

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

4  

---

2013



JOVENE EDITORE

V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012.

Se ormai può ritenersi acquisito al bagaglio scientifico di ogni giurista, sia egli positivo o teorico, lo studio delle interazioni tra il proprio diritto nazionale e quello di origine sovranazionale, meno pacifica, e quindi tanto più preziosa, è la capacità di offrire prospettive di lettura che di queste interazioni riescano a dare una chiave interpretativa, soprattutto tenendo conto di una realtà, normativa e giurisdizionale, sempre meno decifrabile e sempre più in continuo movimento.

Se poi si aggiunge che queste interazioni investono ormai ogni settore normativo, finanche quelli tradizionalmente ritenuti espressione di una potestà statale sovrana e in cui, pertanto, particolarmente complesse e delicate si fanno le strategie di integrazione normativa e giurisprudenziale, si comprende come la difficoltà di restituire una chiave di lettura unitaria e coerente ne risulti notevolmente accresciuta. Come dimostra la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, infatti, i rapporti col diritto sovranazionale contrassegnano ormai non solo un'area sempre più vasta del diritto nazionale, ma, nel momento in cui investono l'ambito di operatività dei diritti fondamentali, ne determinano anche una profonda trasformazione, immettendovi contenuti e principi di tutela capaci, dall'oggi al domani, di sovvertire principi, sistemazioni, equilibri ormai dati per acquisiti. Si pensi solo, per fare un esempio tra i tanti, al valore epocale da doversi attribuire alla nota vicenda giurisprudenziale in esito alla quale la Corte costituzionale, con la sent. n. 113 del 2011, ha incrinato il principio dell'intangibilità del giudicato penale, ammettendo tra i casi di revisione della sentenza definitiva anche la dichiarazione di iniquità del processo resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Proprio in ragione della pervasività e della dimensione di sistema che ormai contrassegna queste interazioni, merita di essere salutato con grande favore il volume di Vittorio Manes che di questi complessi fenomeni, in particolare per come essi investono il diritto penale, offre una ricostruzione lucida, approfondita e ispirata da una visione di fondo unitaria ma non per questo semplificatrice.

Il tentativo intrapreso dall'autore è rivolto a misurare gli effetti di questa interazione su un terreno ritenuto tradizionalmente più resistente all'influenza del diritto sovranazionale, indagandone i percorsi sul doppio fronte dei rapporti con l'Unione europea e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Fronti, questi ultimi, che non hanno immesso negli ordinamenti nazionali solamente profili di garanzia, ma che anzi hanno replicato a livello sovranazionale la compresenza tra questi profili e la fondazione delle pretese punitive, affidate in ambito UE alle direttive di armonizzazione (i cui titoli di competenza sono oggi compendati nell'art. 83 del TFUE) e in ambito CEDU agli obblighi statali di protezione, che scaturiscono quale risvolto del riconoscimento ai singoli di determinati diritti.

Il punto di partenza del volume è che in questo scenario, in cui l'erosione della sovranità statale si è «accompagnata anche al crepuscolo della statualità e della autarchia dello *ius puniendi*» (p. 2), il giudice si trovi costretto in spazi normativamente sempre più affollati, impossibilitato a ricostruire una volontà unitaria e chiamato sempre di più a ricomporre frammenti eterogenei e sconnessi di trama normativa.

A partire da questa premessa, l'autore si concentra nel primo capitolo (*Il reticolo normativo*) sulle trasformazioni dell'attività interpretativa del giudice penale indotte dal proliferare di un quadro normativo sempre più frammentato, che lo vedono sempre meno interprete dei precetti legislativi e sempre di più artefice degli stessi. Chiamato a maneggiare una congerie di dati normativi che progressivamente sfuggono ai requisiti di chiarezza e tassatività, anche sulla sua attività, classicamente presidiata dal principio di stretta legalità e di determinatezza delle misure repressive, finiscono infatti per riverberarsi quelle istanze di deformalizzazione che proliferano parallelamente allo «spostamento dell'attenzione dalla *disposizione* alla *norma* nell'ermeneutica penale contemporanea» (p. 23). In questo quadro, la tensione tra diritto giurisprudenziale e principio di legalità, se non si vuole eludere con richiami tanto facili quanto irriflessi a supposti «valori», si risolve dislocando quest'ultima ad un livello che vede ormai protagonista la Corte costituzionale, cui è affidato il compito di presidiare un complesso e delicato equilibrio, incentrato sull'elaborazione di quelle che Manes chiama «regole di *prevalenza* o di semplice *convivenza* con le quali si tenta di 'gestire' una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema» (p. 16). Regole, in altre parole, non di natura sostanziale, non in grado di prefigurare un esito univoco, ma piuttosto *metaregole* che attengono alla scelta dei percorsi da osservare per giungere alla soluzione del caso per il tramite dell'individuazione del diritto (inteso come regola normativa o come precedente giurisprudenziale) di volta in volta applicabile.

