



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



4/2020

Interpretazione convenzionalmente conforme e bilanciamento. Un'appendice*

Interpretación convencionalmente conforme y ponderación. Un apéndice

ECHR Driven Interpretation and Balance. An Appendix

ALESSANDRO TESAURO

Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Palermo
alessandro.tesauro@unipa.it

CEDU,
INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

CEDH,
INTERPRETACIÓN LEGAL

ECHR,
LEGAL INTERPRETATION

ABSTRACTS

Questo articolo si occupa di analizzare criticamente i rapporti tra il bilanciamento che la Corte edu svolge in sede di concretizzazione di un diritto a base convenzionale e l'interpretazione convenzionalmente conforme che il giudice interno mette in campo in sede di applicazione delle relative scriminanti. E mette in evidenza il dato di fondo per cui, mentre l'interpretazione conforme è strutturalmente concepita per non superare i confini testuali della fattispecie, il bilanciamento, dato il suo connaturato carattere integrativo-additivo, è strutturalmente portato a oltrepassarli. Una simile presa d'atto potrebbe allora avere come effetto di rendere più problematico di quanto non sembri un adeguamento "caso per caso" del diritto penale nazionale al bilanciamento europeo in sede di giustificazione convenzionalmente conforme del fatto singolo ad opera del giudice comune e di raccomandare, invece, una chiamata in causa della Corte costituzionale.

Este artículo analiza críticamente la relación entre la ponderación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza en la concreción de un derecho de base convencional y la interpretación convencionalmente conforme que el juez nacional aplica en el contexto de causas de exclusión de responsabilidad. Y pone de manifiesto el hecho básico de que, mientras que la interpretación conforme está estructuralmente concebida para no ir más allá de las fronteras textuales del tipo penal, la ponderación, dado su inherente carácter integrador-aditivo, está estructuralmente inclinada a ir más allá de ellas. Un reconocimiento símil podría hacer más complejo de lo que parece la adaptación del derecho penal nacional caso por caso a la ponderación europea en el marco de la justificación convencional del hecho individual por el juez ordinario y motivar, en cambio, que se recurra al Tribunal Constitucional.

This paper critically analyses the relationship between the ECtHR balance in implementing a right based on the ECHR and the ECHR-driven interpretation by the domestic judge in applying defenses. While ECHR-driven interpretation is kept within the boundaries of the wording of the law, the balance is per se integrative-additive, so it goes by definition beyond such boundaries. Consequently, the 'case by case' approach at a domestic level could be more difficult and this would require to involve the Constitutional Court.

* Questo articolo, pur avendo una sua autonomia concettuale, costituisce parte integrante delle riflessioni già avviate in tre precedenti lavori pubblicati su questa Rivista, rispettivamente nei n. 3/2019, 4/2019 e 3/2020, e intitolati Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico generali e ricadute penalistiche. (parte I, parte II e parte III).

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Interpretazione conforme a Convenzione e «concezione tripartita del reato». – 3. Il bilanciamento come attività a carattere integrativo. – 3.1. (segue). L'interpretazione conforme tra "postulato dell'identità" e "strategia della specificazione". – 3.2. (segue). Un'obiezione decisiva. – 4. La nozione di caso identico come concetto valutativo-prescrittivo. – 5. Corte costituzionale e giudici comuni di fronte al c.d. consolidamento degli errori.

1.

Premessa.

Scopo di questo breve saggio è di dedicare qualche riflessione critica al controverso tema dei rapporti tra bilanciamento e «interpretazione convenzionalmente conforme», allo scopo di metterne in luce alcuni possibili cortocircuiti teorici.

Le considerazioni che seguono si ambientano nel quadro della scelta fatta dalla giurisprudenza costituzionale, già a partire dalle c.d. sentenze gemelle del 2007 (e poi ribadita, con specifico riferimento al giudicato penale, dalle sezioni unite della Cassazione con la sentenza *Ercolano*), di escludere la possibilità di un sindacato diffuso di legittimità convenzionale delle leggi statali affidato alle corti comuni, e di concentrare invece i relativi poteri di controllo nelle mani del giudice costituzionale, chiamato a intervenire laddove non sia possibile operare una riconversione ermeneutica della normativa interna in senso conforme a Convenzione tramite una mera *interpretazione* adeguatrice del giudice ordinario.

