, *Globalizzazione, diritto, stato*, in AA.VV., *Ordo juris. Storia e forme dell’esperienza giuridica*, Milano, 2003, 364, che sottolinea come “*la cartina di tornasole del successo della regolazione è data ... dalla diffusione delle autorità indipendenti, veicoli di un ‘disciplinamento’ giuridico duttile e penetrante*”, richiamando l’attenzione sul fatto che, comunque, “*ripudiata la mistificazione della democrazia legicentrica, occorre trovare un degno sostituto*”.

⁴⁹ TIMSIT, *La peur de l’impensable dans l’histoire des sciences: le cas de la science juridique*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 2000, 86.

⁵⁰ Ancora MANNONI, *op. cit.*, 365, che riporta TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, Oxford, 1993, 75-78, secondo cui “*legal communication construct ‘legal reality’ in the facts of a legal rule*”.

⁵¹ TEUBNER, *op. cit.*

⁵² FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transazionale*, Bologna, 2000, 132.

⁵³ MANNONI, *op. cit.*, 366.

⁵⁴ MANNONI, *op. cit.*, 365.

⁵⁵ MANNONI, *op. cit.*, 363.

⁵⁶ Sulla comparazione, il pluralismo e il dialogo, MANNONI, *op. cit.*, 367, che ricorda GROSSI, “*Un altro modo di possedere*”. *L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*,

generale di regole e di principi che man mano si affermano come predominanti; ciò che comporta ineluttabilmente che il diritto sia “*d’abord affaire d’interprétation – avant meme d’être une affaire de contrainte*”⁵⁷.

E la legge dello Stato, in tutto questo? Forse più che di legge è il caso di parlare di norma. Infatti, come autorevolmente rilevato anche di recente e non solo a livello nazionale, pur volendosi fermare all’aspetto formale che la caratterizza, “*la legge non può più considerarsi fonte del diritto privilegiata*”⁵⁸, in quanto, a tacer d’altro, non soltanto al cospetto dell’art. 117 Cost. essa non è più una fonte a competenza generale, ma molto più spesso è sostituita da decreti e altre fonti dell’esecutivo che si impongono con la stessa forza riconosciuta alla legge dall’ordinamento. Più opportuno, dunque, parlare di norma, anche perché, seppure è la legge intesa nel senso di procedimento di formazione del comando che normalmente produce la forma di quest’ultimo (la norma), è proprio la norma che definisce il comando, e alla norma si ha riguardo allorquando si ricerca il concetto che esprime al fine di applicarla. Il diritto, s’è visto, altro non è che un insieme di norme la cui formazione ormai, seppure non prescinde dai testi scritti, prescinde sovente dalla legge intesa nel senso formale che la definisce nella Costituzione.

Per altro, spostare l’attenzione dalla legge alla norma non significa affatto sovvertire il senso dell’approccio al tema della precarietà della certezza giuridica, in quanto dicendo di norme, sempre di enunciati si dice; di *entità*, in sostanza, alle quali, per poterle applicare bisogna, come si vedrà, sempre e comunque dare un senso. Piuttosto, è proprio fermando l’attenzione sulla norma positiva che riuscirà più chiaro il senso della precarietà della certezza giuridica, in quanto, a ben riflettere, quale che sia il peso che ha la fonte di produzione di essa, al dunque è col testo che la compone che *bisogna fare i conti*. E’ la norma che è (nel senso che concorre a fare) diritto, non la legge che costituisce il veicolo attraverso il quale la norma è introdotta, vivendo, poi, anche al di là delle intenzioni del legislatore e persino oltre le parole utilizzate per comporla. Ed è proprio la relazione norma-diritto che va indagata, perché se è vero che le norme altro non sono che concetti, “*la via, che dall’esegesi*

Milano, 1977, 25, e il sodalizio intellettuale dei giuristi europei della metà dell’Ottocento che nonostante le frontiere degli Stati nazionali non avevano barriere linguistiche o culturali.

⁵⁷ TIMSIT, *op. cit.*, 85.

⁵⁸ Così, GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 2010, 102, che in nota cita sulla stessa linea PRIETO SANCHIS, *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998 e, per un orientamento contrario LAPORTA, *El impero de la ley. Una vision actual*, Madrid, 2007.

*mette al sistema, non ha limiti*⁵⁹ e non sono i concetti a definire il diritto ma le realtà che in un certo tempo quei concetti semplicemente raccolgono. Se è vero che *“la fonte del diritto, talora prima, talora più tardi, ma ad un certo punto sempre, si trova nella necessità di invocare l’aiuto di forse extragiuridiche, e spesso cede loro, per buone ragioni, il campo prima del bisogno”*⁶⁰, ancor prima è la norma, per quanto chiara ed esplicita, a dovere essere *letta* alla luce dell’esistenza di un *quid* ulteriore che l’interprete avverte come espressione di un’esigenza più ampia che corrisponde (nel senso che non può che corrispondere) ad uno dei principi fondamentali che sorreggono l’ordinamento.

Il punto è essenziale, e, per dirla con Guastini⁶¹, è davvero una *“ingenua credenza”* che il diritto altro non sia che la legge o la norma, ovvero il complesso di norme che si propone nella sua algida concatenazione e che vive (o dovrebbe vivere) soltanto per essere meccanicamente applicato da un giudice-robot che *tiri fuori* la regola utile alla bisogna senza metterla in discussione e senza considerarla nel contesto. Se un simile giudice è esistito nell’evoluzione dell’esperienza umana, è chiaro che il diritto e la sua forma oggi sono qualcosa di diverso, concorrendo alla creazione del diritto quelle operazioni di *“interpretazione creativa”* che, a ben riflettere, altro non costituiscono che una vera e propria *“costruzione giuridica”*⁶², non solo di disposizioni inesprese.

Può dirsi, insomma, che, pian piano, ma decisamente si stia realizzando quell’auspicio idealistico del secondo decennio del secolo scorso, e la legge non è più la *“corazza inattaccabile dalla realtà”*⁶³ ma *“un libro perennemente aperto”* sul quale l’attività degli interpreti, operando *“una palingenesi della norma”*, *“essenzia la legge medesima”*⁶⁴.

