

«I LIBRI» DI ARCHIVIO PENALE

«I LIBRI» DI ARCHIVIO PENALE

Comitato scientifico

Alfredo GAITO

“Sapienza” Università di Roma

David BRUNELLI

Università degli Studi di Perugia

Giovanni DEAN

Università degli Studi di Perugia

Giulio GARUTI

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Adelmo MANNA

Università degli Studi di Foggia

Oliviero MAZZA

Università degli Studi di Milano—Bicocca

Tullio PADOVANI

Scuola Superiore Sant’Anna
di Studi Universitari e di Perfezionamento

Mauro RONCO

Università degli Studi di Padova

Giorgio SPANGHER

“Sapienza” Università di Roma

A partire dall’ a.a. 2012—2013, ogni studio monografico pubblicato in questa Collana è stato previamente sottoposto, con esito positivo, a *peer review* (secondo le regole della revisione anonima) da parte di almeno due membri del Comitato scientifico.

Carlo Sotis

Le “regole dell’incoerenza”

Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5563-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

La coerenza logica non cessa di essere un bene
sol perché non è il supremo bene

(Benjamin Nathan Cardozo, 1921, p. 15)

Indice Sommario

Introduzione.....	11
-------------------	----

PARTE PRIMA – TECNICHE

Capitolo I – I principi

1. L'ascesa dei canoni di razionalità materiale.....	21
1.1. Una spiegazione culturale: «dal giusnaturalismo al giustecnismo»?.....	23
1.2. Una spiegazione istituzionale: un <i>deficit</i> cronico di legittimazione.....	26
2. Un esempio: necessità di pena e vincolo di realtà.....	28
3. La capacità inclusiva della razionalità materiale.....	29
4. <i>Standard</i> di razionalità materiale e internormatività.....	31

Capitolo II – I concetti

1. Premessa.....	35
2. Non applicazione.....	36
3. Controlimiti.....	42
4. Interpretazione conforme.....	43
5. Margine nazionale di apprezzamento.....	48
6. “Margine nazionale di bilanciamento”.....	51

Capitolo III – Le competenze

1. Premessa: la promiscuità nelle competenze	55
2. Promiscuità primarie. Sull’oggetto e sulle fonti delle decisioni	57
2.1. Sull’oggetto	58
2.1.1. “Legittimità comunitaria delle norme nazionali”	58
2.1.2. “Legittimità costituzionale delle norme comunitarie”	59
2.1.3. “Legittimità convenzionale delle norme comunitarie”	61
2.2. Sulle fonti	64
3. Promiscuità secondarie. La confusione tra fonti ed argomenti	66
4. La c.d. “circolazione del precedente”: la parabola della retroattività <i>in mitius</i>	69
4.1. Cronologia	69
4.2. La confusione tra fonti ed argomenti nella sentenza Scoppola della Corte di Strasburgo	71
4.3. Effetti	75

PARTE SECONDA – COLLAUDO

Capitolo IV – Circolazione degli argomenti e fondamento europeo della retroattività *in mitius*

SEZIONE 1 – INTERSEZIONI: I DENOMINATORI COMUNI

1. Premessa	81
2. “La retroattività <i>in mitius</i> è un principio”	83
2.1. Per la Corte costituzionale	83
2.2. Per la Corte di Strasburgo	85
2.3. Per la Corte di giustizia	86
3. “Il principio di retroattività <i>in mitius</i> non è un corollario del principio di legalità”	87
3.1. Per la Corte costituzionale	87
3.2. Per la Corte di Strasburgo	87
3.3. Per la Corte di giustizia	90
4. “Proporzione e retroattività <i>in mitius</i> sono tra loro collegate”	91
4.1. Per la Corte costituzionale	92
4.2. Per la Corte di Strasburgo	97
4.3. Per la Corte di giustizia	101

SEZIONE 2 – SOVRAPPOSIZIONI: L'ART. 49 DELLA CARTA DI NIZZA E IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE COME FONDAMENTO DELLA RETROATTIVITÀ *IN MITIUS*