Più in dettaglio, le sentenze n. 348 e 349 del 2007, nel delineare le coordinate generali dei rapporti tra disposizioni di legge statale e norme convenzionali, hanno affermato il criterio regolativo per cui il sindacato di costituzionalità va attivato solo in caso di «contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.»; mentre al giudice comune «spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, *entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme* (corsivo nostro)», ricorrendo «a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica».

In stretta aderenza al ruolo di "fonte interposta" tra legge e Costituzione comunemente attribuito alla normativa di fonte convenzionale, lo spartiacque tra interpretazione convenzionalmente conforme e incidente di costituzionalità è stato, quindi, concordemente individuato nell'avvenuto superamento, o meno, del tenore letterale della fattispecie legale a seguito dell'intervento decisionale del giudice europeo: il *vincolo al testo*, il rispetto della cornice semantica dell'enunciato, è stato appositamente pensato come un limite strutturale che vale a connotare tipicamente la specifica fisionomia dell'interpretazione convenzionalmente conforme. E lo si è introdotto al preciso scopo di evitare che la normativa di fonte convenzionale possa sprigionare "effetti diretti" nelle controversie pendenti davanti al giudice ordinario, con correlativa esclusione della possibilità di procedere alla disapplicazione della legislazione (penale) interna con essa in contrasto¹. Sono cose note.

In un assetto complessivo dei rapporti tra giudice ordinario e giudice costituzionale come quello sopra richiamato a grandi linee, vorremmo però provare ad affrontare in chiave problematica una questione che di per sé ha una portata più generale, ma che finisce per chiamare in causa da vicino il tema cruciale dei rapporti tra fatto tipico e scriminanti nelle più diverse occasioni di scontro tra fattispecie incriminatrici nazionali e diritti a base convenzionale (dalla diffamazione alla fecondazione artificiale passando per il suicidio assistito).

L'interrogativo è questo: quando il caso da decidere è (o meglio, è considerato dal giudice penale interno) "identico" a un caso, o a una serie di casi, già decisi in sede sovranazionale, ed esiste già una consolidata regola di bilanciamento di fonte europea, il giudice ordinario può "fare da sé"? O deve, sempre e comunque, avvalersi dell'alleanza collaborativa della Corte costituzionale? Quando a venire in gioco sono questioni di bilanciamento tra interessi confliggenti - come quelle che tipicamente insorgono sul terreno delle scriminanti - può risolvere

¹ In altri termini, la subordinazione formale alla Costituzione non consente di attribuire effetti diretti al diritto convenzionale, e conseguentemente, esclude il potere «per il giudice nazionale di applicar[lo] direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti»: così Corte cost., sent. n. 349 del 2007. Sul punto cfr. CARUSO (2018), pp. 1985 e ss.

la controversia con le risorse ermeneutiche a sua disposizione, sia pure con effetti limitati al caso deciso? Oppure, per scelta “di sistema”, il criterio di riparto delle competenze decisionali proposto dalle “Gemelle” imporrebbe al giudice comune, alle prese con i ‘fratelli minori’ del ricorrente vittorioso a Strasburgo che assumano di trovarsi nella sua stessa identica situazione, di scomodare la giustizia costituzionale, anche quando, in teoria, se ne potrebbe anche fare a meno?²

2. Interpretazione conforme a Convenzione e «concezione tripartita del reato».

Un primo modo di affrontare la questione potrebbe consistere nel fare ricorso alla consueta sistemazione teorica fornita dalla c.d. «concezione tripartita del reato»: e ritenere, pertanto, che gli *standard* di bilanciamento individuati dalla Corte edu in sede di concretizzazione giudiziale di un diritto a base convenzionale rilevante ex art. 51 c.p. (come per es. il requisito dell’infertilità maschile o della sterilità femminile in relazione al divieto di fecondazione eterologa; o, sempre nel campo della procreazione medicalmente assistita e del connesso divieto di diagnosi pre-impianto, l’essere portatori di malattie geneticamente trasmissibili; o ancora, verità-pertinenza-continenza, nei loro diversi adattamenti settoriali, in relazione alla tutela penale della reputazione individuale)³ integrino il contenuto di autonome cause di giustificazione. E, pertanto, mantengano una collocazione sistematica *esterna al tipo*. In base a questa