Domandarsi a tal punto quale possa essere l’espressione che individua e definisce la *forma* del diritto attualmente è un tutt’uno che prendere atto che, mai come al giorno d’oggi, *“la produzione del diritto è un fenomeno alquanto*

⁵⁹ CARNELUTTI, *La lotta del diritto contro il male*, in *Foro It.*, 1944-1946, IV, 13.

⁶⁰ E’ ancora CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 197.

⁶¹ GUASTINI, *op. cit.*, 396 ss.

⁶² Sull’interpretazione *creativa* e sui dati che la distinguono da quella *cognitiva* e dalla *decisoria*, GUASTINI, *op. cit.*, 392, al quale si deve pure l’espressione *“costruzione giuridica”* (pag. 293 ss.), che, in relazione all’interpretazione *creativa* rileva come essa *“raramente consiste in un’interpretazione arbitraria o cervellotica: per lo più, ciò che intuitivamente appare come interpretazione creativa si risolve precisamente in un lavoro di ‘costruzione giuridica’”*.

⁶³ Così, GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, 123.

⁶⁴ MAGGIORE, *L’interpretazione della legge come atto creativo*, Palermo, 1914, 5.

*complesso*⁶⁵, nel quale le stesse espressioni di *norma* e di *diritto* non possono più intendersi come *enunciato* ed *insieme di enunciati*, ma, molto più concretamente combinando enunciato e interpretazione, come *significato* e *insieme di significati*. Ciò vero – e si attinge ancora alla chiarezza di Guastini – “*anche l'espressione 'creazione di diritto' può essere usata per riferirsi: ora alla produzione di enunciati, tipica della legislazione (in senso 'materiale'); ora, alla produzione di significati che è propria dell'interpretazione*”, cosicché “*se si concepisce il diritto vigente (non come un insieme di testi, ma) come un insieme di significati, si può ben dire – anzi si deve dire – che il diritto è una variabile dipendente dall'interpretazione*”; ma, siccome “*non vi è interpretazione senza un testo da interpretare ... il diritto nasce dalla combinazione di legislazione (ancora in senso 'materiale') e interpretazione*”⁶⁶.

Quando, allora, ci si interroga sul *valore* della produzione giurisprudenziale e sulla sua attitudine a *produrre diritto*, sul valore e sulla portata delle disposizioni sovranazionali che condizionano i sistemi interni e su quant'altro ancora impone di rimeditare il contenuto delle disposizioni anche laddove esse paiono più chiare, mette conto ricordare che il reale significato di una norma emerge dalla fusione tra dati positivi e prassi applicative e che il diritto che vive in un certo tempo postula di necessità la componente creativa della interpretazione, la quale “*assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima*”⁶⁷.

5. La norma e il suo significato con qualche esempio di interpretazione creativa.

Interpretare – è noto – altro non è che “*attribuire significato ad un ente cui conviene un'attribuzione di significato*”⁶⁸. Ciò vero, non soltanto è evidente che tutto può essere sottoposto ad interpretazione e che il senso stesso dell'interpretare può variare a seconda che essa si specifichi in relazione agli oggetti, ai campi di esperienza ovvero agli scopi⁶⁹, ma che, tanto per

⁶⁵ GUASTINI, *op. cit.*, 402.

⁶⁶ GUASTINI, *ibid.*

⁶⁷ Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17.

⁶⁸ Così, TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1980, 5.

⁶⁹ In tema, ZICCARDI, *Sulla nozione unitaria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 81 ss.

l'interpretazione in via generale che per quella della legge in particolare⁷⁰, non può dirsi che, tra le interpretazioni possibili, ne esista una che sia, in sé, *giusta* (o *più giusta*) e tampoco *vera* rispetto ad un'altra, risolvendosi, invece, il tutto soltanto secondo *relazione*, per cui l'interpretazione è (più o meno) corretta (ovvero accettabile), secondo un termine di comparazione che la giustifichi come *risultato* interpretativo⁷¹.

L'interpretazione, infatti, “*non è mai una semplice questione di vocabolario, un problema meramente lessicale, quasi che la cosa più importante di tutta la faccenda sia l'affibbiare un qualche contenuto ad un termine della proposizione legislativa giustificabile sul piano letterale*”⁷²; essa consta, invece, “*nel rendersi conto di tutti i significati astrattamente riconducibili alla norma nell'ambito del sistema, per potere poi accogliere definitivamente ed attuare in concreto uno dei possibili contenuti, consapevoli delle conseguenze pratiche dell'interpretazione data e del valore che nel momento storico attuale la decisione viene ad assumere*”⁷³ e consapevoli, altresì, che per tale via si viene necessariamente a spezzare lo stesso tenore letterale della proposizione normativa che, generale ed elastica ovvero puntuale che sia, è col sistema che si rapporta e relaziona, non potendosi evidentemente attribuire ad essa significati contrari ai principi che reggono l'ordinamento.

Gli è, insomma, che la norma, soprattutto nel tempo attuale, non può più definire da sola il proprio contenuto e, riprendendo ancora Coppi, “*la fonte ultima a cui attingere i motivi definitivi della scelta [interpretativa] non potrà che essere costituita dai valori validi in un certo momento storico e per una data comunità*”⁷⁴. Si tratta davvero di *individuazione del punto di partenza*, perché “*per il diritto, come per la contabilità è sui risultati che va controllata l'esattezza delle operazioni: se i primi sono sbagliati, vuol dire che ci deve essere un errore nelle seconde*”⁷⁵.

S'è già detto, parafrasando Esser, che *ogni interpretazione è un collegamento*

⁷⁰ Sull'unitarietà dell'interpretazione, oltre ZICCARDI, *op. ult. cit.*, BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; ID., *Posizione dello spirito di fronte all'oggettività. Prolegomeni ad una teoria generale dell'interpretazione*, in *Riv. Int. fil. dir.*, 1949, 1 ss. Sulla contraria tesi in generale e sull'interpretazione giuridica come entità non unitaria, TARELLO, *op. loc. cit.*

⁷¹ Sulla distinzione tra *attività di interpretazione* e *risultato dell'interpretazione* come “*imprescindibile strumento di analisi rigorosa di ogni teoria dell'interpretazione*” e sul risultato (prodotto) dell'interpretazione come “*oggetto dei discorsi giuridici descrittivi*”, TARELLO, *op. cit.*, 39 ss.