All'analisi delle più rilevanti di queste metaregole è dedicato il capitolo II (*Topologia del labirinto. Il giudice tra interpretazione conforme, disapplicazione, rimessione alla Corte costituzionale*). Muovendosi principalmente sul fronte dei rapporti col diritto dell'Unione europea, l'Autore esamina con scrupolo (e con argomenti capaci di avvincere anche i non penalisti) le interferenze che negli ultimi anni si sono venute creando tra le varie tecniche di composizione dei dissidi che maturano nei rapporti tra ordinamenti, operando una ricostruzione unitaria delle stesse alla luce del diverso regime degli atti sovranazionali (se *self-executing* o meno) e, soprattutto, della loro portata sull'estensione o sulla delimitazione dei margini del penalmente rilevante (se *in bonam* o *in malam partem*). Il quadro che ne esce è, come si evince dal titolo, quello di una topografia della complessità, in cui ogni caso è un *hard case* e in cui, seppure si prospetta una sistemazione che vede l'interpretazione conforme come posta a metà strada tra la disapplicazione e la rimessione alla Corte costituzionale, al tempo stesso si

prende atto che le «infinite ipotesi combinatorie ... saranno da esaminare volta per volta alla luce dei differenti paradigmi ricostruttivi (*primaute*/disapplicazione; questione di legittimità costituzionale e relative conseguenze) e dei principi che li presidiano (controlimiti/divieto di disapplicazione con effetti *in malam partem*)» (p. 54). Indagando in particolare i limiti dell'interpretazione conforme in materia penale, suscita particolare interesse l'ampio spazio dedicato dall'autore ai limiti assiologici più che a quelli logico-testuali: ed è qui, in particolare, che viene in evidenza la capacità di alcuni principi di garanzia di conformare l'interpretazione e l'applicazione del diritto sovranazionale, come quando la Corte costituzionale e la Corte di cassazione hanno predicato, seppure su diversi fronti, l'impossibilità che da atti dell'Unione privi di effetti diretti, in assenza di una intermediazione legislativa, possano farsi discendere conseguenze *in malam partem*, fossero anche queste ultime veicolate dall'interpretazione conforme. Ciò, tuttavia, non toglie che lo spazio di manovra che si apre al giudice è ormai immensamente dilatato rispetto al passato, perché questi dispone di «margini di valutazione e di bilanciamento vertiginosi» (p. 87) dovendo maneggiare «una trama normativa sempre più vorticoso» (p. 90), e senza che un recupero di razionalità del suo agire possa essere rinvenuto affidandosi *sic et simpliciter* al dialogo tra le Corti, dove anzi allignano indicazioni spesso plurivoche e dove, quindi, il ricorso a quelle metaregole si fa assai complesso (si pensi solo alla stratificazione dei livelli dell'interpretazione adeguatrice: al diritto dell'UE, alla CEDU, alla Costituzione).

Nel successivo capitolo (*Al centro del labirinto: obblighi punitivi, inadempimento dello Stato, margini di giustiziabilità costituzionale*) il fuoco dell'analisi si sposta sul terreno della fondazione della pretesa punitiva e sulle sue trasformazioni indotte dai processi di europeizzazione. Su questo fronte, il tradizionale sfavore che ha circondato l'individuazione nella Costituzione di obblighi di protezione penale, che è emerso anche nella riluttanza della Corte costituzionale ad estendere in via pretoria l'area del penalmente rilevante, viene vagliato alla luce degli obblighi di tutela penale che scaturiscono dai due fronti dell'UE e della CEDU, in rapporto ai quali l'autore predica la necessità di una limitazione della portata espansiva. Su entrambi i fronti presi in esame, infatti, l'estensione delle condotte punite attraverso il solo tramite dei raccordi giurisprudenziali viene ritenuta fortemente problematica, considerato, tra l'altro, che la *ratio* del divieto di pronunce costituzionali *in malam partem* assolve non solo ad una finalità di tutela della libertà del singolo, ma anche all'esigenza di rispettare la riserva legislativa in materia penale (p. 124) che allo stato esclude questi interventi in assenza di una intermediazione del legislatore.