1. Ricostruzione: l'art. 49 della Carta.....	109
2. Dal fondamento alla disciplina. Prime risposte e scenari futuri.....	114
3. (segue) Risposte.....	115
3.1. <i>Lex intermedia</i>	115
3.2. Illegittimità della legge sopravvenuta più favorevole.....	117
3.3. Leggi eccezionali e temporanee.....	120
4. (segue). Scenari. Il limite del giudicato.....	122
4.1. L'uguaglianza-ragionevolezza e la proporzione in senso formale.....	125
4.2. La proporzione in senso materiale (art. 52 della Carta) come limite alla proporzione in senso formale (art. 49 della Carta).....	130
4.3. Un raffronto: i limiti alla retroattività <i>in mitius</i> al vaglio dell'uguaglianza-ragionevolezza e della proporzione in senso materiale.....	131
 Bibliografia.....	 139

Introduzione

Ad esaminare un'arma a doppio taglio¹ prima o poi ci si fa male. E non c'è infatti studioso del diritto penale che non presenti le stesse ferite.

La prima è inferta dal carico di dolore e di soprusi che il diritto penale si trascina con sé.

Poi ne arriva una seconda, da quell'ossimoro etico che impone al penalista di osservare scientificamente una disciplina che già nel nome, incaricandosi di punire, si assume il compito di allocare *sofferenze*². Il dovere di ogni giurista, infatti, è di offrire ricostruzioni e valutazioni che poggino su base razionale. Sappiamo bene però che l'idea del castigo legale nelle sue fondamenta razionale non è³. Non vi è, e non vi sarà mai (meglio: non vi dovrà mai essere), alcuna giustifica-

¹ Mi riferisco ovviamente alla più nota metafora della letteratura penalistica: la pena «è un'arma a doppio taglio; tutela di diritti attraverso lesione di diritti» F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962 (1882), p. 46.

² Cfr. C. E. PALIERO, *L'economia della pena* (un work in progress) in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 537 s.; a cui rinvio anche perché lo spirito che anima questo fondamentale saggio costituisce di per sé una splendida metafora di quanto sto dicendo sull'obbligo di aporia che governa la scienza penalistica di *dovere* offrire ricostruzioni e valutazioni scientifiche dovendo, tuttavia, fare i conti con «la a-razionalità genetica del diritto penale» (*ivi*, p. 577 s.).

³ L'assunto è ben noto ai penalisti, per tutti rinvio sul punto, e non solo, alle pagine dell'ultimo scritto del compianto Maestro milanese: F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, p. 222 s.

zione in grado di indicare razionalmente la qualità e la quantità di sofferenza da somministrare a chi ha commesso un crimine.⁴

Per questo, le ragioni della coerenza in diritto penale si fanno, tuttavia, ancora più pressanti⁵: infliggere pene non è razionale, ma senza razionalità il carico di sofferenza inferta cresce esponenzialmente. E senza coerenza non vi può essere razionalità.

Quando si aprono i cancelli della formalizzazione, l'uso della pena viene governato dall'arbitrio o – peggio ancora – dall'irrazionalismo⁶ e il diritto penale lascia il terreno a logiche di punizione enormemente più tragiche: la vendetta e lo sterminio⁷.

Quindi, proprio perché l'uso della pena non è compiutamente razionalizzabile, solo la formalizzazione “lo tiene a freno, lo affina, lo rende trasparente, calcolabile e controllabile”⁸ e, dunque – mi permetto di aggiungere –, *prevedibile*. Una formalizzazione che passa necessariamente per la ricerca di quella coerenza nell'applicazione che è garanzia di ponderabilità e di prevedibilità nell'esercizio dello *jus puniendi*. La coerenza non è da sola certo sufficiente per tenere a bada

⁴ Così l'illustre marchese: «Se vi fosse una scala esatta ed universale delle pene e dei delitti, avremmo una probabile e comune misura dei gradi di tirannia e di libertà; del fondo di umanità e di malizia delle diverse nazioni» C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, nell'edizione a cura di G. D. Pisapia, Milano, 1964 (1764), p. 79 (par. XXIII).

