

ANTIFORMALISMO INTERPRETATIVO: IL POLLO DI RUSSELL E LA STABILIZZAZIONE DEL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE*

(A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro)

Ombretta Di Giovine

ABSTRACT

Muovendo da alcune recenti pronunce delle Corti interna ed europea, l'Autrice evidenzia la problematicità del concetto di “prevedibilità dell'esito giudiziario” e della tendenza ad attribuire efficacia vincolante ai precedenti dei giudici europei. Sottolinea, per contro, l'esigenza di un approccio di tipo ermeneutico, volto ad esplicitare i presupposti assiologici e le conseguenze delle differenti opzioni interpretative.

SOMMARIO

1. Alcune precisazioni preliminari sull'uso delle etichette. – 2. L'antiformalismo europeo – 3. Un intermezzo autobiografico in forma di confessione. – 4. Come va intesa la «prevedibilità dell'esito giudiziario»? Il caso Contrada. – 5. Il pollo illuso e i diritti insaziabili. – 6. Come si interpreta il precedente CEDU? La confisca senza condanna. – 7. Segue: la confisca senza condanna. Spunti per un'“ermeneutica europea”. – 8. Conclusioni.

* Testo della relazione svolta al Convegno PRIN “*Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*”, Foggia, 15 e 16 maggio 2015.

1.

Alcune precisazioni preliminari sull'uso delle etichette.

Le impostazioni in materia d'interpretazione si trovano spesso etichettate come: «cognitiviste», che sarebbero quelle secondo cui l'interprete “scopre” il significato insito nella lettera della legge, e «anti-cognitiviste» o «scettiche», che invece riconoscono il ruolo creativo dell'interpretazione – spesso si aggiunge – legittimando l'arbitrio¹. Altri agli attributi «cognitivista» e «anticognitivista» preferisce, per varie ragioni, quelli «formalista» ed «antiformalista»².

Farò mia quest'ultima terminologia.

Tengo però a precisare che contrapposizioni così nette, ammesso che corrispondano alla realtà dei fatti – e dirò subito che ne dubito –, potrebbero forse avere un senso nella filosofia del diritto, dove svolgono un ruolo chiarificatore e didascalico (mettono in luce alcuni snodi problematici). Andrebbero invece relativizzate nell'ambito delle discipline di diritto positivo dei sistemi in cui vige la riserva di legge dove, nel confronto con i casi specifici, l'interprete “formalista” ricorre agli stessi canoni di cui si avvale l'“antiformalista”, sicché le attività dell'uno e dell'altro non differiscono qualitativamente.

Aggiungo che, anche dal punto di vista degli esiti, non è detto che l'antiformalismo conduca all'anomia e all'arbitrio e che il formalismo rispetti invece ordine, armonia e rigore.

Infatti, chi, come me, simpatizza per l'impostazione (oltre che per la denominazione) antiformalista, precisa che essa non propugna affatto il superamento della lettera della legge (la lettera della legge è il punto di partenza e nel contempo resta il limite invalicabile dell'interpretazione), ma si limita ad evidenziare che tale lettera non è immutabile, poiché ha confini che variano nel tempo ed anche nello spazio (giuridico).

La ragione della preferenza affonda dunque tante volte semplicemente nel fatto che le concezioni antiformaliste dedicano attenzione alle dinamiche dei cambiamenti e alle modalità della conoscenza, esplicitando oltretutto i presupposti valoriali da cui dipendono le differenti possibili opzioni. Per questa ragione sembrano – e non è un paradosso – più ricche di “teoria della conoscenza” e quindi più rigorose delle concezioni rivali.

Al limite, è forse possibile notare che chi ha una “sensibilità antiformalista” reputa che l'interpretazione abbia un dinamismo e una vitalità (talvolta – è vero – eccessivi, ma comunque) tali da non poter essere imbrigliati in regole giuridiche. Non ritengono cioè utili e forse nemmeno opportune *regole sull'interpretazione* (questo contributo recherà esemplificazioni molto concrete in tal senso).

Il “problema” tradizionale dell'interpretazione (così ne parla la locandina del Convegno) è oggi ulteriormente complicato – come noto – dalle interrelazioni tra sistema interno e sistema europeo, che di suo rappresenta un manifesto vivente del pragmatismo e che – come cercherò di dimostrare – stimola anche una lettura in chiave ermeneutica³.

La giurisprudenza della Corte EDU ha palesato quel che era già ovvio: non esiste un rapporto “causa/effetto” tra riserva di legge e garanzie del reo e nemmeno tra formalismo interpretativo e garanzie del reo. La natura del procedimento interpretativo (sostanzialmente analogica ed aperta) consente l'affermazione di letture giurisprudenziali *in malam partem* anche nei sistemi conformati dalla riserva di legge (la nostra giurisprudenza ne è, in questo momento e su alcuni temi, un esempio vivente); al contrario la legalità europea – che, come noto, dalla riserva di legge prescinde – ha, nel complesso e finora, assicurato ai diritti del reo

¹ Terminologia invalsa all'interno della «scuola genovese». V. per esempio, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993, pp. 335 ss.; *L'interpretazione dei documenti giuridici*, Giuffrè, 2004, pp. 25-31; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, 2007, pp. 143 ss.

² V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2012, pp. 76 s. Partendo da una definizione di Tarello, Villa afferma: «Chi adotta il metodo formalistico presuppone, insomma, che il diritto costituisca una entità autonoma rispetto ai contesti storici, culturali, etico-politici, socio-economici in cui di volta in volta esso si colloca; una entità il cui significato è possibile cogliere, per l'appunto, in modo indipendente da tutti questi elementi» (p. 82). Va da sé come il metodo antiformalistico non ritenga questi assunti plausibili.

³ Mentre la dottrina penalistica discettava della “superiorità” delle concezioni formalistiche o di quelle antiformalistiche, nel diverso contesto CEDU il testo della legge, che le une come le altre assumono comunque (seppur in diverso grado) a proprio riferimento, cessava di essere centrale o addirittura necessario in linea di principio. E la nuova legalità europea diveniva anche un po' nostra.

standard di tutela più elevati di quelli garantiti dagli Stati⁴.

Certo, non è detto che continui così.

Tutto dipende dall'*uso* che si faccia della legge ... o delle sentenze.

Proprio per questo, mi soffermerò (non già sull'interpretazione *nelle* sentenze CEDU⁵, bensì) sull'interpretazione *delle* sentenze CEDU. Vorrei cioè svolgere qualche rapida riflessione su come si deve leggere il precedente CEDU e sul valore che si può e che sarebbe opportuno attribuire ad esso.

Sintetizzerò i due profili nella domanda: "le sentenze CEDU vanno davvero prese alla lettera?". E anticipo come su questi punti, che involgono i rapporti tra i due sistemi, il distinguo tra formalismo ed antiformalismo, che ha poco valore con riferimento al sistema interno, riacquista invece senso, perché l'adesione all'una piuttosto che all'altra impostazione porta effettivamente ad esiti differenziati.

2.

L'antiformalismo europeo.

Dicevo: il diritto della Corte europea dei diritti dell'uomo è un manifesto vivente dell'antiformalismo.

L'affermazione stessa della Corte EDU, per le modalità con cui si è espressa, rappresenta una prova plastica che il diritto, nel suo farsi, è un discorso pratico. Ovviamente questa riflessione vale per tutte le giurisdizioni, di qualunque tipo e grado. Ma la sua verità diventa lampante con riferimento alla Corte EDU: entrata in funzione nel 1959, ebbe un contenzioso per lungo tempo decisamente sottodimensionato (nei primi otto anni ha deciso tre ricorsi; uno nel merito⁶) e soltanto da pochi anni a questa parte ha registrato una vera e propria esplosione.

Di certo a questo successo ha contribuito il mutamento del contesto politico generale e la crisi degli Stati. Ma determinante è stato con ogni probabilità il gradimento riscontrato presso l'eccezionalmente ampio pubblico dei suoi fruitori, rappresentato (nientepopodimeno che) dai titolari di diritti umani (!)

Il mutamento è avvenuto dunque in fatto e per ragioni di fatto. Soltanto *ex post* se ne sta tentando ora un – incerto – inquadramento giuridico.