⁷² Così, COPPI, *op. cit.*, 37.

⁷³ E' sempre COPPI, *op. cit.*, 38-39.

⁷⁴ COPPI, *op. cit.*, 40.

⁷⁵ JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, 367.

e che il collegamento necessario di ogni attività interpretativa è tra le disposizioni da applicare e quelle fondamentali⁷⁶. Giova ora insistere sul punto per riaffermare come l'interpretazione c.d. *costituzionalmente orientata* è (nel senso che non può che essere) l'unica interpretazione possibile; e tanto laddove il testo sia chiaro e l'intenzione del legislatore palese, quanto laddove l'oscurità del testo e i dubbi sull'*intentio legis* impongano il ricorso agli altri canoni ermeneutici considerati dall'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, dal momento che, diretto o mediato che sia il ricorso ai principi dell'ordinamento, questi, altro sono che quelli espressi dalle disposizioni fondamentali. Evidente, poi, che il complesso delle disposizioni fondamentali interne (la Costituzione) non costituisca più un sistema chiuso di regole-principi – in quanto ad esso si accompagnano altri sistemi di disposizioni parimenti fondamentali, quali il Trattato dell'Unione e la C.e.d.u. – il portato di tutto ciò non può che essere considerato *in toto* dall'interprete, in quanto espressione dell'affermarsi di altri principi di pari valore fondamentale rispetto a quelli posti a fondamento dello Stato che, quindi, *arricchisce* il proprio ordinamento di *regole generali* che evidentemente fissano nuovi e diversi *termini di paragone* dell'interpretazione e costituiscono, quindi, altri *punti di riferimento* per *dare un senso* al testo offerto da qualsivoglia disposizione del sistema. E può dirsi, anzi, riprendendo quanto già acutamente rilevato da una ormai lontana giurisprudenza, che estendendosi il sistema “*si estende pure il senso espresso dalle parole di taluna norma*», cosicché, «*pure l'interpretazione c.d. letterale ha come riferimento necessario il sistema*”, in quanto “*le leggi sono regole di un sistema a struttura logica*», per cui «*alle parole deve darsi il significato accolto nel sistema*”⁷⁷.

⁷⁶ In giurisprudenza la spinta verso l'individuazione di criteri di interpretazione riconducibili alla costituzione è rilevante, così come lo è in dottrina. E si ha, per fermare alcuni esempi, che a Cass. Civ., Sez. Lav., 24 giugno 1981, n. 4112, in *Mass. Giur. it.*, 1981, 1297, secondo cui “*Il giudice non ha la facoltà di disapplicare, per pretesa incostituzionalità, una determinata disposizione di legge in base a considerazioni espresse dalla corte costituzionale in relazione all'esame di altre norme, ma deve fermarsi all'interpretazione data dalla corte sulla materia in esame*” e a Cass. civ., Sez. I, 22 giugno 1983, n. 4272, in *Giur. it.*, 1983, I, 1798, per la quale “*Se una norma di legge sia suscettibile di più interpretazioni, di cui una soltanto conforme alla costituzione, il giudice deve adottare quest'ultima*”, fa riscontro il pensiero di PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, 1984, secondo cui, in sintesi, l'interprete, laddove il legislatore abbia sbagliato, deve farsi carico della salvaguardia della *Grundnorm* e interpretare la legge in maniera armonica ai principi costituzionali.

⁷⁷ Così, Cass. civ., Sez. I, 24 giugno 1958, n. 2243, in *Giur. Cost.*, 1958, 1159.

L'esperienza insegna come sia proprio l'evoluzione interpretativa della norma a determinare la “*dinamicità*” del diritto, il suo “*incessante divenire*”⁷⁸ e l'adattamento di esso alle esigenze della società si attui proprio attraverso il momento interpretativo che, sull'esistente e sulle diverse espressioni impresses ad esso dall'evoluzione – continua, pur se a volte non costante – della società⁷⁹, si propone come vera e propria anticipazione della normazione futura, laddove, questa, lo voglia raccogliere. Infatti, quale che sia la *qualità* dell'interpretazione (e, quindi, non solo quella definita normalmente *evolutiva*), essa si propone sempre come base di una successiva disciplina positiva, secondo uno sviluppo che ripropone in chiaro quella attribuzione all'interprete del ruolo di “*mediatore tra la coscienza sociale e la tradizione dogmatica*”⁸⁰ che consente di individuare nell'attività ermeneutica una funzione *lato sensu* maieutica, laddove, appunto, l'interprete, estraendo dal *condito* la risposta più adeguata alla risoluzione del caso concreto, individua pure qualcos'altro e, in sostanza, i termini (nuovi e/o diversi) di relazione tra norma e sistema che si propongono come essenza di un *nucleo normativo essenziale* sul quale innervare una futura disciplina positiva.

In tal senso, è vero che le norme “*contengono uno sviluppo di ciò che il diritto, propriamente parlando, è già*” ed è appunto per tale ragione che, in relazione al presente, l'applicazione della legge nel caso concreto impone sempre “*una corretta percezione delle basi reali del diritto*”⁸¹, di modo che l'esigenza di mantenimento o di mutamento di una proposizione giuridica non si scontri con quell'*ordine* che il diritto stesso, appunto per esser tale, manifesta, proponendosi come strumento che permette, sì, di prevedere le decisioni giudiziarie, ma non già nel senso sovente evocato di arrocco su posizioni formalistiche che nulla hanno da spartire effettivamente con la *ratio* della disposizione di volta in volta considerata o con i principi che la sorreggono o che sor-

⁷⁸ Le espressioni sono di LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 411, a conclusione di un'importante analisi, non soltanto sulla dinamicità del diritto ma sulla “*illusorietà di qualsiasi tentativo di giustificare le decisioni giuridiche con criteri generali e astratti di tipo sostanziale*” e, quindi, sulla compatibilità tra divenire del diritto e ordine razionale.