⁵ Così in un denso libretto *Domenico Pulitanò* descrive il paradosso che caratterizza il diritto penale: «L'uso della spada, per quanto legato a presupposti e scopi scrupolosamente pesati sulla bilancia della giustizia, per sua natura eccede la dimensione del giudizio razionale» «tutto ciò non diminuisce, anzi rende più acuta l'esigenza di una teoria della pena che faccia razionalmente i conti con i problemi (...) del punire, assumendo anche l'irrazionale e il non compiutamente razionalizzabile ad oggetto di conoscenza e di valutazione critica» D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli 2012, p. 24 s.

⁶ Due riferimenti, di tipo emotivo, non certo esaustivo: G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986 (dodicesima ed.) p.65 s. in part. p. 78 s.; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali* in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 177 s.

⁷ Su tutti v. F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, cit., passim; M. DELMAS-MARTY, *Violenze e massacri: verso un diritto penale dell'inumano?* in *Riv. it., dir. e proc. pen.*, 2009, p. 753 s.

⁸ Così, quasi testualmente, W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 (2009), p. 123.

l'uso della pena, ma che essa sia necessaria costituisce un "tratto permanente"⁹ della legittimazione del diritto penale secolarizzato.

Questa è la seconda ferita che si procura chiunque esamina quest'arma: farsi carico, anche eticamente, di razionalizzare le condizioni di uso di una tecnica di controllo sociale che razionale non è.

Coerenza e diritto penale intessono quindi da sempre¹⁰ un rapporto sofferto: la coerenza è irraggiungibile, perciò deve essere perseguita. E, se questo si dovesse rivelare impercorribile, quantomeno che il campo non sia invaso sulla sua antitesi – l'incoerenza –.

Questo rapporto si trova ad affrontare un nuovo fattore di crisi¹¹ proveniente dalla riflessione offerta da un "classico" campo di indagi-

⁹ Parafrasando M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 487 s.

Il carattere necessario della coerenza è un assunto comune della cultura penalistica italiana. Le differenze sono poi sulla base, il metro e la misura della coerenza nell'eterna disputa tra le ragioni dello schema e quelle del contenuto (su cui v. la fondamentale opera di M. G. LOSANO, *Sistema e struttura e nel diritto* (voll. I, II e III), Milano, 2002), ma la necessità di coerenza è indiscussa. Basti pensare a *Giuseppe Bettiol* convinto retribuzionista che modella il volto del diritto penale con lo scalpello dei valori in contrapposizione al tecnicismo-giuridico, ma ammonisce a chiare lettere: «Dobbiamo rimanere legati alla *logica aristotelica*, e peraltro non fare della logica la ragione di ogni ricerca, ma considerala piuttosto come uno strumento *necessario* al raggiungimento di ciò che vogliamo: idee chiare, semplici, precise, coordinate tra loro e polarizzate sui "valori", i quali formano il contenuto del diritto penale» (così G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Op. cit.*, p. 72, corsivi aggiunti). Ora, mi rendo conto che certe note sono implausibili perché per il solo fatto di esserci hanno la pretesa di corroborare affermazioni (niente di meno che il rapporto tra coerenza e diritto penale!) che in realtà necessiterebbero di un apposito studio monografico, già solo per essere formulate correttamente. Sono consapevole, quindi, che quando si fanno certe affermazioni occorrerebbe, anche solo a fini bibliografici, fare riferimento alla letteratura penalistica nel suo complesso. Mi permetto tuttavia di indicare giusto due recenti pubblicazioni, di grande spessore, e due ormai "classiche ricostruzioni offerte dalla manualistica (oltre a quella miliare contenuta nel già citato manuale di Bettiol): M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, in part. p. 3 s.; 173 s.; S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo* in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 575 s.; per una ricognizione che ha formato il cuore e il cervello della mia generazione v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, p. XVI s., F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2009, p. XXXIV s.

¹⁰ *Rectius*: da quando lo *jus puniendi* si è secolarizzato e subordinato all'utile (il che, detto tra parentesi, innesta un altro ben noto paradosso nel paradosso: è dall'età della ragione che il diritto penale diventa irrazionale). Fondamentale G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 387 s.