Il discorso non muta se si guarda al *contenuto* della giurisprudenza CEDU. Nel farsi di questo diritto si esprime, al massimo grado, l'evidenza della natura antiformalistica dell'interpretazione: è significativo che il sistema normativo degli Stati, nel contesto argomentativo della Corte di Strasburgo, assurga ad elemento di fatto (oltretutto accidentale) tra altri elementi di fatto (vuoi anche omissioni), tutti utili a stabilire l'unica cosa che interessa, e cioè se vi sia stata la lesione (di quello che la Corte reputa) un diritto fondamentale.

Il pragmatismo ha informato, infine e soprattutto, l'*osmosi tra sistema europeo e giurisprudenze nazionali*: è da vedere se vogliamo che in futuro il fenomeno si spieghi ancora prevalentemente a senso unico (da quello a queste) oppure in modo circolare: tale osmosi continuerà ad essere

⁴ Il confronto tra la giurisprudenza interna, spesso sedicentemente subordinata alla legalità formale ma assai poco garantista, e quella in particolare CEDU, coraggiosamente sviluppata in chiave coerentista e pragmatista e tuttavia attenta (almeno per ora) ad assicurare ai diritti individuali elevati *standard* di tutela, ha fatto emergere le trappole insite nella presunta a-valutatività del giudizio fondato sulla lettera della legge. E già molte pagine sono state scritte sullo *strano* fenomeno per cui un sistema così lontano da quelli a legalità formale riuscirebbe (ciò nondimeno?) ad assicurare soluzioni più avanzate, in punto di garanzie, di quelle delle nostre giurisdizioni interne, Corte costituzionale compresa. Per tutti, G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo in Dir. pen. cont., 14 settembre 2014*; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. PALIERO – F. VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, pp. 195 ss., cui sia consentito di aggiungere O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, tomo IV, pp. 2197 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in questa *Rivista*, 1, 2013, pp. 159 ss.

⁵ Non farò cioè un problema dell'«interpretare l'interpretato», tipico di un sistema, quello europeo, in cui le sentenze interpretano la Convenzione e nel contempo costituiscono dichiaratamente fonte normativa dei sistemi interni. D'altro canto, ritengo questo fenomeno ubiquitario e fisiologicamente costitutivo del diritto: anche del nostro diritto interno (dal mio punto di vista, la giurisprudenza è sempre una fonte – concorrente – del diritto, nel senso che spero risulterà chiaro di seguito).

⁶ Così il giudice Rolin esprimeva le sue perplessità sulla stessa sopravvivenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. «I hesitate as to whether I deserve the name or the title of judge. I never have been called so much Mr Judge, Judge Rolin and so on. I find it quite nice, I love titles, but I'm afraid that will be the end of it». H. ROLIN, *Has the European Court of Human Rights a Future?*, in *Howard Law Journal*, 1965, p. 442 ss. (citato in O. POLLICINO, *Unione Europea: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in *www.quadernocostituzionali.it*, 31 gennaio 2012, il quale nota come, in effetti, la Corte nei suoi primi otto anni di vita decise soltanto tre casi (di cui uno solo nel merito).

ad un senso, se adottiamo un'impostazione formalista; potrebbe diventare realmente circolare se optassimo per una impostazione antiformalistica. Se, appunto.

Si tratta infatti di *decidere* in quale direzione andare, non essendo più possibile – come cercherò di dimostrare – nascondersi dietro il velo ipocrita di un ragionamento formale, per fonti.

Nella prospettiva del ragionamento per fonti, il problema della rilevanza del diritto CEDU all'interno dei sistemi nazionali non è tematizzabile in modo univoco e troverebbe soluzioni diverse al mutare del punto di vista dell'osservatore. Le conclusioni cambierebbero cioè a seconda che si sposi un'impostazione monistica oppure una pluralistica⁷; più prosaicamente, a seconda che a tirarle sia una Corte sovranazionale oppure una Corte costituzionale interna; un giurista internazionalista oppure un giurista di discipline interne e, in quest'ultimo caso, a seconda che l'osservatore sia un costituzionalista oppure un penalista ecc. (incidentalmente, l'ennesima dimostrazione della "bontà" delle concezioni ermeneutiche⁸).

La questione, d'altronde, non è di minima importanza, perché, nel diritto penale, dalla prevalenza del diritto nazionale o di quello europeo dipende, per esempio, come noto, la partita sulla (già di suo malmessa) riserva di legge, che rischia oggi di essere scalzata dalla giurisprudenza (non nostra, bensì) della Corte EDU.

Sappiamo tutti che il diritto CEDU è l'emblema del diritto vivente: che cioè la CEDU *vive* nell'interpretazione che ne danno i suoi giudici a Strasburgo.

E sappiamo pure tutti che i giudici di Strasburgo interpretano il principio di legalità dell'art. 7 CEDU prescindendo dalla riserva di legge – intesa come mero accidente nei sistemi di riferimento – e plasmandolo piuttosto sulla "prevedibilità dell'esito giudiziario".

Il punto è che mentre noi cercavamo di dare ordine al mutamento, tentando risposte sul piano formale giuridico, la Corte EDU è andata spedita per la sua strada (salvo, come vedremo, cercare di capire fin dove potrà spingersi) e, con la sua giurisprudenza, ha spostato i confini legislativi interni senza abatterli; ha modificato gradualmente l'architettura degli edifici giuridici interni, senza demolirli. Ha iniziato la sua rivoluzione silenziosa e di fatto (anche grazie ad un graduale auto-ampliamento dei suoi poteri⁹).

Quando il fenomeno divenne troppo vistoso, la Corte costituzionale italiana pensò non fosse utile persistere nel ritenere i precedenti CEDU semplici "argomenti", "esempi" giuridicamente non cogenti, per quanto autorevoli.

Non volle assecondare le spinte (già manifestatesi) verso il sindacato diffuso e quindi escluse la soluzione più drastica, che sarebbe consistita nell'individuare il parametro di costituzionalità nell'art. 11 Cost., con l'effetto di derivarne una "limitazione della sovranità dello Stato" nei confronti del sistema CEDU, attribuendo a quel diritto – che è un diritto tutto giurisprudenziale – efficacia diretta all'interno del nostro ordinamento. Sperimentò invece (sentt. 348 e 349 del 2007) una soluzione intermedia: irregimentare le nuove dinamiche, ritagliandosi pur sempre una posizione di "controllo dominante", con il richiamare su di sé il sindacato accentrato di costituzionalità. Come a dire: tu, *giudice ordinario, puoi muoverti liberamente nei limiti del testo interpretandolo conformemente a quanto rappresentato nelle sentenze CEDU. Se però la lettera non consente un'interpretazione conforme, sei tenuto a sollevare questione di legittimità (ex art. 117 Cost.) ed io, Consulta, deciderò della preminenza della giurisprudenza CEDU oppure della Carta Costituzionale (ovviamente come da me interpretata).*

Allo stato, non è chiaro se sia riuscita nel suo intento.

Dal punto di vista dei rapporti tra sistemi – come ho già notato – il suo resta infatti ovviamente soltanto un punto di vista. E, per quanto autorevole, la posizione della Consulta non è vincolante nemmeno nel sistema interno, poiché si esprime nella parte motiva delle sentenze. D'altronde, dopo i suoi interventi, le spinte centripete si sono attenuate ma non sono scomparse ed in molti ancora argomentano che le sentenze CEDU possano avere valore di

⁷ Vd. G. CARLIZZI, *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici*, in *Criminalia*, 2013, p. 301 ss. Nella dottrina penalistica, sulla de-gerarchizzazione delle fonti, vd. ora le incisive pagine di C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-demasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1099 ss.

⁸ Per avere un'idea della pluralità delle possibili opzioni interpretative già solo dal punto di vista del nostro sistema nazionale, A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito*, in *www.quadernicostituzionali.it*, 28 febbraio 2011.

⁹ Alludo al fatto che da tempo ha cessato di disporre soltanto la condanna degli Stati al pagamento di una somma pecuniaria, arrogandosi anche il compito di indicare le misure strutturali per rimuovere la lesione, alla positivizzazione del meccanismo delle sentenze pilota, con efficacia non più limitata allo Stato contro cui è sollevato il ricorso ecc.

legge nel sistema penale italiano¹⁰.