² Per limitarci soltanto ad alcune notazioni essenziali, con riferimento alla questione della estensibilità *erga omnes* del c.d. giudicato europeo, e dunque allo specifico problema della sorte da riservare ai “fratelli minori” del ricorrente vittorioso a Strasburgo, la sentenza della Corte costituzionale che finora ne fissa le coordinate fondamentali è la già citata sentenza n. 210 del 2013, emessa nell’ambito della vicenda *Scoppola*. Nel contesto argomentativo di tale pronuncia, la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto la possibilità che le decisioni di condanna della Corte di Strasburgo possano assumere portata generale, e questo anche al di fuori delle ipotesi in cui sia la Corte europea stessa a richiedere espressamente l’adozione di misure di carattere generale, e anche in relazione a situazioni già coperte da giudicato. Ma, questo il dato di fondo più caratterizzante del sistema dei rapporti tra giudice europeo e giudici interni, per soggetti diversi dal ricorrente, protagonisti di vicende assimilabili a quelle concretamente esaminate in sede europea, l’adeguamento dell’ordinamento nazionale al diritto convenzionale non costituirebbe un effetto automaticamente ricollegabile all’adempimento degli obblighi di conformazione previsti all’art. 46 § 1 Cedu, bensì richiederebbe l’intermediazione di una pronuncia di illegittimità costituzionale della disposizione di legge interna in contrasto con la Convenzione, secondo lo schema generale prefigurato appunto dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007. Secondo l’impostazione seguita dalla Corte, in base all’art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 (secondo cui «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali») lo stesso giudice dell’esecuzione sarebbe poi abilitato a intervenire direttamente sul giudicato già formatosi in applicazione della dichiarazione di illegittimità costituzionale, sempre che si tratti di una situazione tale da non richiedere una riapertura del processo.

Il c.d. “doppio binario” di tutela tratteggiato dalla Corte costituzionale per differenziare la risposta dell’ordinamento alle violazioni convenzionali a seconda che si tratti del ricorrente “capofila” o di soggetti in posizione identica rimasti estranei al procedimento davanti alla Corte europea, è stato poi riconfermato e precisato nelle sue linee essenziali dalla già citata sentenza resa dalle Sezioni Unite nel caso *Ercolano*. Sulla scorta del principio-guida per cui il giudicato penale può, e deve, essere considerato «recessivo» nei confronti di perduranti e serie compromissioni in atto dei diritti fondamentali della persona umana (come accadde tipicamente nel caso in cui sia ancora in esecuzione una pena conseguente a una condanna da considerarsi convenzionalmente illegittima), le Sezioni Unite sono state perfino più esplicite della Corte costituzionale nell’affermare l’obbligo di assicurare la rimozione degli effetti ancora in atto di un’accertata violazione della Convenzione «anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo»: secondo i principi di diritto da queste messi a punto (noti in gergo sotto la denominazione convenzionale di “Principi *Ercolano*”), i soggetti diversi dal ricorrente che ha avuto ragione a Strasburgo potrebbero comunque avvalersi dell’incidente di esecuzione per eliminare le conseguenze di una condanna illegittima, purché a) la loro situazione sia identica a quella decisa dalla Corte europea; b) la pronuncia della Corte europea abbia rilevato l’esistenza di un vizio strutturale della normativa interna di carattere sostanziale; c) sia possibile interpretare la normativa interna in senso conforme a Convenzione, oppure, *in caso contrario*, sia intervenuta una declaratoria di illegittimità costituzionale; d) la soluzione della questione richieda un’operazione sostanzialmente ricognitiva e non sia dunque necessaria la riapertura del processo. Con riferimento invece allo strumento della c.d. revisione europea, introdotto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2001 con cui ha dichiarato la parziale illegittimità dell’art. 630 c.p.p., è valutazione comune che si tratti di uno strumento appositamente concepito per essere azionato soltanto dai soggetti che abbiano ottenuto una pronuncia favorevole della Corte europea, nei cui confronti lo Stato soccombente è convenzionalmente tenuto a rimuovere le conseguenze dell’accertata violazione convenzionale. Pur se cominciano a farsi strada orientamenti giurisprudenziali della Cassazione favorevoli ad ammettere il ricorso allo strumento della revisione “europea” anche da parte dei “fratelli minori” del ricorrente che ha adito con successo la Corte europea, ma nei soli casi in cui si sia in presenza di una sentenza “pilota” emessa nei confronti dello Stato italiano: in questo senso, si pronunciano ad esempio le sentenze *Scandurra* del 23 settembre 2014, n. 46067, e *Barbieri* del 2 marzo 2017, n. 21635. Sia pure con più specifico riferimento alla vicenda *Contrada*, la VI sez. della Corte di cassazione, con ordinanza 22 marzo 2019, data la «delicatezza della materia» e i suoi riflessi sistematici generali sulla condizione giuridica dei fratelli minori ha reputato necessario rimettere alle sezioni unite la decisione «se la sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 sul caso *Contrada* abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna; e, conseguentemente, laddove sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile».