⁷⁹ Sempre attuale quanto scrisse CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, Bari, 1955, 4, a proposito dell'andamento della società e del modo di apparire del diritto; che, cioè, “*nella storia della civiltà umana si avvicendano periodi di lenta evoluzione, che possono sembrare di stasi, a periodi di precipitose trasformazioni sociali; e solo nei primi può sembrare che imperi il diritto, perché in quel ristagno sociale le concezioni giuridiche sono limpide e taglienti: mentre nei periodi di rapido trapasso la certezza del diritto si appanna e i dogmi tradizionali appaiono come sfocati da una vibrazione che ne annebbia i contorni*”.

⁸⁰ ESSER, *op. cit.*, 136.

⁸¹ Così, DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., 12.

reggono il sistema, quanto nel senso di rendere consona la norma rispetto a tali principi. Come sostenuto un'infinità di volte e da più parti, il c.d. *diritto vivente* altro non è se non il progressivo *adeguamento interpretativo* delle norme allo *spirito* che nel reale storico vale (o dovrebbe valere) a definirne il contenuto sostanziale; il risultato, cioè, di *interpretazioni creative* che appunto considerano la norma secondo il sistema di principi e di valori che costituiscono il fondamento del sistema in un certo tempo e che, quindi, *attualizzano* la norma adeguandola al diritto del tempo.

Gli esempi in proposito sono vari e notevoli, tanto da far registrare, non soltanto casi di *interpretazione estensiva* della norma ben oltre il testo e la stessa intenzione del legislatore, ma pure ipotesi di *interpretazione creativa* e di *interpretazione abrogativa* nei diversi rami dell'ordinamento.

Così, per ciò che riguarda l'*interpretazione estensiva* sfociata in vera e propria *creazione* di una norma nuova, si ha che in tema di responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c., nonostante la precisione letterale del testo e la chiara intenzione del legislatore, per altro specificata nella Relazione definitiva al Codice, la giurisprudenza di legittimità, non solo ha ritenuto che ci si trovi dinanzi ad una ipotesi di responsabilità extracontrattuale e non contrattuale, ma ha pure ampliato la disciplina di essa ben oltre i limiti soggettivi ed oggettivi segnati dal testo, cosicché gli obblighi riferiti esclusivamente all'appaltatore (e giustificati, secondo l'intenzione del legislatore, dalla natura della responsabilità correlata al vincolo contrattuale) sono stati estesi pure al venditore che abbia costruito l'immobile, al progettista, al direttore dei lavori e allo stesso committente che abbia avuto la gestione diretta della costruzione⁸², secondo un concetto di *estensione* che, com'è facile intendere, ha determinato la *creazione* di una (nuova) norma che, per destinatari ed oggetto, ha perduto il *legame* con quella esistente alla quale è rimasta comunque collegata in ragione della *ratio* coordinata con l'esigenza di garantire situazioni nella sostanza simili.

Allo stesso modo, è rilevante, in penale, ciò che è avvenuto con l'interpretazione estensiva (ma, di fatto, creativa di una nuova fattispecie, quella del c.d. *concorso esterno* in associazione per delinquere) della disposizione di cui all'art. 110 c.p. riferita appunto alle fattispecie associative, laddove non soltanto l'*eventualità* concorsuale è stata ritenuta possibile sulla scorta della

⁸² Così, tra le tante, Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2006, n. 8520, in *Rep. Foro It.*, 2006, n. 69. In tema, IUDICA, *La funzione nonofilattica della Corte di cassazione: tre casi in tema di appalto*, in AA. VV., *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, a cura di Mariani Marini e Cerri, Pisa, 2007, 59 ss.

portata generale della norma *ex art.* 110, ma la giurisprudenza, secondo un processo che sarebbe azzardato definire di *astrazione* del reale dal dato normativo materiale, ha delineato i limiti di applicabilità dell'ipotesi concorsuale definiti in modo talmente puntuale da proporre *in toto* una condotta penalmente rilevante di contro all'inesistenza di una norma materiale⁸³.

Per quanto riguarda l'interpretazione sostanzialmente abrogativa, alla vicenda ermeneutica che, in civile, ha avuto ad oggetto l'art. 2059 c.c. che, in tema di danno patrimoniale risarcibile, ha determinato l'eliminazione *tout court* della limitazione normativa della risarcibilità soltanto "*nei casi previsti dalla legge*" in quanto ritenuta in contrasto con l'art. 2 Cost.⁸⁴, possono tranquillamente affiancarsi, in penale, tanto l'esperienza, alquanto curiosa, che poco tempo fa ha interessato l'applicazione di una norma transitoria rilevante ai fini delle garanzie di utilizzazione delle dichiarazioni rese dell'indagato o dall'imputato nei confronti dei terzi a seguito del mutamento delle regole di assunzione delle stesse *ex art.* 64 c.p.p. a seguito delle norme sul *giusto processo*, quanto l'interpretazione restrittiva (ma di fatto, almeno parzialmente, abrogativa) della norma di cui all'art. 268, co. 7 c.p.p. sulla trascrizione (e, quindi, la *lettura*) dei dialoghi telefonici od ambientali intercettati.

Nel primo caso, la disposizione dell'art. 26 della L. n. 63 del 2001, nonostante la chiarezza del testo imponesse al p.m. nel corso delle indagini la rinnovazione dell'esame nei confronti di "*tutti i soggetti indicati negli artt. 64 e 197-bis*" (co. 1), essa è stata interpretata nel senso di escludere la rinnovazione dell'interrogatorio del dichiarante anche *contra alios*, laddove questi fosse imputato dello stesso reato e non pure imputato di reato connesso o collegato

⁸³ Lo sviluppo della prassi dalla nota Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Giur. It.*, 1995, II, 422, fino alla più recente Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Riv. Pen.*, 2006, 743 è segnato, infatti, dall'individuazione di veri e propri *elementi costitutivi* della particolare fattispecie concorsuale che più che essere riferiti alle forme del concorso *ex art.* 110, c.p. le danno per presupposte, definendo in tal modo una vera e propria fattispecie autonoma. Secondo la "Sentenza Demitry", concorrente *esterno* è colui che, "*per definizione, non vuol far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a 'far parte', ma al quale si rivolge sia per colmare eventuali vuoti temporanei in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la 'fisiologia' dell'associazione entra in fibrillazione, attraversando una fase 'patologica' che, per essere superata, richiede il contributo temporaneo, limitato anche ad un unico intervento, di un esterno ... che occupa uno spazio proprio nei momenti di emergenza della vita associativa*". Per la "Sentenza Mannino", assume il ruolo di concorrente esterno il soggetto che, ovviamente non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione "*fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo di natura materiale o morale, che si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione*".