Comunque finisca, d'altronde, la riserva di legge non se la vede bene neppure ove si prenda per buona (come io personalmente faccio) la ricostruzione della Corte costituzionale, poiché, a meno di ritenerla un "controlimite" (tesi che precluderebbe in modo assai poco realistico qualunque competenza europea in materia penale)¹¹, dovrebbe pur sempre fare i conti con il ruolo concorrente e costitutivo del diritto giurisprudenziale CEDU.

3.

Un intermezzo autobiografico in forma di confessione.

In verità, quando venni a conoscenza delle sentenze gemelle (inizialmente sfuggite al penalista), pensai: la natura ha fatto il suo corso; ora è stata eretta a norma.

Pensai anche: poco male. Non cambierà molto. Da un lato, la riserva di legge aveva già mostrato la corda nel sistema interno, dove è più nominale che effettiva; dall'altro lato, la «prevedibilità dell'esito giudiziario», consacrata parametro costituzionale interposto, non differisce dalla più familiare tassatività, anch'essa, da sempre, parametro costituzionale (peraltro diretto), di cui rappresenta l'equivalente funzionale.

Che la legalità fosse conformata più dalla prevedibilità dell'esito giudiziario che dalla riserva di legge a me (come ad altri) sembrava, dunque, già nei fatti.

Anzi, non nascondo che trassi dalle pronunce della Corte costituzionale una certa soddisfazione intellettuale, poiché nel fenomeno vedevo confermate ed anzi addirittura "consacrate" le mie idee sul ruolo creativo dell'interpretazione in generale¹² (secondo una visione che aveva richiamato aspre critiche da parte di autorevole dottrina¹³).

D'altro canto, avevo sempre pensato che la lettera della legge non rappresenta, perché *non può* costituire, uno sbarramento alla discrezionalità interpretativa, e che dunque non rappresenta nemmeno, perché *non può* costituire, una garanzia penalistica.

La lettera della legge, anche quando viene spacciata per una barriera dal confine fisso (e non relativamente mobile, qual è), di rado viene usata nella giurisprudenza interna per avallare interpretazioni favorevoli; molto più spesso foraggia letture in *malam partem*.

Gli esempi più gustosi attingono la legge sulla responsabilità degli enti e le varie forme di confisca.

Quanto alla prima, l'argomento letterale l'ha fatta da padrone quando si è trattato di decidere se l'ingombrante marchingegno del d.lgs. 231/2001 si applicasse anche alle imprese individuali¹⁴. O quando la giurisprudenza di merito ha valorizzato l'attributo "amministrativa", testualmente riferito nella rubrica e nel testo dello stesso d. lgs. 231/2001 alla responsabilità degli enti, per giustificare sul piano interpretativo soluzioni che si ponevano in evidente spregio dei principi costituzionali (tentando, ad esempio, il "colpaccio" di applicare il sistema retroattivamente o di aggirare l'"ostacolo" della tassatività/determinatezza¹⁵). O ancora quando, dovendosi occupare della confisca dei beni dell'ente nel caso di reato fiscale commesso da un suo amministratore – in una sentenza molto nota e ancora recente – si è dilungata sulla mancata previsione, tra i reati scopo, dei reati tributari, salvo ritenere applicabile la confisca di cui all'art. 240 c.p., sempre – ovviamente – con l'avallo della *littera legis*¹⁶. Gli esempi potrebbero continuare. Un cenno a sé meriterà la più complessa questione della "confisca senza condanna", manifestatasi per la prima volta in materia urbanistica.

¹⁰ Un brillante affresco della situazione e della sua problematicità in V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2015.

¹¹ C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, pp. 339 ss. Sui controlimiti vd. peraltro le interessanti ed equilibrate considerazioni di A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè, 2013, pp. 252 ss.

¹² O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006.

¹³ G. MARINUCCI, *L' analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1254 ss.

¹⁴ Cass., sez. III, 15 maggio 2010, n. 15657, su cui G. AMARELLI, *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2011. *Contra*, Cass., VI, 16 maggio 2012, n. 30085 (sebbene si tratti soltanto di un *obiter dictum*).

¹⁵ Sul punto, peraltro, la decisa presa di posizione delle SS.UU. 18 settembre 2014, ric. Espenhahn e a., in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014.

¹⁶ Cass., sez. un. pen., 30 gennaio 2014 (5 marzo 2014) n. 10561, su cui, per tutti, F. MUCCIARELLI - C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2015. Per gli aspetti cui qui alludo tale orientamento ha trovato conferma in Cass., sez. un. pen., 26 giugno 2016 (21 luglio 2015), n. 31617, Lucci, in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015.

Lo sguardo d'insieme alla giurisprudenza CEDU invece mi tranquillizzava: mi compiacevo nel notare come, con tutto il suo carico di antiformalismo, la giurisprudenza CEDU giungesse a conclusioni molto più garantiste di quelle sposate dalle giurisdizioni (anche costituzionali) interne.

Alludo ovviamente e soprattutto alla speculare e ben diversa giurisprudenza CEDU sul concetto di "materia penale", come noto tratteggiato dalla Corte EDU (c.d. criteri Engel) in termini decisamente più ampi di quanto facciano i giudici interni (anche se talvolta contraddittori).

Oggi il sentimento di soddisfazione di cui parlavo permane, ma più ambiguo, perché annebbiato dalla preoccupazione e da un rimpianto.

Avrei dovuto sospettare che l'antiformalismo non può essere "formalizzato": nemmeno dalla Corte costituzionale (o dalla Corte europea)! E avrei dovuto intuire che quando si cerca di compiere una simile operazione, le conseguenze diventano difficilmente preventivabili e potenzialmente nefaste.

Sebbene avessi teorizzato il punto, non avevo colto a fondo quanto problematica sarebbe diventata la nozione di «prevedibilità dell'esito giudiziario» una volta che fosse passata dallo *status* di una mera direttiva di comportamento, di semplice obiettivo da raggiungere a quello di principio cogente.

Ritengo quindi di essere stata vittima dell'illusione del pollo (mi consola l'idea che, essendo donna, non posso dire di essere stata un pollo)¹⁷.

4.

Come va intesa la «prevedibilità dell'esito giudiziario»? Il caso Contrada.

La mia tesi è che il tentativo di coniugare l'antiformalismo del meccanismo interpretativo fondato sul precedente con il formalismo della sua (ipotetica) messa a regime normativo produrrebbe conseguenze difficilmente dominabili, oltre a rivelarsi vano.

Lo illustra – ancora una volta *pragmaticamente* – la riflessione, spero solo *per absurdum*, sulla sentenza Corte EDU, IV sez., 14 aprile 2015, Contrada c. Italia la quale, mentre noi giuristi interni riflettevamo su possibili soluzioni di sistema, con uno scatto di reni ci ha sorpassato e *semberebbe* averci imposto la «prevedibilità dell'esito giudiziario» come vincolante.

Riassumo la nota vicenda. I fatti per cui Bruno Contrada, ex dirigente SISDE, è stato condannato nel 2006 dalla Corte di Cassazione in via definitiva a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa si svolgono in un arco temporale che va dal 1979 al 1988.

La Corte EDU non ha dovuto spendere molte parole. In modo logicamente stringente, fa notare un dato inconfutabile, e cioè che, a quei tempi, nella giurisprudenza interna non regnava concordia quanto alla configurabilità del concorso esterno, e che si dovette aspettare il 1994 perché a suo favore prendessero posizione le SS.UU. della Cassazione, con la celebre sentenza Demitry.

Ne è derivato, quasi sillogisticamente, che Contrada non potesse immaginare, all'epoca dei fatti, l'affermazione della sua responsabilità per concorso esterno e che dunque andasse risarcito dallo Stato italiano (che veniva specularmente condannato al pagamento di una somma invero, e significativamente, esigua).

Il ragionamento dei giudici di Strasburgo è stringato e non fa una piega, ma la sensazione che lascia in bocca è agrodolce.