¹¹ È banale, ma sempre efficace, quando si evoca una crisi per poi – come cercherò di mostrare nel corso dell'indagine – provare a valorizzare i punti di forza emergenti dai fattori cri-

ne della c.d. postmodernità: il pluralismo giuridico¹², che, anche sul settore più specificatamente penale, poggia su importanti ricerche che stanno fissando le coordinate essenziali di quella che è conosciuta come “teoria dell’armonizzazione penale¹³”.

In particolare, quello che può a buon diritto essere definito il più importante contributo a questa teoria prende a prestito un’idea chiave, definita “la legge delle tre C”¹⁴ (Complessità, Coerenza, Completezza) che ne ispira tutta la ricerca, secondo cui se un sistema diviene *complesso*, non potrà essere anche *completo e coerente*¹⁵. La conseguenza

tici (l’incoerenza nel nostro caso) rifarsi allo sfruttatissimo aforisma «Scritta in cinese la parola crisi si compone di due caratteri. Uno rappresenta il pericolo e l’altro rappresenta l’opportunità» la cui paternità viene attribuita a *John Fitzgerald Kennedy* (ma rivendicata da migliaia di altri, in particolare dal settembre 2008 in poi da consulenti aziendali e manager, più o meno *top*, come si intravede cliccando sul *web* l’aforisma di J.F.K.):

¹² L’ampiezza della letteratura sul pluralismo giuridico è proporzionata alla sua importanza. Una sintesi, che trovo eccellente, è offerta da G. ITCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L’Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* (DPCE), 2009, p. 34 s. A mio avviso un’opera fondamentale, anche per l’offerta di chiarezza concettuale e terminologica, e che ha fissato le coordinate di riferimento della più attuale riflessione è F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002. Mi piace poi ricordare come tutta la riflessione “post moderna” sul pluralismo giuridico è grandemente debitrice del fondamentale studio di S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*. Firenze, 1945 (1918).

¹³ In questa prospettiva, nel quadro di un’ampia letteratura, le opere a mio avviso più significative sono M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006; M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di) *Los caminos de la armonización penal*. Valencia 2009 (2008); M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Cizur Menor (Navarra) 2011.

¹⁴ Cfr. M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di) *Los caminos de la armonización penal*. cit., in particolare p. 27 s., p. 527 s.

¹⁵ Si tratta quindi della versione confezionata per le scienze sociali del teorema matematico di *Kurt Gödel* del 1931, che recita più o meno così un “sistema complesso non potrà al tempo stesso essere anche completo e coerente” da me appreso (ma la letteratura divulgativa sul teorema di *Gödel* è copiosissima) a partire dal fortunato volume di D. R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach*, Milano, 1990, in part. p. 16 s. Ora, mi è ben presente il monito di *Mario Losano* sulla fascinazione tipica che registrano le teorie postmoderniste di trarre da asserzioni provenienti dalle scienze esatte strumenti (o più correttamente: “metafore”) concettuali applicati anche per le scienze sociali (M. G. LOSANO, *Sistema cit.*, Vol. III, in particolare p. 194 s. e 233 s.). Occorre tuttavia riconoscere che il citato volume *Los caminos de la armonización penal* (per fare riferimento alla versione spagnola, il libro è pubblicato anche in inglese ed in francese) offre una concettualizzazione straordinariamente interessante e, ciò che più conta, elaborata sulla base di una puntigliosa osservazione dei più disparati fenomeni di armonizzazione penale.

è che quando la complessità diviene la costante di un sistema esso sarà *necessariamente* incompleto e *incoerente* ¹⁶.

Lo scopo dell'indagine

Da questa idea chiave prende le mosse anche questo studio, che, molto più modestamente, vuole limitarsi a comprendere come possa il diritto penale trovare la sua giustificazione in un *habitat* in cui le incoerenze siano divenute necessarie.