⁸⁴ Si consideri in proposito la vicenda interpretativa del (*ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 31 maggio 2003, n. 8827, in *Foro it.*, 2003, I, 2273), con interpretazione abrogativa, solo in seguito avallata da Corte costituzionale (Sent. 11 luglio 2003, n. 233, in *Sito uff. Corte cost.*, 2003).

ai sensi degli artt. 12 e 371 c.p.p.⁸⁵, introducendo, così, una *limitazione* che di fatto ha modificato la norma nel senso (indubbio) di far venir meno la generale portata di essa così come voluta dal legislatore. Nel secondo caso, argomentando nel senso che la prova è costituita dall' intercettazione e che la trascrizione integra una mera attività materiale e riproduttiva del contenuto di essa, la prassi ha letteralmente ribaltato il portato della legge (l'art. 268 cit. prevede, infatti, scansioni temporale dell'attività di p.m. e g.i.p. che costituiscono altrettanti *passaggi obbligatori* del procedere in vista dell' udienza preliminare) e, con esso, il rispetto del principio del contraddittorio sulla rilevanza del materiale probatorio ai fini della decisione di rinvio a giudizio o di proscioglimento: secondo la costante giurisprudenza⁸⁶, infatti, la norma che impone la trascrizione dei dialoghi intercettati (da effettuare con perizia a seguito del deposito senza ritardo dei verbali e delle bobine al difensore) non è obbligatoria per l'udienza preliminare ma soltanto per il successivo dibattimento.

Dar nomi diversi a tali fenomeni, definendo l'interpretazione, non *creatrice* o *abrogativa* ma sbrigativamente *estensiva* o *restrittiva* sembra davvero un fuor d'opera. Visti *in positivo*, essi (e centinaia di altri ancora), anche laddove risultino chiaramente inaccettabili per evidente disinteresse del sistema dei diritti fondamentali, ripropongono pur sempre il tema del limitato valore del testo che compone la norma e della necessità conseguente di attribuire significati alle espressioni utilizzate. In chiusura sul punto, paiono doversi ricordare le acute considerazioni di Quadri che sull'esistenza delle stravaganze del linguaggio legislativo e sull'*elemento storico* che illumina pure quel linguaggio, ha fermato l'attenzione, sia pure per un attimo, sul *sistema democratico* che "*non si pone il problema dell'obbedienza ad un ente che intenda imporre il proprio effettivo volere*" e vuole, così, che la legge sia "*capita dal più gran numero possibile e che quindi sia in primo luogo il senso 'naturale', 'sociale' del linguaggio quello che deve esser tenuto in primo luogo presente*"⁸⁷.

6. Spunti ulteriori: riserva di legge sui diritti fondamentali e principio di sicurezza giuridica.

⁸⁵ Per Cass., Sez. I, 5 dicembre 2006, P.G. c. M.S., in *Mass. Uff.*, 236227, costantemente poi seguita, "*Gli imputati concorrenti nel medesimo reato non devono ricevere l'avvertimento previsto dall'art. 64, comma terzo, lett. c) c.p.p. prima di assumere le loro dichiarazioni, in quanto tali soggetti, deponendo su 'fatti inscindibili', non potrebbero mai assumere la veste di testimoni*".

⁸⁶ Così, tra le tante, Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 2003, Colangelo, in *Guida Dir.*, 2004, 20, 90.

⁸⁷ QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale, articoli 10-15*, in AA.VV. *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Roma - Bologna, 1974, 267.

In relazione alla precarietà delle certezze, va registrato, ancora, un fenomeno rilevante ai fini che qui interessano e che finora è stato poco o nulla considerato. Ci si riferisce al c.d. *declino* (ma meglio sarebbe dire *affievolimento*) del principio di riserva di legge negli ordinamenti di *civil law* a seguito dell'affermarsi della prospettiva convenzionale che lo pone in secondo piano “rispetto alla dimensione ‘universale’, corrispondente all’esigenza più generale di ‘sicurezza giuridica’ rappresentata dai parametri di accessibilità e conoscibilità del precetto”⁸⁸, quale che sia la fonte che lo esprime.

Accanto alla *elasticità* dei concetti di diritto (*law*)⁸⁹ e di pena⁹⁰, la lettura congiunta degli artt. 6, 7, e 8 C.e.d.u., individua, infatti, il generale diritto al rispetto della vita privata posto a base di una vasta gamma di situazioni rilevanti ai fini della tutela convenzionale che hanno come fine la tutela della *sicurezza della persona* da qualsiasi attentato alle posizioni definite ovvero fondatamente sperate. Di tale *sicurezza*, la giurisprudenza della Corte europea, in diverse occasioni, ha espresso il concetto, definendola, nell’accezione più ampia, come “la condizione di intima tranquillità di chi si trova in una situazione giuridicamente rilevante che gli consente di sentirsi al riparo da pericoli derivanti da una norma ovvero da un’azione o decisione giudiziale”⁹¹. E’ indubbiamente

⁸⁸ PALAZZO, *Legalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, VI, Milano, 2006, 3373.