Penso alla peculiarità della situazione giudicata dalla Corte EDU in cui, al di là della qualificazione giuridica dei comportamenti, questi possiedono una connotazione spiccatamente negativa sul piano dell'apprezzamento morale e sociale: elemento che, seguendo le logiche sostanziali della Corte, avrebbe potuto legittimare quantomeno un fondato sospetto di

¹⁷ Nel racconto di Bernard Russell sui limiti conoscitivi del procedimento induttivo di generalizzazione ad un certo punto si incontra un pollo il quale, sin dalla nascita, ebbe contatti con un umano gentile che gli forniva quotidianamente cibo per la sua sopravvivenza. Quando il pollo cominciava ormai a confidare nella regolarità dell'accudimento, ahimè, giunse la Vigilia di Natale. B. RUSSELL, *I problemi della filosofia*, Feltrinelli, 2007 (or. 1912), pp. 74 ss. L'illusione del pollo ricorre negli scritti in materia di trappole cognitive e conosce una variante americana in cui il tacchino sostituisce il pollo e il giorno del Ringraziamento la Vigilia di Natale. Così in N.N. TALEB, *Il cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, il Saggiatore, 2009 (or. 2007), pp. 60 ss.; G. GIGERENZER, *Imparare a rischiare*, Cortina, 2015 (or. 2014) pp. 44 s.

condanna da parte del Contrada.

L'allusione è alla celeberrima S.W. c. Inghilterra del 1995, quando la Corte EDU giustificò invece l'*overruling* che qualificò come violenza sessuale i rapporti sessuali non consensuali con la moglie nonostante fino a quel momento fossero stati ritenuti adempimento del debito coniugale.

Incidentalmente, giustificando la condanna a seguito di *revirement* giurisprudenziale, la Corte EDU contraddisse l'insegnamento che avrebbe impartito dieci anni dopo, proprio nel caso Contrada. Qui l'Italia è stata condannata nonostante la situazione fosse molto più dubbia: la Corte EDU ha ritenuto che S.W. potesse prevedere la sua condanna nonostante la giurisprudenza inglese fosse compatta nell'affermare la liceità della sua condotta; sempre secondo la Corte EDU, Contrada invece non poteva prevedere la sua condanna, nonostante una parte della giurisprudenza fosse di tale segno (richiamo l'attenzione su questa *defaillance* per sottolineare che l'insegnamento CEDU non ha poi quella coerenza ed omogeneità che risulterebbero ad uno sguardo d'insieme).

Torno poi sull'impegnativa questione di "quante" sentenze occorrono affinché un orientamento possa dirsi stabilizzato, con conseguente assicurazione della prevedibilità dell'esito giudiziario¹⁸. Ho già ritenuto questa una esemplificazione del c.d. paradosso del sorite: come è impossibile stabilire "quanti chicchi fanno un mucchio", così sarebbe difficile stabilire "quante sentenze fanno un orientamento consolidato"¹⁹.

Certo – si potrebbe obiettare – il problema non si pone quante volte intervengano le SS.UU. alle quali va riconosciuta una "funzione nomofilattica rinforzata".

Tuttavia, anche a ragionare in questo modo, come dimostrato sempre dal caso in oggetto, il problema si riproporrebbe sotto il profilo "qualitativo", come dimostra ancora il caso in esame. Vero è che nel 1994 è stata ammessa la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa da Cass. SS.UU. 5 ottobre 1994 (Demitry) e vero è che di seguito tale configurabilità è stata confermata in due occasioni dalla Cassazione sempre a SS.UU. (Cass. SS.UU. 30 ottobre 2002, Carnevale; Cass. SS.UU. 12 luglio 2005, Mannino). Tuttavia, in tali pronunce (oltre che in poche altre rese a sezioni semplici, sulle quali per ragioni di economia sorvolero) il giudice di legittimità ha ridisegnato i requisiti della figura di creazione giurisprudenziale sul piano sia oggettivo sia soggettivo, finendo dunque con il descrivere in modo nuovo e diverso l'area del penalmente rilevante. Pertanto, a voler percorrere fino in fondo la strada tracciata della Corte EDU, la prevedibilità dell'esito giudiziario non sarebbe databile nemmeno a partire dal 1994, bensì dal momento in cui la "tipizzazione giudiziaria" della figura è divenuta definitiva. Momento solo convenzionalmente e "temporaneamente" identificabile, nel caso di specie, nell'ultima sentenza a SS.UU.²⁰.

Mi pongo poi, "a caldo", altre e pratiche domande²¹. Ove "si prenda alla lettera", e cioè "sul serio" questo precedente europeo (come altri), equiparandolo alla legge:

1. come deve procedersi nel caso Contrada?;
2. seguendo un ragionamento ipotetico controfattuale, come avrebbe dovuto comportarsi la Corte di Cassazione in questo (come in ogni altro) caso in cui non esiste un orientamento giurisprudenziale consolidato?;
3. che cosa si deve fare per chiunque, come Contrada, sia stato condannato *ex artt.* 416-bis e 110 c.p. prima del 1994, ma non abbia proposto ricorso alla Corte EDU (i "fratelli di Contrada")?;
4. soprattutto, come assicurare per il futuro la stabilizzazione giurisprudenziale atta ad assicurare la «prevedibilità dell'esito giudiziario»?

Per gradi.

Quesito 1: comedeve procedersi, ora, nel caso Contrada? Una volta diventata definitiva la

¹⁸ O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale*, cit., p. 2233; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., p. 166.

¹⁹ Tralascio la notazione, peraltro sacrosanta, secondo cui la vera forza del precedente consiste nella sua qualità ed è inversamente proporzionale al numero di sentenze pronunciate su un argomento. Magistralmente, M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, editoriale scientifica, 2007, p. 25.

²⁰ Per dubbi analoghi, S.E. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Arch. Pen.* online, 2015.

²¹ Successivamente alla pubblicazione *on line* del presente contributo, a queste domande ha tentato una risposta V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, pp. 1008 ss., come noto, strenuo critico del concorso esterno in associazione mafiosa.

sentenza²², i “formalisti” probabilmente invocheranno l’art. 46 CEDU, sull’obbligo di dare esecuzione alle sentenze CEDU: se c’è stata lesione di un diritto fondamentale (in questo caso, nientepopodimeno che la «prevedibilità dell’esito giudiziario», surrogato funzionale della riserva di legge!), qualcosa dovrà pur farsi sul piano interno per assicurare il ripristino della “legalità”.

Se non m’inganno: l’unico strumento disponibile allo stato del diritto positivo è la revisione del processo²³. Fu, d’altronde, la stessa Corte costituzionale (sent. n. 113 del 2011), su impulso della Corte EDU, a creare l’istituto della «revisione europea», dichiarando illegittimo l’art. 630 c.p.p. nella parte in cui non consentiva «la riapertura del processo quando la stessa risulti necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea» (nel caso da cui trasse spunto la sentenza, celebre caso Dorigo, si trattava della violazione dell’art. 6 CEDU e cioè delle garanzie processuali)²⁴.

D’altro canto, la disposizione processuale che sembra più pertinente non è la revisione del processo, bensì la revoca della sentenza, *ex art. 673 c.p.p.*, visto e considerato che nel caso di Contrada non si dovrebbe dar luogo a nessuna attività processuale ulteriore. Qui però c’è un intoppo.

La medesima Corte costituzionale ha infatti da poco affrontato una questione simile quanto a *ratio decidendi*, e l’ha risolta in senso negativo. Nella celebre sent. n. 230/2012, la Consulta ha respinto la questione di legittimità costituzionale, sollevata anche con riferimento all’art. 117 Cost., dell’art. 673 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l’ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato»²⁵. Vero è che una cosa è un “semplice” *revirement* giurisprudenziale, altro è una condanna della Corte EDU cui saremmo convenzionalmente obbligati a dar seguito. E tuttavia, dal punto di vista di chi è stato raggiunto da una condanna, il caso negativamente deciso dalla Corte sta a quello Contrada come il più sta al meno. Banalizzando: se non si può far nulla in presenza di un *overruling favorevole*, a *fortiori* non si dovrebbe poter revocare la sentenza quando la giurisprudenza al momento del fatto era semplicemente divisa (e successivamente confermerà la soluzione sfavorevole).