L'oggetto dell'indagine

Per fare ciò, occorre osservare le caratteristiche giuridiche che qualificano i sistemi penali complessi, eleggendo ad osservatorio privilegiato quello europeo. Come vedremo, si tratta di fenomeni ben noti se presi singolarmente, ma che non vengono di solito accomunati. *L'ipotesi di lavoro* che qui si avanza, invece, è che questi siano tra loro collegati, segnatamente dal punto di vista funzionale. Tutti sono ascrivibili alla logica comune di provare a gestire l'incoerenza. Questa, infatti, essendo divenuta necessaria non si può eliminare, ma, come vedremo, si può gestire in altro modo. Utilizzando quindi la felice formula coniata dalla penalista che più di tutti ha contribuito in questa direzione – mi riferisco a *Mireille Delmas-Marty* ovviamente –, sono tutti fenomeni che rispondono all'esigenza di dare vita ad un "pluralismo ordinato" ¹⁷.

¹⁶ La complessità diviene la costante quando si verifica un fenomeno di stratificazione internormativa. Quando cioè si registra la *compresenza* nella definizione di un giudizio (penale) di norme appartenenti ad ordinamenti diversi, ma in posizione di reciproca interferenza e, per poco che si rifletta, ci si rende subito conto che questa situazione descrive la normalità, non più l'eccezione, a maggior ragione se con ordinamenti intendiamo riferirci alla definizione di *Santi Romano* secondo cui, come ben noto, un ordinamento giuridico in realtà risulta composto da una moltitudine di ordinamenti S. ROMANO, *L'ordinamento* cit. *passim*. In questa prospettiva ad esempio la tematica della colpa, dei reati di obbligo o degli elementi normativi sono manifestazioni della complessità perché innescano fenomeni di internormatività.

¹⁷ "Ordonner le multiple" e "pluralisme ordonné" sono orizzonti etici, prima ancora che metodologici, che accompagnano tutta la vita e quindi rinvenibili in molte delle opere della grande studiosa; già a partire dalla prima monografia in tema (M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986) rinviamo tuttavia al già citato secondo volume della trilogia dedicata alla "*Forces imaginées du droit*" proprio così intitolato, ID. *Le pluralisme ordonné*, cit., (tradotto in inglese *Ordering pluralism: a conceptual fra-*

Tuttavia, sia che si parli di “gestione dell’*incoerenza*”, o di “*pluralismo ordinato*” o di “*tensione tra relativismo e universalismo*”¹⁸ la sostanza non cambia: l’irriducibile specificità di un sistema complesso è, infatti, di essere composto dalle interferenze normative tra ordinamenti giuridici diversi, senza possibilità di *reductio ad unum*¹⁹, nemmeno quando gli ordinamenti coinvolti dovessero entrare in contraddizione. Per questo mi sembra opportuno fare leva, anche retoricamente, sul concetto di *incoerenza fisiologica*.

Per un verso è, infatti, proprio questa relazione con l’*incoerenza* a far emergere lo spazio tipico dei sistemi complessi (o a rete che dir si voglia).

Se gli ordinamenti giuridici trovano nella *coerenza* (oltre che nella completezza) la loro identità, la relazione con la *coerenza* sembrerebbe ben imbrigliata, e una volta per tutte, dalla rassicurante logica aristotelica. In *questa* ottica, delle due l’una: un determinato conflitto è giuridicamente rilevante se avviene tra norme dell’ordinamento, e allora esso sarà in realtà apparente (monismo) perché quell’antinomia troverà nell’ordinamento le sue regole di soluzione; oppure non è tra norme dello stesso ordinamento, ma in questo caso sarà giuridicamente irrilevante, un mero dato di fatto (dualismo).

Tertium datur, invece. I sistemi a rete sono proprio quegli spazi in cui vi sono dei conflitti tra norme per un verso giuridicamente rilevanti e per altro verso non risolvibili²⁰.

Per altro verso, la *fisiologia* insinua l’idea che se una caratteristica – l’*incoerenza* appunto – costituisce la cifra essenziale di un sistema, essa non può essere considerata patologica.

mework for understandig trhe transnational legal world, Oxford, Portland, 2009) e sulla cui base è stato poi elaborato il già citato volume collettaneo *Los caminos de la armonización penal*.