⁸⁹ Com’è noto, secondo la Corte europea, la nozione di diritto utilizzata dall’art. 7 C.e.d.u. “ricomprende tanto il diritto scritto quanto quello non scritto” (Corte eur., 22 novembre 1995, S.W c. Regno Unito, § 35; Id., 8 luglio 1999, Baskaya e Okcuoglu c. Turchia, § 36), per cui alla fonte normativa scritta adottata a seguito di un apposito procedimento (c.d. *statutory law*) va equiparata la fonte giurisprudenziale (*judicial law*), perché “è comunque il ‘diritto vivente’ – scritta o giurisprudenziale che ne sia la fonte – che deve rispondere ai requisiti della legalità richiesti” (MANES, *Art. 7*, in AA. VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di Bartole, De Sena e Zagrebelcky, Padova, 2012, 274).

⁹⁰ Per giurisprudenza costante della Corte, infatti, “la nozione di pena, considerata dall’art. 7 C.e.d.u., possiede una portata autonoma rispetto a quella degli ordinamenti interni e la Corte, per rendere efficace la protezione offerta dalla disposizione, deve essere libera di andare al di là delle apparenze e giudicare da sé se una misura particolare realizzi una pena ai sensi della disposizione convenzionale” (Corte eur., 21 febbraio 1984, Öztürk c. Allemagne, §§ 49 e 50; Id., 9 febbraio 1995, Welch c. Royaume-Uni, § 27). In forza di tale impostazione, ribadita peraltro in tema di confisca (Corte eur., 20.1.2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, 1, 34,) la Corte europea ritiene sussistere una pena ai sensi dell’art. 7 C.e.d.u., fermando l’attenzione sulla natura, sugli effetti e sulla severità della misura, a nulla rilevando “la dichiarata prevenzione” che, quanto agli effetti, si risolva «in una vera e propria repressione di condotte comunque illecite» (Corte eur., 6 novembre 2008, Ismayilov c. Russia; Id., 9 giugno 2005, Baklanov c. Polonia; Id., 23 settembre 2008, Grayson e Bernham c. Regno Unito, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, 1698).

⁹¹ Così DE SALVIA, *La nozione di sicurezza giuridica nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 2001, 717, che, evidenziando come la sicurezza giuridica di colui

te vero che gli esempi offerti dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema sono i più vari e spaziano dal diritto sostanziale⁹² alle garanzie processuali⁹³; nondimeno, dal complesso di essi è agevole trarre come direttiva di massima, l'esigenza di garantire, attraverso la *prevedibilità* e la *accessibilità* delle fonti, la tutela della situazione rilevante⁹⁴.

Quali siano attualmente e possano essere in prosieguo i rapporti ipotizzabili tra principio interno di riserva di legge e principio sovranazionale di sicurezza giuridica è indagine che necessita della massima attenzione in quanto pare che proprio l'esito di essa potrà determinare che, appunto sul mero dato formale, il *summum jus* non diventi effettivamente *summa iniuria*.

Volgere, innanzi tutto, l'attenzione sulla riserva di legge è essenziale. Non già soltanto per ragioni storiche, ma per l'estensione che, in penale, il principio che immediatamente la esprime – il *nullum crimen, nulla poena sine legge* – anche a seguito degli interventi delle Corti sovranazionali⁹⁵, ha ricevuto fino a ricomprendere nella *legalità penale*⁹⁶ pure le disposizioni processuali che comunque hanno rilievo sul *crimen* e sulla *poena*.

Detto ciò, va rilevato come, nello sviluppo dell'esperienza giuridica, delle tre articolazioni che, com'è noto, definiscono la detta legalità – *irretroattività*, *determinatezza* e, appunto, *riserva di legge* – è proprio quest'ultima a resistere

che è sottoposto alla giurisdizione costituisca “*appunto, uno degli obiettivi della C.e.d.u., perché si ricollega direttamente ad uno dei principi di interpretazione ... proclamato nel Preambolo della C.e.d.u.*”, ribadisce ancor meglio il concetto, sottolineando come “*etimologicamente, il vocabolo sicurezza designa lo stato d'animo fiducioso e tranquillo di colui che si crede al riparo dal pericolo, mentre l'aggettivo giuridico sembra precisare piuttosto l'origine del pericolo, vale a dire il pericolo derivante da una norma di natura legislativa, regolamentare oppure giurisprudenziale*”.

⁹² Così, ad es., Corte eur., 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia, § 52, in tema di estensione *in malam partem* della legge penale; Id., 22 ottobre 1996, Stubbings e alt. C. Regno Unito, § 51, in tema di prescrizione del reato; Id., 29 marzo 2006, Achour c. Francia, §§ 30, 37-39, in tema di legalità e irretroattività della pena.

⁹³ Così, Corte eur., 28 ottobre 1998, Péres de Rada Cavanilles c. Spagna, § 45, in tema di rispetto dei termini processuali; Id., 12 aprile 2006, Martinie c. Francia, § 54, in tema di pubblicità dell'udienza e imparzialità del giudice.

⁹⁴ In tal senso, Corte eur. (G.C.), 28 ottobre 1999, Brumărescu c. Romania, §§ 61-62, che, in tema di facoltà concesse alle parti e, in specie al procuratore generale dello Stato e di riapertura di un procedimento conclusosi con sentenza ormai inappellabile ha affermato il principio, per cui “*uno degli elementi fondamentali della preminenza del diritto è il principio della sicurezza dei rapporti giuridici*”, che, al di là della particolarità del caso, pare costituire parametro generale di riferimento, laddove, senza pregiudizi, si voglia discutere di situazioni definite e dei rapporti di esse con l'andamento della prassi.

⁹⁵ Basti pensare a Corte eur., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, da cui è derivata Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, cit., oppure, da altro versante, a

⁹⁶ Sulla legalità penale, PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 344 ss.; ID., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. Pen.*, 2005, 278; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, 50 ss.

meno all'urto dei mutamenti storici. Riprendendo un'acuta osservazione, può dirsi, infatti, che se *“il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole così come quello di determinatezza sembrano vantare una sorta di immutabilità e di generale riconoscimento in tempi e luoghi diversi, che ne fanno principi tendenzialmente astorico-universali volti a costituire la nervatura portante del principio di legalità”*, non è così per la riserva di legge che *“sembra essere il principio più storicamente condizionato in quanto presuppone, in primo luogo, l'esistenza di una pluralità di fonti del diritto tra le quali si pone l'esigenza di una gerarchia o di un riparto di competenza ... in secondo luogo, proprio perché ... la selezione fra fonti diverse ... presuppone che siano praticabili dei criteri di scelta per l'individuazione della fonte migliore”*, con la conseguenza che, *“laddove questa differenza qualitativa fra le fonti non sia instaurabile o sia comunque smentita dai fatti, il senso profondo della riserva viene grandemente scemato e viene storicamente relativizzato il suo valore politico-giuridico di principio fondamentale del diritto”*⁹⁷.