Quesito 2: che cosa si sarebbe dovuto fare (ma non si è fatto) nel caso Contrada? Potrebbe ritenersi che, in una situazione d’incertezza giurisprudenziale, che incidentalmente rappresenta la norma, secondo l’insegnamento della Corte EDU il giudice avrebbe dovuto necessariamente e per questa ragione assolvere.

Forse il formalista la penserebbe così (e ne trarrebbe pure una “regola sull’interpretazione”). A me invece sembra che un totale ed aprioristico immobilismo non sia possibile e nemmeno auspicabile: mi sono sempre sforzata di dimostrare come il diritto non possa essere schermato dai mutamenti di contesto, anche assiologico.

Dicevo, di questo avviso sembrava anche la stessa Corte EDU, ad esempio, nella già evocata S.W. c. Inghilterra del 1995.

Comunque, anche volendo ammettere la possibilità di una condanna e salvaguardare nel contempo le garanzie del reo, i rimedi non mancherebbero e vanno dall’introduzione di un meccanismo di *prospective overruling* all’applicazione dell’art. 5 c.p., come ridescritto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988²⁶.

Insomma, si potrebbe ritenere che, in tutti i casi d’incertezza giurisprudenziale sarebbe necessario scusare il reo, finché un certo orientamento divenga compatto e dunque prevedibile. Immaginiamo di essere d’accordo: resterebbe l’imbarazzante interrogativo su “quando” ciò avvenga.

²² La Grande Camera ha respinto, con un provvedimento di rigetto “secco”, il ricorso dell’Italia in data 14 settembre 2015.

²³ Escluderei l’applicabilità, anche in via estensiva, del “ricorso straordinario per errore materiale o di fatto” (art. 625-bis c.p.p.). La tematica è comunque molto complessa. Per tutti, G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell’esecuzione delle sentenze della Corte EDU in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 3192 ss.

²⁴ In effetti, al momento della pubblicazione del presente contributo nella Rivista Trimestrale, consta che fosse stata avanzata richiesta di revisione ma che questa sia stata respinta in data 18 novembre 2015 dalla Corte d’Appello di Caltanissetta.

²⁵ Noto incidentalmente che tale conclusione, sfavorevole per il reo, venne raggiunta sulla base della riconsacrazione della riserva di legge.

²⁶ Rinvio ancora a O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., p. 165. Sulla contrapposizione tra “certezza oggettiva” e “certezza soggettiva”, anche con riferimento al caso Contrada, vd. ora le riflessioni di F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, pp. 7 ss.

Quesito 3: quali rimedi per i “fratelli di Contrada”? Sul punto, è inutile osservare che si riproporrebbero le tormentate vicende dei celebri fratelli di Scoppola²⁷, con i dubbi già accennati sull’opportunità di un sindacato diffuso e sugli strumenti normativi attraverso i quali realizzare l’adeguamento al diritto CEDU che si suppone necessario.

Con la variante, nient’affatto secondaria, che in questo caso, la Corte costituzionale probabilmente non potrebbe intervenire a contrastare eventuali nefaste forze centripete che spingano verso il sindacato diffuso (come fece invece con la nota sent. 210 del 2013, in cui dichiarò illegittima la disposizione di legge da cui generava il problema, espellendola dal sistema), posto che il concorso esterno non è una fattispecie di legge, ma una figura di creazione giurisprudenziale (deriva da un “combinato disposto” tra disposizioni) su cui, dunque, la Consulta potrebbe dichiarare di non avere competenza (in realtà, almeno in una prospettiva ermeneutica, la conclusione si complica, poiché il c.d. “problema della creatività della giurisprudenza” si porrebbe sempre, in relazione cioè a qualunque questione, essendo – secondo questa visione – la Corte costituzionale giudice della *legge in quanto norma* e non della *legge in quanto disposizione*).

Quesito 4: come realizzare la futura stabilizzazione giurisprudenziale atta ad assicurare la «prevedibilità dell’esito giudiziario»? Resta infine il monito ad individuare meccanismi che agevolino la formazione degli orientamenti giurisprudenziali, che ne favoriscano cioè una tendenziale stabilizzazione. Questo rappresenta per me l’aspetto più interessante ma anche più delicato.

Ho già detto che non credo nella possibilità di introdurre regole sull’interpretazione.

Ho sempre pensato che l’unico rimedio “di sistema”, al c.d. (sempre nella locandina del Convegno) “problema dell’interpretazione” fosse processuale e cioè rappresentato da una drastica riduzione del gravame. L’enorme numero di cause decise della Corte di Cassazione crea di fatto occasioni per divergenze o contraddizioni interpretative, sicché, come insegna anche l’esperienza delle Corti Supreme degli stati di *common law* (in cui il precedente pesa più che da noi), il modo per recuperare valore al precedente e nomofilachia alle funzioni delle giurisdizioni superiori dovrebbe passare per una forte restrizione del contenzioso della Corte di Cassazione²⁸. Una riforma – mi rendo conto – invisibile e ad oggi probabilmente irrealistica.

In alternativa, si potrebbe estendere al penale il sistema già sperimentato – pare con discreto successo – dall’art. 374 c.p.c., prevedendo, ad esempio, che la sezione semplice della Corte di Cassazione la quale intenda discostarsi dal precedente in termini delle SS.UU. rimetta a queste ultime la questione²⁹.

Non ripercorrerò su quest’ultimo punto le obiezioni sollevate nel dibattito processualciviltistico quanto alla possibile violazione dell’art. 101 Cost. Si tratta di perplessità superabili e probabilmente superate all’interno di quella disciplina (la quale esclude che il vincolo sia assoluto e lo qualifica come meramente “negativo”³⁰).

Nemmeno mi soffermerò sui due scenari contrapposti che una siffatta soluzione implica, e cioè, alternativamente: imbalsamare la giurisprudenza, inducendo una supina acquiescenza dei giudici della Suprema Corte all’autorevole insegnamento dei colleghi delle SS.UU. oppure (e mi sembra comunque questo il rischio più verosimile) stimolare la fioritura di (falsi) *distinguishing* che, dietro il pedissequo rispetto della massima decisionale, producano una confusione ancor maggiore perché subdolamente sotterranea³¹.

La mia perplessità sull’utilità di siffatti rimedi processuali è un’altra e ben più radicale. Temo che essi non possano funzionare perché, a ben guardare, *dal punto di vista CEDU, l’uniformità interna è necessaria ma non sufficiente*.

Sempre a voler “prendere alla lettera” e “sul serio” la giurisprudenza EDU, cioè, non sarebbe (più) sufficiente creare le condizioni di un’*omeostasi giurisprudenziale interna*. La Corte EDU sembra esigere molto di più: e cioè che *la giurisprudenza interna degli Stati si allinei a quella sua*

²⁷ Lo profetizza anche S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell’associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada, nel proporre il commento a caldo della sentenza su Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015.

²⁸ Sul punto, le lucide riflessioni di M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., pp. 17 ss.

²⁹ Aveva già ipotizzato un meccanismo che vincolasse il giudice di merito alla decisione del giudice di legittimità A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II edizione, Giappichelli, 2014, pp. 307 ss. (la prima edizione è del 1999).

³⁰ Per tutti, G. AMOROSO, *Art. 374 c.p.c. - Pronuncia a sezioni unite*, in A. BRIGUGLIO - B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Volume 1; Volume 3, Cedam, 2009, pp. 207 ss.

³¹ Sul punto, vd. ancora F. PALAZZO, *Legalità cit.*, pp. 10 ss.

propria (dei giudici di Strasburgo).

Il che, a meno di non credere davvero che i diritti fondamentali abbiano una fisionomia giusnaturalisticamente scolpita, perfettamente identificabile anche a distanza, in grado di illuminarci sugli esatti confini dei propri assetti di tutela e, in ultima analisi, sul futuro l'esito giudiziario "europeo" conformativo, a sua volta, della nostrana tipicità penale ..., ebbene, a meno di tutto ciò, presuppone che si possiedano doti divinatorie.

5. Il pollo illuso e i diritti insaziabili.

Ancora di recente osservavo come l'ottimismo che io stesso ho nutrito in un primo momento nei confronti della giurisprudenza CEDU potesse essere mal riposto, ma ne parlavo come di un rischio potenziale.