¹⁸ Su cui in una letteratura sterminata, nel tempo e nello spazio, rinvio a due penetranti introduzioni: P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica* in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani, Dimensioni della soggettività moderna nello spazio globale tra imposizioni e negazioni* in corso di pubblicazione per i tipi di EUM-Macerata; F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011.

¹⁹ Questa è a mio avviso una delle chiavi di lettura fondamentali che dobbiamo a S. ROMANO, *L’ordinamento* cit., p. 86 s.

²⁰ Sul punto si rinvia alla brillante riflessione offerta da G. ITCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*, cit., p. 34 s.

Autorevoli concezioni del “pluralismo giuridico” fanno, infatti, riferimento proprio all’idea della *necessaria incoerenza*²¹ come tratto caratterizzante dei sistemi a rete²².

Il corollario di questa premessa è ovvio: se questo è lo scenario fisiologico, l’arsenale classico di risoluzione delle antinomie²³ intraor-

²¹ Per questo l’unica perplessità che mi sento di avanzare al bel *Manifesto sulla politica criminale europea* (in ZIS (12/2009), versione in italiano pubblicata a p. 737 ss. consultabile online sul sito della rivista www.zis-online.com), è al c.d. “principio di coerenza verticale” qui enunciato, secondo cui «Nelle prescrizioni riguardanti il diritto penale criminale il legislatore europeo deve rispettare la coerenza dei sistemi penali nazionali» (ivi p. 61).

Questa richiesta, infatti, a me sembra pretendere troppo: se il legislatore europeo dovesse trovare nella coerenza (assiologica e normativa evidentemente) dei sistemi penali nazionali un limite invalicabile, non riesco a comprendere quale sarebbe il legittimo spazio di intervento del legislatore europeo (e della Corte di giustizia Ue).

Le mie perplessità tuttavia derivano dall’enuciamento in generale del principio di coerenza verticale, non anche dagli specifici esempi avanzati (ivi p. 67 s.). Anzi, questi nel merito sono pienamente condivisibili (ad esempio il manifesto denuncia l’imposizione da parte del legislatore europeo di minimi dei massimi di pena edittali in tema di terrorismo che risultano superiori a quelli previsti a livello nazionale per crimini considerati di maggiore gravità), la ragione è che, dal mio punto di vista, gli esempi avanzati sono critici *non* per la loro incoerenza verticale, ma a causa delle perduranti opacità che gravano sui principi europei di *necessità* e di *proporzionalità* della pena (su cui, volendo, v. C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona* in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, n. 1-2012, p. 111 s.).

Di più: dato che l’incoerenza (come cercherò di mostrare) è necessariamente fisiologica, qualificare determinate situazioni come contrarie ad parametro di validità che tale non è rischia di produrre l’effetto opposto; segnatamente di condannare delle situazioni realmente problematiche a non trovare soluzione normativa, proprio perché risultano agganciate a dei parametri inesigibili. In altre parole, mi sembra più auspicabile, per gli esempi avanzati nel *Manifesto sulla politica criminale europea*, valutare se questi siano conformi ai “reali” principi di validità che devono sovrintendere alla politica criminale europea (necessità e proporzionalità), piuttosto che cercare di ricondurli ad un sedicente principio (la coerenza verticale ascendente) che essendo insostenibile risulta, a maggior ragione, non giustiziabile.

²² G. IRCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*. cit., p. 45 dedica una lunga nota (la n. 48) alla ricognizioni di varie definizioni del pluralismo giuridico, in cui l’incoerenza ne assume il tratto di elemento distintivo. Tra le tante citate ne riprendo qui solo alcune, nella traduzione in italiano offerta dall’autore: «un sistema giuridico è pluralista quando contiene regole di riconoscimento tra loro incoerenti, che danno origine a questioni giuridicamente insolubili all’interno del sistema» (N. W. Barber); «Pluralismo come condizione di indeterminazione del diritto prodotta dall’esistenza di una pluralità di punti di vista concorrenti – di ordinamenti – sulle medesime questioni giuridiche» (C. Richmond); «Il pluralismo come possibilità concettuale di conflitti giuridicamente insolubili, tali conflitti nondimeno riescono ad essere evitati e risolti nella prassi» (M. Kumm).