³ Per una più dettagliata esposizione di tali casi esemplificativi si rinvia a TESAURO (2020), pp. 25 e ss.

prospettazione, gli *standard* di bilanciamento individuati dalla corte europea sarebbero destinati, quindi, ad occupare il livello dell'antigiuridicità, *senza interferire in alcun modo sulla fisionomia strutturale della fattispecie incriminatrice*.

Quali sarebbero, però, le conseguenze di una simile opzione ricostruttiva sul piano della distribuzione di competenze decisionali tra giudici comuni e Corte costituzionale?

Con buona probabilità, i rischi più consistenti presumibilmente connessi all'adozione di una, pur abituale, impostazione sistematica di questo tipo potrebbero essere quelli di fornire una sponda teorica all'auto-assunzione da parte dei giudici penali interni di un ruolo protagonista esclusivo nelle dinamiche di adeguamento del diritto nazionale al bilanciamento sovranazionale. In una *partita a due* tra giudice comune e giudice europeo che potrebbe finirebbe, molto verosimilmente, col determinare una marginalizzazione tendenziale del giudice delle leggi.

A ben guardare, infatti, continuando ad adottare anche in questo campo tale dominante prospettiva di teoria generale del reato, le corti comuni, alle prese con casi che reputano identici, o comunque assimilabili, a quelli già giudicati a Strasburgo, sarebbero sempre legittimate ad aggirare la questione dell'avvenuto superamento della cornice semantica dell'enunciato legislativo: e questo perché, già in premessa, la disposizione interessata dal ricorso, pur dopo l'intervento della Corte europea, conserverebbe intatto il suo originario profilo strutturale, resterebbe *tale e quale a prima*. A seguire fino in fondo le implicazioni connesse a una ricostruzione di questo tipo, i giudici comuni, sgravati dalla preoccupazione di incorrere in un possibile rottura del recinto testuale della fattispecie, sarebbero, difatti, autorizzate a non porsi neppure il problema di un'eventuale superamento dei c.d. "limiti logici" all'interpretazione convenzionalmente conforme, posto che, *per definizione*, il lavoro della Corte europea dovrebbe essere considerato, *già in partenza*, come strutturalmente inidoneo a influenzare in qualche modo la "tipicità"⁴.

3.

Il bilanciamento come attività a carattere integrativo.

Ci sono, però, buone ragioni per sospettare che le cose possano essere un po' più complicate di così.

La scelta di problematizzare la prospettiva "individualizzante" ora abbozzata - quella di una mera "giustificazione del fatto singolo" gestita caso per caso dal giudice comune in sede "decentrata" - e di propendere, invece, per quella che punta su un intervento del giudice costituzionale sulla disposizione di legge in sede di sindacato "accentrato" e "generalizzante" ex art 117 Cost., può infatti, a nostro avviso, giustificarsi in base a un triplice ordine di ragioni.

i) La prima ragione ha a che fare con il fatto che l'interpretazione convenzionale è stata strutturalmente concepita come un'attività che non deve oltrepassare le Colonne d'Ercole del *testo*, mentre il bilanciamento - incluso quello effettuato dal giudice europeo per risolvere un conflitto tra interessi nazionali e diritti convenzionali - è costitutivamente portato a oltrepassarle.