Novella Cassandra, profetizzavo che sarebbe diventato sempre più difficile per la Corte EDU mantenere le sue promesse di garanzia, a causa:

- su un piano quantitativo, del progressivo aumento del contenzioso (che già di per sé, ma soprattutto tenendo conto del fatto che deve confrontarsi con tanti ordinamenti interni diversi tra loro, aumenta il rischio di incorrere in contraddizioni);

- su un piano qualitativo, degli effetti collaterali della sua politica imperialistica, che l'ha portata a fagocitare nella sua giurisdizione, dapprima limitata ai diritti politici e ai diritti civili, anche quelli sociali (già più problematici) e poi addirittura quelli di quarta generazione, in particolare bioetici. Terreno minato, questo, in cui alla mancanza di un consenso sedimentato fa *pendant* il problema della *incommensurabilità* dei valori che questi diritti incarnano.

Aggiungevo che tale problema, frutto evidentemente di quel pluralismo culturale che rappresenta l'altra faccia della medaglia democratica, sarebbe deflagrato quando si fosse sovrapposto a quello della saturazione dello spazio giuridico.

Allora, oltre ai conflitti *intra-rights*, sarebbero esplosi i conflitti *inter-rights*. Abbandonata l'idilliaca visione dei diritti-monade che fluttuano nell'infinito aere giuridico, insistevo su una semplice considerazione logica: posto che lo spazio in cui i diritti si muovono è molto terreno e piuttosto circoscritto; considerato che se un diritto si allarga erode i confini di quello confinante; preso atto che i diritti (a dispetto del loro buon nome) sono piuttosto ingordi ed agguerriti (qualcuno li ha definiti "insaziabili"³²), essi avrebbero presto ingaggiato una reciproca guerra, lasciando sul campo molti di loro, cadaveri o feriti.

Nel momento in cui la Corte avesse cominciato ad operare scelte e bilanciamenti difficili, con esiti inevitabilmente a qualcuno invisibili, avrebbe cessato di essere un erogatore gratuito a getto continuo di diritti e, ovviamente, la sua giurisprudenza, sarebbe diventata meno lineare e quindi meno prevedibile.

Per questa ragione, e cioè per evitare di accrescere l'incertezza giuridica, pensavo che non fosse affatto auspicabile attribuire al precedente della Corte EDU un valore vincolante³³.

Questo rischio si è avverato: il futuro è ora.

6. Come si interpreta il precedente CEDU? La confisca senza condanna.

Lo dimostra un altro caso, anch'esso attuale e molto discusso, che è quello della confisca urbanistica senza condanna.

Anche il canovaccio di questa trama è noto. I protagonisti pure, ma il finale è ancora aperto.

Ci sono:

- un legislatore interno *pavido* che, all'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 si limita a prevedere (senz'altro specificare) che «La sentenza definitiva del giudice penale che accerta

³² La definizione è di Sebok ed è frequentemente usata in Italia da A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI (a cura di), *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 2008, pp. 179 ss.; A. PINTORE., *Diritti insaziabili*, in A. PINTORE (a cura di), *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, ETS, 2010, pp. 83 ss.

³³ O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., pp. 175 ss.

che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite»;

- una giurisprudenza interna *perfida* che, ancora una volta giocando sul dato letterale (verrebbe da dire: alla faccia del suo presunto portato garantistico), lo interpreta *in malam partem*, e cioè configurando la confisca come una misura amministrativa e quindi svincolandola dalla necessità di una sentenza di condanna penale;

- una sentenza CEDU *di buon cuore* e cioè, Corte EDU 20 gennaio 2009 *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, che bacchetta la Corte di Cassazione e le ricorda che la natura della misura non la si costruisce affibbiandole un'etichetta formale, ma la si riconosce a partire dal suo contenuto di afflittività e che quindi, in mancanza di colpevolezza non c'è reato, non c'è condanna, non può esserci pena e dunque nemmeno confisca;

- una sentenza CEDU *ancor più magnanima ma un po' sibillina* (Corte EDU 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*) la quale aggiunge che la confisca, in quanto sanzione penale, non può seguire nemmeno ad una sentenza di proscioglimento per intervenuto decorso dei termini prescrizionali.

A questo punto, quando si pensava che la strada delle garanzie fosse ormai asfaltata e perfettamente agibile, fa il suo ingresso la Corte costituzionale, con la sentenza n. 49 del 26 marzo 2015, che taluno considera reazionaria³⁴, altri riterrebbe espressione dell'«ermeneutica della sorveglianza» cui sarebbe da un po' di tempo sottoposta la Corte EDU³⁵; altri ancora reputa esemplare di una «disobbedienza funzionale» alla realizzazione di un vero scambio dialogico tra Corti³⁶.

In effetti, la sentenza in oggetto sembra un po' tutte e tre le cose.

Usa in alcuni passaggi un tono fosco e minaccioso, come quando mostra i muscoli alla Corte EDU, ventilando che un eventuale contrasto con le norme della Costituzione potrebbe addirittura condurre ad una dichiarazione di incostituzionalità della legge di ratifica della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo³⁷.

Contiene però anche importanti precisazioni che potrebbero stimolare riflessioni ulteriori da parte della Corte EDU.

Così, ammonisce che considerare vincolante il singolo precedente della Corte EDU sarebbe miope e autolesionista, perché ci farebbe fare *la fine del pollo di Russell*.

Come dire: le sentenze della Corte EDU vanno prese “sul serio, ma non troppo” oppure – forse più propriamente – “vanno prese sul serio, ma non alla lettera”.

In particolare, insistendo (io) nelle metafore a base di volatili, la Corte ci ricorda che:

- *una rondine non fa primavera*. Non è sufficiente un singolo precedente della Corte EDU perché si possa parlare di “giurisprudenza”; un obbligo di adeguamento, costituzionalmente sanzionabile, insorge, al limite, in presenza di una sentenza pilota o comunque in presenza di una stabilizzazione giurisprudenziale (salvo – aggiungo sempre io – stabilire in che cosa questa consista);

- l'interpretazione non deve essere formalistica, legata alla lettera della sentenza, ma deve guardare alla sostanza del principio espresso dalla Corte.

Personalmente condivido queste avvertenze (le avevo già condivise *ante litteram*)³⁸.

Se dubito che la semantica (pura) sia sufficiente nell'interpretazione del testo della legge, ovviamente, *a fortiori* mi risulta difficile anche solo immaginare una “semantica delle sentenze”. Il mio scetticismo investe la possibilità di “interpretare alla lettera” qualunque pronuncia giurisprudenziale ed in modo particolare quelle rese in un sistema che del testo dichiara

³⁴ F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione* (editoriale), in *questa Rivista*, 30 marzo 2015. Ritiene si tratti di un passo indietro anche dal punto di vista culturale, altresì, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015, in questa Rivista*, 2 aprile 2015. Decisamente critico, da ultimo, V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, pp. 1259 ss.

³⁵ L'espressione è di V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista, cit., p. 5*, che tuttavia non tratta della sentenza, pubblicata in data successiva.

³⁶ G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *questa Rivista*, 28 aprile 2015.

³⁷ Invero, l'affermazione ricorre nella giurisprudenza della Consulta a partire dalla gemella n. 348. Sul punto, inoltre, A. RUGGERI, ad esempio in *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)*, in *www.quadernicostituzionali.it*, 28 febbraio 2011, p. 6.

³⁸ Esprime apprezzamento altresì M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *questa Rivista*, 30 marzo 2015.

espressamente di fare a meno ed in cui, dunque, ogni esercizio speculativo risulterebbe vano (sono pronta a scommettere che chi volesse tentare questa impresa si troverebbe presto in situazioni di imbarazzante auto-contraddizione).

Per la stessa ragione, mi pare poco plausibile (oltre che – lo spiegherò – pericoloso) attribuire efficacia vincolante al “singolo precedente” della Corte EDU, equiparandolo alla legge e trattandolo (usandolo) come se fosse legge.