²³ Cfr. anche per i rinvii il quadro tracciato da A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2011.

dinamicali, fondato *in primis* sui criteri di specialità, prevalenza e successione e sui canoni della logica deduttiva, non è in grado di risolvere i conflitti²⁴ che si possono presentare tra norme appartenenti ad ordinamenti diversi, ma tra loro dipendenti²⁵.

Gli strumenti normativi che caratterizzano, invece, i c.d. sistemi penali complessi mi sembrano riconducibili alla comune esigenza di fare i conti con questa fisiologica incoerenza.

Non potendo eliminarla, ma dovendo risolverla, hanno affinato una serie di *tecniche* che gli permettono di *aggirare le incoerenze*. Si tratta, per dirla con *Vittorio Foa*, di agire con la “mossa del cavallo”²⁶.

Il sommario dell'indagine

La *prima parte* è dedicata all'osservazione di queste *tecniche* di aggiramento.

In particolare l'osservazione si focalizza su quelli che mi sembrano essere i loro più tipici piani di lavoro: segnatamente quello dei *principi* (capitolo I), quello dei *concetti* (capitolo II), e quello delle *competenze* (capitolo III).

Osservate le tecniche, si tratterà quindi, nella *seconda parte*, che coincide con un unico capitolo (il IV), di provare ad usarle. Il banco di

²⁴ È interessante segnalare che nel volume M DELMAS-MARTY, M PIETH, U. SIEBER (a cura di) *Los caminos de la armonización penal*. cit., (v. ad es. *ivi* il contributo di *Mireille Delmas-Marty*, p. 537 s.) i conflitti normativi interordinamentali sono chiamati “discontinuità normative”. La scelta, anche ideologica, che fonda il concetto ci sembra evidente. Con l'idea di discontinuità normative si vuole designare una realtà in cui la normalità è la continuità (affermando quindi una tendenziale armonizzazione di base) e la discontinuità è l'eccezione. Per altro verso, tale concetto aiuta proprio a liberarsi da una terminologia che facendo leva su termini come “conflitto giuridico” e “antinomia” ha poi difficoltà a fare a meno delle rispettive costruzioni teoriche dentro cui tali concetti sono cresciuti. Altrettanto interessante il ragionamento che illumina la monografia di F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*. cit., che volendo costruire una teoria generale dei sistemi a rete, nella c.d. *pars costruens* lascia da parte il concetto di incoerenza (cfr. *ivi* in particolare p. 307 s.).

²⁵ V. in questa prospettiva la lucida analisi di A. NIETO MARTÍN, *Modelos de organization judicial en el derecho penal europeo* in L. M. DIEZ PICAZO, A. NIETO MARTÍN (sotto la direzione di), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo – Cizur Menor* (Navarra) 2010, in particolare p. 168 e s.

²⁶ «La Torre, che procede in linea retta, come confronto e scontro su un terreno imposto a cui non si può sfuggire, e il Cavallo, che salta lateralmente, come ricerca di terreni e livelli diversi. La mossa del cavallo è molto più facile sulla scacchiera che nell'azione pratica. Ma si può tentare» V. FOA, *Il cavallo e la torre*, Torino 1991, p. 3.

prova prescelto per questo *collaudo* sarà il nascente principio europeo di retroattività *in mitius*. Per due buone ragioni. In primo luogo, perché, come vedremo, è su questo tema che si registra il massimo livello di incoerenza tra i vari ordinamenti coinvolti nel nostro campo di osservazione privilegiato, quello europeo. In secondo luogo, perché, a pensarci bene, l'idea dell'applicazione retroattiva è di per sé un'incoerenza. La retroattività della legge penale più favorevole costituisce, quindi, una splendida metafora che fa vedere come *coerenza* e *giustizia* non si trovino sempre dalla stessa parte.