E' infatti ricorrente l'affermazione che il bilanciamento, almeno quando venga concepito come un'operazione che risolve antinomie attraverso *integrazioni normative*, si caratterizzi per essere una tecnica di argomentazione giuridica alternativa rispetto alle comuni tecniche interpretative, non assimilabile, cioè, all'uso degli argomenti classici dell'interpretazione, «ai normali strumenti di ermeneutica giuridica», per usare il vocabolario della Corte costituzionale italiana. Qui non si tratta di attribuire un significato linguistico ad un testo legislativo, ma di risolvere un'antinomia tra due norme (per es. tra una norma convenzionale e una disposizione di legge che, direttamente o indirettamente, rinvia a una norma costituzionale), in base a giudizi di valore e secondo «punti di equilibrio» variabili a seconda del tipo di caso da decidere⁵: e la ricerca di tali punti di equilibrio (il c.d. bilanciamento-*attività*) normalmente comporta l'in-

⁴ Sui c.d. limiti logici all'interpretazione convenzionalmente conforme v. VIGANÒ (2010), pp. 617 e ss.; MANES (2012).

⁵ L'espressione è di BIN (1992), pp. 60 e 134, secondo cui «se l'interpretazione mira ad assegnare un significato al discorso del legislatore (alla "disposizione"), il bilanciamento degli interessi non muove certo verso questo obiettivo. Lo scopo è di raggiungere una soluzione soddisfacente in presenza di un conflitto tra interessi: una soluzione che non pretende di porsi come unico significato normativo ricavabile dal testo legislativo; anzi, più precisamente, nulla ha essa a che fare col mondo dei *significati* e dei relativi fondamenti ermeneutici, bensì appartiene al mondo delle decisioni e delle relative giustificazioni retoriche. Il bilanciamento non pretende di fissare l'unico significato attribuibile ad una disposizione, ma di individuare il punto di equilibrio tra le posizioni in gioco nel caso specifico (...). Il "bilanciamento degli interessi"

serimento, fra i requisiti originariamente contenuti nell'enunciato legislativo, di contrassegni *aggiuntivi* che hanno il compito di indicare, per specifiche tipologie di conflitto, le condizioni *ulteriori* in presenza delle quali un diritto, principio, o interesse, costituzionale o convenzionale, può prevalere sull'altro (il c.d. bilanciamento-*prodotto* o bilanciamento-*risultato*).

Almeno quando si tratti della determinazione dei presupposti per l'esercizio di un diritto, il bilanciamento sotteso all'operatività della scriminante si presenta, perciò, come un'operazione che, nella sostanza, mira a introdurre nel discorso legislativo requisiti per l'innanzi privi di espresso riconoscimento a livello di fatto punibile, con cui le corti (inclusa quella europea) definiscono "per sottrazione" lo spazio del penalmente rilevante attraverso una «revisione» delle sue condizioni di applicazione. Un'operazione *concettualmente additiva*, dunque, il cui saldo finale è, però, una simmetrica riduzione del novero delle tipologie casistiche punibili⁶.

In un contesto in cui le valutazioni di anti-giuridicità formulate dal giudice penale, previo interpellò della giurisprudenza europea, «risultano precedenti o contestuali alla ricostruzione del fatto come tipico»⁷, ci si potrebbe perciò chiedere problematicamente: se è vero che il bilanciamento sottostante alla concretizzazione di un diritto di fonte convenzionale ad opera della Corte edu, fa uso di argomenti *produttivi* e non di argomenti *interpretativi* in senso stretto, se è una tecnica di ragionamento con una connaturata vocazione *integrativa*, se cioè fissa condizioni supplementari estranee al *testo* della disposizione impugnata, se tutto questo è vero, allora bisognerebbe concluderne che il tradizionale limite logico-testuale opposto all'interpretazione conforme è fatalmente destinato ad essere superato *sempre!*