Il contesto in cui la Corte EDU si muove è (almeno allo stato, ancora) diverso dal nostro e il testo che la Corte maneggia è di quelli che veicolano, secondo la terminologia di Sunstein, «accordi parzialmente teorizzati»³⁹. Nel precisarli, la Corte si muove secondo una logica dichiaratamente valoriale ed orientata alle conseguenze (valori e conseguenze che i giudici di Strasburgo chiamano “diritti”). Per comprendere il senso di quella giurisprudenza è quindi giocoforza calarsi nella diversa *mentalità* della Corte, contrastando la naturale attivazione di *frames* formati nella nostra esperienza di giuristi positivi. Detto altrimenti: solo una trappola cognitiva (prodotta in particolare dall’euristica della disponibilità) ci porta a pensare che sia possibile interpretare alla lettera il precedente CEDU.

A ciò si aggiunga che, da un punto di vista pratico, non è chiaro che cosa sarebbe della prevedibilità dell’esito giudiziario e più in genere del nostro diritto, se dovessimo cambiare orientamenti giurisprudenziali ogni volta che la Corte EDU muterà i propri precedenti (e, ripeto, c’è ragione di sospettare che ciò accadrà con sempre maggiore frequenza).

Ovviamente, l’invito della Consulta a guardare la “sostanza” dei pronunciamenti CEDU – che è sicuramente un altro “passo indietro” rispetto alle “gemelle” – non risolve ogni problema. In particolare, resta da stabilire quale sia la “sostanza” di cui si parla: impresa aperta, come dimostra proprio il caso sottoposto all’attenzione della Consulta.

7. Segue: la confisca senza condanna. Spunti per un’“ermeneutica europea”.

La Corte costituzionale, nella sentenza in oggetto, muove dal rilievo costituzionale dell’ambiente e dalla necessità di contemperare questo valore con le garanzie del reo⁴⁰.

Impone al giudice rimettente di accertare se la sostanza della giurisprudenza CEDU richieda, ai fini dell’operatività della confisca urbanistica, una condanna formale oppure soltanto un accertamento di responsabilità penale. Perché, in questa seconda ipotesi, laddove il giudice fosse stato nelle condizioni di ravvisare gli estremi della responsabilità penale, nulla precluderebbe l’applicazione della confisca che, evidentemente, nella visione della Corte resta quantomeno un istituto anfibio (espressivo di una *species* minore di “pena”).

Questa lettura non è però l’unica possibile. All’indomani del pronunciamento della Corte, la dottrina ne ha documentatamente suggerito una opposta, desumendo sempre dalla “sostanza” della giurisprudenza CEDU che questa non tolleri alcun tipo di conseguenza negativa a seguito di una sentenza che non rechi una condanna formale: sostanzialmente perché, a differenza della Corte costituzionale, i giudici di Strasburgo si farebbero carico altresì di un aspetto di “semplificazione” e cioè di intellegibilità del sistema giudiziario penale dal punto di vista sociale (come spiegare al grande pubblico che ad un soggetto che per una qualunque ragione viene assoluto si applichi comunque una pena?)⁴¹.

Sospetto che, se fosse così, la Corte EDU avrebbe sovrastimato la sensibilità della collettività rispetto a queste tematiche.

Comunque sia, il punto è un altro. Non è affatto detto che l’una interpretazione sia esatta e l’altra sia errata.

Quando in gioco non è la libertà personale bensì il patrimonio del reo, i confini di ciò che è “giusto” e di ciò che è “sbagliato” diventano più sfumati e (se non tutte, quantomeno)

³⁹ C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, il Mulino, 2009 (or. 2001), pp. 71 ss.

⁴⁰ Sui rischi di un uso retorico-strumentale del discorso sul bene giuridico e in difesa del primato della politica criminale legislativa, D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *questa Rivista*, 22 giugno 2015, p. 2 ss.

⁴¹ V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *questa Rivista*, 13 aprile 2015.

molte posizioni diventano argomentabili. Tanto accade appunto per la confisca: vero è che la prescrizione estingue il reato e quindi dovrebbe incidere sulle sue conseguenze ma, quand'anche tutti si concordino – credo – sul fatto che la confisca è (anche?) una pena e che vada quindi attratta nell'alveo delle relative garanzie, non è ancora detto che rientri in quello delle *super-garanzie* penalistiche.

In altre parole, se aveva senz'altro ragione la Corte EDU nel caso Sud Fondi, quando condannò l'Italia perché un giudice aveva disposto la confisca nonostante l'assoluzione dell'imputato nel quale difettava l'elemento soggettivo, il giudizio è meno tranchant quando il proscioglimento dipenda da una intervenuta prescrizione e tuttavia risulti accertata la sussistenza del reato (dalla sentenza Varvara non risulta se questo fosse il caso).

Se la Corte EDU continuerà la sua corsa verso le garanzie del reo oppure deciderà di azionare qualche piccolo freno in considerazione del sacrificio che tale opzione imporrebbe ad interessi contrapposti, a mio avviso, non è possibile prevederlo.

D'altronde, non credo sia peregrina l'impressione che la Corte costituzionale della sentenza n. 49/2015 parli formalmente al giudice rimettente, ma si rivolga sostanzialmente alla Corte EDU. E chissà che questa non la ascolti.

Il finale della trama (per lo meno di questo episodio, sempre suscettibile di *sequel*) sarà infatti scritto dalla Grande Camera che, non per niente, è stata già investita della questione (dalla camera competente sul Caso Hotel Promotion Bureau S.r.l. e a. c. Italia, ric. 34163/07).

Il caso della confisca urbanistica mi pare dunque un buon esempio dei problemi legati non solo alla voracità ma anche alla volubilità dei diritti fondamentali, e rappresenta quindi un invito *alla lettura (anche) della giurisprudenza CEDU in chiave ermeneutica*.

Penso cioè che la discussione sul peso da riconoscere ai precedenti CEDU dovrebbe passare *scopertamente* per l'esternazione e per la discussione sia delle premesse sia delle conseguenze assiologiche del ragionamento giuridico.

Spesso dirimente non è infatti la forma del ragionamento, bensì il contesto valoriale, a sua volta determinato in misura preponderante (ma non soltanto) dal ruolo istituzionale dell'organo che decide: un contesto valoriale, nel caso della Corte EDU, caratterizzato dall'esclusività dei diritti individuali; nel caso della Corte costituzionale, segnato invece dal temperamento di questo con altri interessi.

Più in genere, dovrebbe sempre tenersi in conto che, nel farsi della giurisprudenza CEDU (come di qualunque altra giurisprudenza) giocano fattori non solo giuridici, ma soprattutto politici e culturali.

Quanto ai *fattori politici* (in senso lato), penso alla differenza tra il costituzionalismo degli anni Settanta, che ha condotto all'affermazione crescente delle Corti nazionali interne e il neo-costituzionalismo dei giorni attuali: quello stato-centrico; questo individuo-centrico.

Nell'attuale scenario storico, segnato dal declino degli Stati e da una diffidenza generalizzata nei loro confronti, rigurgitante giusnaturalismo e sogni di rivalse dell'individuo, non è stato difficile per la Corte (forse anche naturale) consolidare la sua popolarità e costruirsi un ruolo di giudice di ultimo grado rispetto alle giurisdizioni nazionali lasciando al palo anche le Corti costituzionali interne, ancora legate ad una visione stato-centrica oppure, come osserva Marta Cartabia, semplicemente "sistemica"⁴².

Alcune analisi si spingono a ipotizzare che la giurisprudenza della Corte sia percorsa da un vittimo-centrismo non scevro di coloriture demagogiche⁴³, forse indotto da un lucido e consapevole disegno di auto-accreditamento nel sistema delle giurisdizioni europee.

Io preferisco dare un'interpretazione meno maliziosa e mi piace continuare a pensare che, in quanto giudice dei diritti, la Corte EDU abbia, *su un piano culturale*, un rapporto privilegiato con il fatto e con le persone che lamentano di aver subito una lesione di tali diritti. E che ciò comporti, fisiologicamente, una maggiore vicinanza di questi giudici al fatto e una loro più accentuata responsabilizzazione nei confronti del ricorrente di quanto accada nel sistema interno organizzato "per regole" e dunque per (quella che io chiamo) "distanziamento",

⁴² «Mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo, investita tramite ricorso individuale diretto, è "tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco"», viceversa, la Corte costituzionale opera una tutela dei diritti fondamentali «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto fra loro» sicché l'una tende alla massima espansione delle garanzie in senso individualistico; l'altra in senso sistemico (M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, I, p. 45).