Ma se così è, l'affermazione della legalità in materia penale è raggiunta proprio da due versanti che, complementari tra loro, si pongono su piani diversi rispetto allo svolgimento storico del diritto e alla validità di esso in un certo tempo: il piano c.d. *astorico* o *universalistico*, nel quale, per riprendere ancora Pellegrini⁹⁸, *“prendono corpo le garanzie di tipo sostanziale sancite dai principi di irretroattività e determinatezza”* e il piano propriamente *storico*, *“in cui viceversa si annoverano le garanzie c.d. formali volte all'individuazione delle fonti legittimate a produrre diritto penale”*. E si ritorna, così, al diritto e alla sua forma oggi e, più in particolare, alla relatività che ormai assume la riserva di legge (da intendere evidentemente nel senso *classico*, di legge parlamentare) al cospetto dell'incedere di fonti nuove – quali sono appunto quelle portatrici del principio di sicurezza giuridica – che ripropongono con maggiore decisione quegli aspetti della legalità penale che, per essere più radicati (e *sostanziali*), risultano insensibili ai mutamenti della storia: l'irretroattività e la determinatezza, appunto.

Se la riserva di legge affonda le sue radici nell'idea illuministica della separazione dei poteri, è proprio su tale constatazione che è a chiedersi entro quali limiti, nell'oggi, l'esclusione del potere esecutivo e di quello giudiziario dalla produzione del diritto corrisponda a realtà concreta ed effettiva e, soprattutto, in che modo tali limiti, superato il dato formale, effettivamente garantiscano

⁹⁷ PELLEGRINI, *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*.it, 2011, 2, 6.

⁹⁸ *op. loc. cit.*

l'attuazione del principio (più ampio) di sicurezza giuridica e, quindi, di rispetto della superiore istanza di giustizia in relazione ai beni della vita corrispondenti ai diritti fondamentali del cittadino.

E' indubbiamente esatto ritenere che il principio di riserva di legge in relazione alle posizioni soggettive garantite dalle disposizioni fondamentali abbia costituito e costituisca tuttora un baluardo contro l'arbitrio; è, però, parimenti esatto affermare, intanto che la legge di disciplina della materia *riservata* non può che essere interpretata alla luce del principio fondamentale che giustifica la riserva e, poi, che, normalmente, la riserva rispetto a quel principio non può che esplicitare i suoi effetti come *limite*. Proclamato, per fermare un esempio e rendere così chiaro il dire, il principio dell'inviolabilità della libertà personale, la violabilità di essa, siccome deroga al principio, impone evidentemente la definizione per legge dei limiti entro i quali essa è comunque rispettosa del principio. Lo strumento della riserva della legittima violabilità altro non costituisce, insomma, che l'affermazione del principio fondamentale che, appunto perché tale, andrà necessariamente a porsi come *contenimento* anche nei confronti dell'interpretazione della legge di disciplina delle limitazioni consentite, impedendone gli eccessi.

Posta in relazione al principio fondamentale, la *garanzia* offerta dalla riserva di legge ha, dunque, una valenza propriamente *negativa*, impedendo al legislatore di eccedere *comunque* nella disciplina delle deroghe all'esplicarsi di quel principio e all'interprete di applicare la disciplina positiva in maniera difforme rispetto allo stesso principio.

Ciò vero, però, la valenza negativa ora detta seppure impedisce l'applicazione *in pejus* delle disposizioni della legge sulla materia oggetto di riserva non impedisce punto l'applicazione *in melius* di regole e norme che non si pongano in contraddizione col principio sottostante. In tal caso, infatti, non si possono invocare le disposizioni della legge oggetto della riserva senza con ciò violare quel principio e la stessa *ratio* (di garanzia) che sorregge la riserva, in quanto è proprio la riserva che, in relazione alle posizioni soggettive garantite dalle disposizioni fondamentali, costituisce garanzia contro gli abusi, per cui il limite che incontra la disciplina oggetto della legge (e con essa il principio stesso della riserva di legge) è costituito proprio dalla necessità di stretta interpretazione di quanto da essa stabilito, nel senso del divieto di interpretazione delle disposizioni della legge contro il senso che assume la disposizione fondamentale e al di là dei limiti che ne giustificano la deroga.

E' per tale ragione – si crede, e la considerazione non vuole essere altro che una sollecitazione – che in tema di riserva di legge sui diritti fondamentali e

principio di sicurezza giuridica esista, nell'attuale temperie, un *punto di collegamento* e non già quella *contrapposizione* che, manifestata nell'ordinamento dall'esistenza del principio di riserva e dalla fonte di produzione della legge, a dire il vero appare più formale che altro. Tra i due principi, infatti, esiste una *simmetrica corrispondenza* rispetto alle garanzie offerte, nel senso che laddove in forza della riserva la legge impone limiti all'incondizionato esplicitarsi delle posizioni soggettive garantite, l'esistenza di tali limiti impedisce, sì, l'abuso nella compressione della posizione soggettiva, ma non può impedire invece il venir meno o l'affievolimento della compressione di essa nel caso in cui sia rinvenibile una qualunque regola, da qualunque parte emanata, che si affermi in maniera tale da proporsi come precetto che esprima e soddisfi il principio di sicurezza giuridica. Insomma, se la legge che disciplina la materia oggetto di riserva non può mai prevedere o essere interpretata *di contro* alla norma-principio che garantisce la posizione soggettiva sottostante, essa, diversamente, può (e anzi deve) *cedere il passo* nel caso in cui qualsiasi regola si affermi per definirne la portata, in quanto regola che proclama (e non smentisce, come nell'altro caso) la norma-principio che tutela quella posizione soggettiva sottostante.