Saremmo, cioè, di fronte a un'attività i cui risultati sono ineluttabilmente destinati a ricadere sempre *al di fuori* dei ristretti confini specificamente assegnati all'interpretazione convenzionalmente orientata. C'è, in altri termini, tra bilanciamento e interpretazioni (costituzionalmente o convenzionalmente) conformi una netta sproporzione di scala, se non proprio una radicale eterogeneità: non si tratta di interpretare testi legali ma, più verosimilmente, di effettuare operazioni "dissociative" *praeter legem* con cui si aggiungono proprietà (generali e astratte) e si eccettuano casi (generici), con l'obiettivo di ripianare, per dirla con J. Raz, lacune assiologiche "da conflitto irrisolto"⁸.

Trattandosi di un'attività che, per le ragioni su esposte, si pone in un rapporto di difficile coabitazione con i c.d. limiti logici tradizionalmente imposti alla mera interpretazione conforme, l'indicazione di fondo che se ne può trarre potrebbe essere, perciò, quella di scongiurare iniziative solitarie o interventi "fai da te" del giudice comune e rendere conseguentemente necessaria una chiamata in causa della Corte costituzionale⁹.

non appartiene all'interpretazione. Camuffare da interpretazione giuridica operazioni che non ne hanno la natura (che nulla hanno a che fare con il procedimento di assegnazione del significato, così latamente inteso da ricomprendervi anche la "produzione" di significati "nuovi") significa mentirne le forme per giustificare scelte e decisioni che non sono frutto di quel procedimento», col risultato paradossale di rendere tali operazioni opache e poco controllabili. Per una posizione più articolata v. CHIASSONI (2018), 24 e ss., il quale, sul condivisibile presupposto che i rapporti tra interpretazione e bilanciamento siano rapporti complessi che «non tollerano di essere riassunti vuoi in una tesi affermativa (il bilanciamento è interpretazione), vuoi in una tesi negativa (il bilanciamento non è interpretazione), se non a prezzo di una semplificazione erronea e foriera di fraintendimenti» sottolinea che occorre distinguere concettualmente i casi in cui l'utilizzo di un principio di bilanciamento si risolva in un'attività intellettuale volta a risolvere problemi di *interpretazione testuale* (in cui il bilanciamento può presentarsi sotto le vesti di «un'operazione interpretativa in senso stretto: che attiene alla determinazione del significato giuridicamente corretto delle disposizioni») dai casi in cui (come tipicamente accade quando la Corte edu decide conflitti tra diritti convenzionali e diritti, principi o interessi costituzionali) «il bilanciamento consista nell'utilizzo di un principio di bilanciamento quale criterio di integrazione del diritto lacunoso oppure quale criterio di risoluzione di antinomie, nel corso di operazioni di interpretazione metatestuale, come, appunto l'integrazione di lacune e la risoluzione di antinomie. Così inteso, il bilanciamento *non è*, dunque, *operazione interpretativa* in senso stretto. non attiene, infatti, alla determinazione del significato giuridicamente corretto delle disposizioni, bensì al compimento di operazioni diverse, le quali semmai presuppongono l'interpretazione di disposizioni e l'identificazione di norme esplicite».

⁶ Su questo sia consentito il rinvio a TESAURO (2009), pp. 146 e ss.

⁷ In cui cioè «oggi e sempre più, anziché sostenere che il fatto sarebbe mero indizio dell'anti-giuridicità (altro postulato della teoria generale del reato classica), possiamo spesso dire il contrario, che è dall'anti-giuridicità, dal confronto con l'intero ordinamento, che desumiamo elementi per comprendere la stessa esistenza del fatto tipico»: così DONINI (2016), pp. 715 ss., il quale al riguardo opportunamente differenzia le c.d. *situazioni* scriminanti (stato di necessità e legittima difesa) dalle c.d. *posizioni* scriminanti (esercizio del diritto, adempimento del dovere, consenso dell'aveute diritto), in relazione alle quali si sottolinea che «la loro naturale inclusione nell'identità del fatto tipico le rende scriminanti vicine agli elementi negativi del fatto o comunque in molti casi "confuse" con la ricostruzione della condotta che solo in loro presenza è lecita, ma non è spesso veramente percepibile come del tutto o pacificamente tipica-lesiva, mentre la condotta realizzata in presenza delle altre scriminanti appare più nitidamente lesiva anche quando giustificata».