⁴³ Con riferimento alla materia penalistica, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, 2012.

anche psicologica.

Stia o meno *cavalcando* scientemente l'onda, certo è che la Corte EDU comincia ad apparire a molti sovra-compenetrata nella propria, istituzionale, missione di giudice dei diritti individuali (la mente va alle analisi svolte qualche anno fa in tal senso sempre da Marta Cartabia⁴⁴. E, sul piano delle *conseguenze*, non è affatto lontano il rischio che questo *parossismo* dei diritti individuali si risolva in un loro indebolimento, travolgendo anche la prevedibilità dell'esito giudiziario, contenuto unico e conformante la nuova legalità europea e (dunque, indirettamente) nazionale.

Inoltre, vero è che la giurisprudenza CEDU ha promosso importantissimi progressi in punto di garanzia del singolo sul piano interno; tuttavia una sua difesa non problematizzata – fondata sull'argomento/non argomento – che è dalla parte dei deboli (quand'anche – e ne dubito – si confermasse in futuro), finirebbe con il mettere ancor più in sordina la dimensione sociale, già fortemente in crisi, degli Stati.

Passo dopo passo, sentenza dopo sentenza, si sta infatti affermando una lettura quasi fumettistica, secondo cui lo Stato giocherebbe sempre il ruolo del "cattivo". Una lettura la quale ignora che esso a volte è tale, e cioè è "Stato-apparato"; altre volte è "Stato-collettività" e che, quando compare come controparte di fronte alla Corte europea in questa seconda veste, non necessariamente intende rivendicare odiose prerogative ed ingiustificati poteri di hobbesiana memoria, ma può casomai voler difendere gli interessi di altri individui costituiti, appunto, in collettività. Nella ricerca di un punto di equilibrio spesso difficile di cui esso, e non la Corte Europea, è istituzionalmente tenuta a farsi carico.

D'altro canto, la dottrina ha già colto i primi segnali di alcuni *retrofront* della Corte europea, proprio per effetto delle stimolazioni provenienti dalle Corti nazionali⁴⁵: un chiaro segnale, questo, del fatto che il rapporto potrebbe non essere a senso unico (dalla Corte EDU alle Corti nazionali), ma rivelarsi "virtuosamente" circolare, perché fondato sulla bontà degli argomenti⁴⁶.

Tanto per essere chiari, ovviamente una simile inversione di marcia presuppone che si attribuisca alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo un "giusto peso": un "peso" che, seguendo la nota categorizzazione⁴⁷, dovrebbe essere calibrato su quello degli "esempi" (per quanto autorevoli e suggestivi), piuttosto che dei veri e propri "precedenti".

8.

Conclusioni.

Spero di aver dimostrato che, anche nella più ampia prospettiva dei rapporti tra ordinamenti, rimedi di carattere formale al "problema dell'interpretazione" (come lo chiama la locandina del Convegno) non sarebbero risolutivi e nemmeno utili.

Sono sempre più convinta che la composizione del "problema" dovrebbe immaginarsi al livello culturale, tenendo conto che la possibilità di una deliberazione (in senso filosofico) presuppone l'esplicitazione delle premesse assiologiche del discorso (nonché l'analisi delle possibili conseguenze) piuttosto che il trinceramento acritico dietro testi (siano quelli della legge o delle sentenze) il cui contenuto è sempre, per definizione, sovradeterminato.

Eguale, insisto nell'idea che una chiave di lettura ermeneutica possa aiutare a decodificare i meccanismi sottesi all'apparente avalutatività delle soluzioni giuridiche, scongiurando ingiustificati anatemi ma anche facili entusiasmi⁴⁸.

Una lettura siffatta invita ovviamente anche a sospendere il giudizio e suggerisce cautela nella prospettazione degli strumenti di raccordo tra sistema interno e giustizia europea.

Spinge cioè a considerare le sentenze CEDU per quello che sono: argomenti autorevoli e importanti da tenere nella massima considerazione nel processo di deliberazione (in senso

⁴⁴ Vd. per esempio, M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, pp. 537 ss.

⁴⁵ G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, cit., pp. 6 ss.

⁴⁶ C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza"*, Aracne, 2012.

⁴⁷ M. TARUFFO, *Precedente*, cit., pp. 31 ss.

⁴⁸ Un'autorevole ed articolata critica all'approccio ermeneutico e, più nella specie, a molte mie considerazioni è stata elaborata, quando il presente contributo è apparso nella *Rivista on line*, da D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge, in questa Rivista*, 13 luglio 2015.

filosofico), ma ai quali sarebbe meglio non attribuire rilievo giuridico vincolante⁴⁹.

Mi rendo conto che questa conclusione può apparire “poca cosa” al formalista in cerca di pronte e definitive soluzioni. E sono pure consapevole che una soluzione “attendista” potrebbe, nell'immediato, apparire inadeguata, perché non impedirebbe che, nel frattempo, siano consumate “ingiustizie” o – per meglio dire – quelle che in una prospettiva di breve termine possono sembrare tali (lo ripeto: allo stato, la giurisprudenza interna garantisce effettivamente standard di tutela meno elevati di quella europea).

Metto però in conto che, come ricordava Ascarelli, l'infinita opera di creazione e di superamento del diritto vigente passa non solo per la lettura giocosa di Porzia, ma anche, purtroppo e talvolta, per il sacrificio di Antigone⁵⁰.

⁴⁹ Taccio invece della deprecabile tendenza giurisprudenziale a “massimare” le sentenze CEDU, perdendo il riferimento al fatto da cui la vicenda processuale prende spunto, e snaturandone così il senso. Tale tendenza è molto ben esemplificata da [A. ESPOSITO, Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario, in questa Rivista, 2 ottobre 2015](#), proprio con riferimento al caso Contrada.

⁵⁰ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia. Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, tomo I, Giuffrè, 1959, pp. 147 ss.

Conosciamo tutti le vicende sofoclea e sheakspeariana, ma le ricordo brevemente per comodità.

Antigone si ribella alla dura legge del tiranno Creonte, che le nega di dare una pietosa sepoltura alle spoglie di suo fratello Polinice, nemico di Tebe, ed invoca per contro le leggi degli dei per cui tutti gli uomini sono eguali davanti a Dite. Per questo viene rinchiusa viva in una tomba. Troppo tardi Creonte di ravvederà (nemmeno del tutto spontaneamente, ma “su suggerimento” di Tiresia che profetizza la vendetta degli Dei).

Nel “mercante di Venezia”, Antonio aveva preso una somma in prestito da Shylock, obbligandosi a restituirla entro un dato termine, pena il diritto dell'usuraio di tagliare una libbra della sua carne. Antonio non riesce ad adempiere entro la data fissata, ma proprio quando le cose si mettono davvero male per lui, interviene Porzia la quale, di fronte al Doge, cui la disputa è stata deferita, afferma la validità del patto, ma nel contempo fa notare che questo non prevede che sia versata nemmeno una goccia di sangue. L'interpretazione di Porzia è accolta dal Doge: Antonio si salva; Shylock viene condannato.

Ascarelli ritiene che entrambe le vicende siano emblematiche del farsi del diritto. Antigone rappresenta l'eterno, insolubile contrasto tra la legge positiva con le sue eventuali miserie, e la coscienza dell'individuo che ascolta l'assoluto. Dà voce alla ribellione all'ingiustizia e ne consente il superamento nel farsi della storia. Porzia, al contrario, non è il sacrificio, la ribellione, ma il sorriso. Agisce d'astuzia, secondo però le regole del gioco. Soltanto, ne propone una lettura particolare. Il Doge la accoglie, oltretutto non perché abbia una cogente forza logica, bensì perché sottende un'esigenza morale: dà voce alla sproporzione tra l'inadempimento ed il sacrificio umano che ne sarebbe dovuto derivare.

Riflessioni, quelle di Ascarelli, insuperate e insuperabili.