L'ultimo capitolo (*I guardiani del labirinto*) è infine dedicato ad una valutazione di sistema di alcune questioni problematiche emerse di recente, per come esse vedono concretamente integrarsi l'azione delle diverse Corti di riferimento. Tra le altre, l'innalzamento dello *standard* di tutela penale

che si è avuto grazie all'azione della Corte di Strasburgo sul terreno, tra gli altri, della retroattività della *lex mitior* viene esaminato nel dettaglio alla luce della reazione che ha suscitato nella giurisprudenza costituzionale che, con la sent. n. 236 del 2011, si è mostrata capace di sottrarsi agli effetti del *dictum* europeo ricorrendo, come in altre occasioni, ad un uso del *distinguishing* cui l'autore non risparmia alcune critiche. Più che elidere la questione sagomando la portata del precedente europeo su una ipotesi diversa da quella sottoposta al suo esame, la Corte avrebbe in quell'occasione potuto, secondo l'autore, verificare la continuità di quel principio con il complessivo bilanciamento elaborato nel tempo in questa materia, richiamando direttamente il principio inglobato nel precedente europeo e inserendolo nella valutazione intorno alla massima espansione della tutela, predicata dalla stessa Corte a partire dalla sent. n. 317 del 2009. Il quadro che ne risulterebbe, di notevole interesse, è un percorso non preconceputamente ostile al bilanciamento ma anzi disposto «a stimolare un confronto diretto tra il contenuto degli obblighi internazionali e la tutela di interessi costituzionali eventualmente confliggenti» (p. 164).

Come risulta, la complessità dello scenario entro cui si muove l'analisi rende il volume una sorta di mappa dei problemi aperti sul fronte dell'integrazione sovranazionale, traggurati nella prospettiva, particolarmente delicata, dello spazio d'azione del giudice penale. Proprio la delicatezza della materia, il suo essere cioè densamente innervata da profili di garanzia di matrice costituzionale, conferisce tuttavia alla ricerca ivi condotta un rilievo che trascende la sfera specialistica del diritto penale per illuminare profili e problemi che investono in un'ottica più ampia l'integrazione normativa e giurisprudenziale con l'UE e con la CEDU.

Se si pensa, per fare un esempio tra i molti, ai problemi che ha posto e pone l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione quando, dietro un suo uso poco vigilato, si celano criptoanalogie o criptodisapplicazioni *in malam partem* (pp. 65 ss.), non si può non notare come il fenomeno in questione rischi di presentarsi in termini analoghi anche per il diritto convenzionale, dove la delimitazione dei poteri del giudice e l'incanalamento dei contrasti nel giudizio di legittimità costituzionale non ha impedito episodi di forzatura del dettato CEDU a livello interno, tanto da paventare anche qui casi di disapplicazione più o meno mascherata (penso a talune ordinanze recenti in tema di accesso alle tecniche di fecondazione assistita o agli esiti della supposta «comunitarizzazione» della CEDU). A maggior ragione su questo fronte, dove più estesi e penetranti si configurano i limiti di ordine costituzionale all'integrazione del diritto sovranazionale, dovrebbe valere l'ammonimento secondo cui l'interpretazione conforme richiede una valutazione dell'esito interpretativo che tenga anzitutto conto del rispetto di ciascun parametro costituzionale, sia preso in sé che nel suo tessuto sistematico, onde evitare forzature connesse all'esaltazione unilaterale dei valori da recepire *aliunde* come criteri-guida del procedimento interpretativo.

In gioco – per le sorti del diritto penale di impronta sovranazionale ma non solo – è, come avverte l'autore, la vera e propria fisionomia dello stato di diritto, che si vuole incardinata su una «tensione essenziale» (direi con Thomas Kuhn) tra il potere di emanare le leggi e il potere di applicarle a casi concreti, poli che spingono in direzione opposta ma la cui convergenza vettoriale genera l'equilibrio del sistema.

Altro profilo che induce a svolgere riflessioni ulteriori è quello, sempre più centrale, connesso all'uso e alla selezione dei precedenti, in particolar modo nell'ambito della elaborazione da parte della Corte costituzionale di una regola di giudizio fondata sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sul punto, l'impressione è che si assista a tecniche decisorie ancora lungi dall'essere stabilizzate ed in cui si alternano richiami, come direbbe il giurista di *common law*, meramente *probative* (cioè confermativi di una decisione che riposa su altre ragioni) ad accorte indagini intorno al consolidamento dell'autorevolezza di un certo precedente e alla sua continuità con quel disegno di massima espansione delle tutele già menzionato. Se, come esempi del primo orientamento, si possono richiamare la già citata sent. n. 236 del 2011 nonché la n. 264 del 2012, per l'enfasi con cui viene sottolineata la «parcellizzazione» della tutela apprestata dalla Corte EDU, sembra doversi salutare con particolare favore, sull'altro versante, la recente evoluzione registratasi in tema di retroattività della *lex mitior* con la sent. n. 210 del 2013. Riprendendo e valorizzando alcuni assunti, in precedenza lasciati in ombra, della nota vicenda *Scoppola*, questa pronuncia ha infatti inquadrato il problema della revisione del giudicato indotta da una *lex mitior* sopravvenuta alla luce di una consapevole e accorta sistemazione dei rapporti tra diritto convenzionale e diritto interno. In questo percorso – in accordo con proprio uno spunto di Manes già ricordato nell'esame del volume –, la selezione delle regole di giudizio desumibili dai precedenti europei, incentrate sul profilo del diritto intertemporale, viene ricalibrata nella sua portata per essere posta in linea di continuità con quei principi costituzionali che debbono ritenersi prevalenti sull'intangibilità del giudicato, primo fra tutti la tutela della libertà personale.