7. Abolitio criminis e interpretazione dell'art. 673 c.p.p.

Dopo avere affrontato i temi fondamentali che, a leggere la decisione della Corte costituzionale, maggiormente sollecitano l'attenzione, pare opportuno soffermarsi adesso a considerare la possibile soluzione del problema oggetto della pronuncia. E' indubbiamente vero che quest'ultima, come ogni altra decisione giudiziale *di peso*, rischia di *ingessare* la giurisprudenza e, per dirla con le stesse espressioni utilizzate dall'ordinanza di rimessione, "*di inibire, così, la funzione evolutiva che essa storicamente ha sempre avuto nel nostro ordinamento*"; parimenti vero, però, che proprio l'oggetto della decisione, le diverse incongruenze che evidenziano le difficoltà incontrate nella giustificazione compiuta della conclusione proposta e, soprattutto, il senso che oggi-giorno assume l'affermazione dell'interpretazione giurisprudenziale costituiscono occasione da non sprecare, per perseguire attraverso altra via il risultato auspicato dalla richiesta pronuncia *additiva*.

Se ha un senso quanto fin qui detto, la conclusione per l'interprete attento è davvero *a portata di mano*. E, invece che ad onta, proprio a causa della decisione della Corte costituzionale che, al dunque, non solo non ha smentito i principi rilevanti rispetto alla soluzione del caso, ma ha ritenuto di doverli *su-*

perare richiamando, sì, il *valore* della legge scritta rispetto alla *attaccabilità* del giudicato, ma *affannando* alquanto rispetto al riconoscimento della prospettiva convenzionale e in relazione agli sviluppi interpretativi che hanno ampliato l'ambito dell'istituto.

Va detto in proposito che l'individuazione della *ratio* della norma di cui all'art. 673 c.p.p. all'interno sistema dei principi (e dei valori) che si pongono a garanzia della corrispondenza della legge al diritto consente di rispettare il *senso* del testo entro il limite della *accettabilità* di essa rispetto a quei principi; cosa che necessariamente giustifica l'*estensione* del concetto di legge anche ad ogni altra forma di produzione del diritto.

E' stato detto, come si ricordava poc'anzi, che "*l'art. 673 codifica il principio per cui è contrario a ragionevolezza che possa permanere un effetto, ove giuridicamente annullata la sua premessa*"⁹⁹ ed è quanto mai opportuno sottolineare come tale conclusione compendi il risultato di un'analisi che, già compiuta dal Giudice delle leggi sulla portata assolutamente nuova e sulle *potenzialità* della norma in esame¹⁰⁰, si pone perfettamente in linea con quella prassi che, proprio nella materia esecutiva, attraverso il *diritto vivente* tende ormai a superare il dato testuale della norma in considerazione dell'obbligo di interpretare ogni disposizione in modo conforme alle disposizioni fondamentali a base della cooperazione internazionale. E se è stato affermato che "*il mutamento giurisprudenziale intervenuto medio tempore con decisione delle Sezioni Unite, rend[el] ammissibile la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata*", in quanto ha "*l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di 'elemento di diritto', idoneo a superare la preclusione di cui al co. 2 dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità*"¹⁰¹, non si vede come lo stesso non possa affermarsi nell'ipotesi di a-

⁹⁹ GAITO, *Dagli interventi correttivi*, cit.

¹⁰⁰ Corte cost., Ord. 3 aprile 1996, n. 96, cit.

¹⁰¹ Così, Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, B.D., in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 802, che, in motivazione ha pure precisato che, alla luce dei principi generali che ispirano il sistema penale, non qualsiasi mutamento giurisprudenziale che attribuisce carattere di novità ad una determinata *quaestio juris* legittima il superamento della preclusione suddetta, aggiungendo che "*non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione contra reum di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l'art. 7 della Convenzione europea sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo (e, per quanto detto, della mutata interpretazione più sfavorevole*". Su tale decisione, RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass.Pen.*, 2011, 26; DONINI, *Disposizioni e norma nell'ermeneutica penale*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, 73; BIONDI,

bolitio criminis giurisprudenziale.

Ricorda, per altro, la già citata “Sentenza Hauohu” come sia proprio il carattere d’innovazione dell’art. 673 c.p.p. attuale, non solo ad imporre “*di interpretare alla stregua di norma speciale il contenuto prescrittivo di tale disposizione*”, ma, come s’è detto, di considerare la disposizione stessa “*norma processuale che completa la disciplina generale sostanziale in materia di successione della legge penale nel tempo*”, per cui, se in forza di tale impostazione *sostanzialistica* (pur col richiamo al valore e alla portata degli artt. 136 Cost. e 30 L. n. 87 del 1953) la Corte di cassazione ha superato l’*empasse* rappresentato dalla limitata efficacia della sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale alle sole norme incriminatrici, non si comprende per quale motivo il testo della norma non possa essere interpretato dal giudice del caso concreto nel senso voluto dalla richiesta pronunzia additiva.

Se l’evoluzione interpretativa *muove sempre dal basso* e le differenze interpretative (o il “*disaccordo teorico*” di cui diceva Dworkin¹⁰²), sono la vita (e non la crisi) del diritto oggettivo, il problema fondamentale non è costituito dalle indagini formali sulla genesi delle norme o sulle cause alla base dei fenomeni, bensì dall’analisi di questi ultimi, al fine dell’individuazione degli strumenti possibili di risoluzione delle differenziazioni col minimo danno per la ricerca degli equilibri più consoni all’affermazione dell’oggettività del diritto nel rispetto delle posizioni soggettive sottoposte a tutela dai principi fondamentali e, quindi, per la *conquista* del risultato della (quanto più possibile) omogenea applicazione della legge rispetto ai quei principi: unica via, questa, per la realizzazione di quell’ *unicuique suum* che sorregge l’uguaglianza sostanziale (e non solo formale o apparente) dei cittadini di fronte alla legge.

La decisione delle Sezioni Unite della cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto? Quando l’interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità, in www.osservatoriosuldefonti.it, 2010, n.3.

¹⁰² DWORKIN, *op. loc. cit.*