Insieme alle attente analisi sui diversi fronti delle interazioni col diritto sovranazionale e sulle tecniche interpretative di composizione dei dissidi che ne risultano, il volume, come si diceva all'inizio, restituisce al lettore una chiave di lettura unitaria dei fenomeni in esame, compendiata nella metafora del labirinto. Una metafora che lo accompagna per tutto il volume e che lo vede districarsi – quasi impersonandosi nel giudice che opera in quel labirinto – tra i vicoli ciechi, la fatica del trovare la via d'uscita e la tentazione di aggirare le difficoltà affidandosi a soluzioni estemporanee, novello Icaro che pensa di sottrarsi involandosi su ali di cera.

Quella del labirinto è infatti metafora della complessità che pare più felice di altre perché, restituendo l'idea di una localizzazione discontinua, frammentata ma dalla quale *si può uscire* (mentre i nodi della rete sono fun-

gibili e hanno una struttura frattale, ripetibile all'infinito), enfatizza la natura *qualitativa* dei problemi in questione. Problemi la cui soluzione, in altre parole, non rimanda ad una corrispondenza oggettiva con dati di realtà giuridica in cui ogni esito è determinato *a priori*, ma presuppone un «lavorio interiore» (da cui *labor intus*) che si traduce in «una scelta tra – ed anzitutto l'*esclusione* di – alternative a prima vista tutte possibili» (p. 44). È proprio la ricchezza metaforica del labirinto – il suo richiamare un recupero della razionalità giuridica affidata non alla edificazione di grandi sistemazioni, ma innanzi tutto alla progressiva esclusione delle alternative irrilevanti, delle soluzioni inadeguate – opera come argine rispetto allo spaesamento che si potrebbe ingenerare nello studioso, come nel lettore di questo libro, per l'affiorare di una complessità apparentemente ingestibile, priva di soluzioni. L'insistenza posta su metaregole e su principi regolativi, piuttosto che sulla possibilità di reperire sempre e comunque una *one right answer*, e l'ampliarsi a dismisura dello spazio e dei soggetti della regolazione, troppo ampio e variamente interconnesso per potere essere esaurito da un solo attore legislativo o giurisprudenziale, potrebbe facilmente portare a disperare di ogni tentativo di recuperare una razionalità dell'azione del giudice e dell'interprete, calato in una realtà ormai indecifrabile e impossibilitato a servirsi di altro che di strumenti tecnici frammentari e occasionali.

Di contro a questo quadro, le risorse epistemiche che offre il labirinto come luogo della scelta, delle progressive approssimazioni, degli *incompletely theorized agreements* (Sunstein), rimandano ad un universo di significati in cui quella razionalità, andata per dispersa, viene recuperata nell'elaborazione quotidiana e collettiva di una molteplicità di attori, in primo luogo le Corti e i decisori politici ma, accanto ad essi, anche i giuristi delle diverse provenienze. È un universo, quest'ultimo, che non dispera, ad esempio, della possibilità di continuare a coltivare la certezza del diritto, ma nella consapevolezza che quest'ultima non può più ridursi alla sola dimensione tecnica, per assumere piuttosto il connotato di un principio-valore da perseguire in forme non più date una volta per tutte. Che conosce i rischi connessi a quell'antiformalismo volontarista che nasconde, dietro all'appello ai valori per aggirare il testo della legge, nulla più che il *sic volo* del giudice, ma al tempo stesso è consapevole che la complessità della trama normativa spinge ad assimilare, sempre di più, l'interpretazione della regola a quella del precedente giudiziario. Che, infine, si riconosce intorno all'effettività del riconoscimento dei diritti fondamentali come criterio guida, in un orizzonte che non riduce quest'ultima al solo soddisfacimento della pretesa individuale, ma ne esalta la centralità in quanto momento di legatura tra le aspettative dell'individuo e i principi fondanti della collettività politica.

GIORGIO REPETTO