⁸ RAZ (1979), pp. 52 ss.

⁹ Si tenga presente, per le possibili assonanze col tema qui trattato, che «debordano dal perimetro di utilizzabilità dello strumento anche le soluzioni ermeneutiche che si traducono in una *interpretatio abrogans* (parziale) della disciplina interna (benchè *in bonam partem*): esito che equivale, in tutto e per tutto, alla disapplicazione di quest'ultima» (così, NAPOLEONI, (2019), p. 150), situazioni in cui si pretenderebbe di

3.1. (segue). L'interpretazione conforme tra "postulato dell'identità" e "strategia della specificazione".

Purtuttavia, non mancano argomenti per superare l'*impasse* sopra illustrata. A questo scopo, si potrebbe, in particolare, pensare di ricorrere all'*ideologia della defettibilità*: e cioè ritenere che la Corte edu, quando decide conflitti normativi tra diritti convenzionali e interessi a base costituzionale, altro non faccia che limitarsi a giudicare come "defettibile" la disposizione statale coinvolta al cospetto dei "casi recalcitranti" da essa individuati (tali potendosi definire i casi prospettati e decisi a Strasburgo): limitandosi a giudicarla semplicemente come defettibile, «la norma sopravviverebbe in qualche modo all'impatto di tali casi recalcitranti. Per quanto in qualche modo rivista, corretta, riqualificata, la norma, così si assume, rimane al suo posto: è ancora *la stessa norma*»¹⁰.

E' quello che è stato efficacemente denominato, in alcuni dei più lucidi studi di teoria generale del diritto condotti in argomento, come «il postulato dell'identità»: l'idea per cui la disposizione interessata, nonostante il bilanciamento giudiziale, resterebbe *identica a sé stessa*. Il che accadrebbe perché i casi recalcitranti che potrebbero metterla in crisi - quei tipi di casi (per es. quelli di cui istituzionalmente si occupa il giudice europeo) che, pur ricadendo sotto l'antecedente di una norma condizionale (per es. un'incriminazione nazionale) non vogliamo trattare con la conseguenza che ne dovrebbe seguire - vanno «considerati come già previsti, sia pure implicitamente, dalla norma»¹¹. Insomma, le tipologie casistiche da trasferire nella sfera del lecito sarebbero da considerare come già originariamente contenute, come già incapsulate, nello spettro previsionale della disposizione coinvolta, e al giudice (europeo) non si chiederebbe che di farle venire a galla.

Se si vedono le cose in quest'ottica, il c.d. «postulato dell'identità» potrebbe, allora, servire come argomento-chiave teoricamente spendibile per tornare ad aprire le porte agli adeguamenti caso per caso della normativa statale al diritto europeo in sede di interpretazione conforme del giudice comune, senza il timore di forzare i confini testuali della disposizione. Vediamo più in dettaglio perché.

L'idea di fondo su cui il «postulato dell'identità» si basa è solida con quella che negli studi teorico-generalisti è conosciuta come la "strategia della specificazione"¹².

La "specificazione" è - per limitarci all'essenziale - una strategia di risoluzione conflitti tra considerazioni normative divergenti che aspira a presentarsi come una terza via alternativa e intermedia rispetto a bilanciamento e sussunzione, col dichiarato proposito di superare entrambe. La sua idea centrale è che per ricomporre il *puzzle* normativo che di volta in volta il giudice si trova di fronte non si debba fare altro che scoprire cosa la norma o le norme rilevanti, *rettamente intese*, implicano. Ciò che si richiede è, perciò, soltanto una migliore, più approfondita, più articolata comprensione delle norme in conflitto: il che si dovrebbe poter ottenere appunto "specificando", in linea concettuale-astratta, il contenuto (o restringendo adeguatamente il campo di applicazione) di almeno una delle norme interessate, facendo in tal modo emergere ulteriori "elementi negativi" della condotta illecita già implicitamente contenuti al loro interno¹³. Nel contesto di una simile operazione - così si sostiene - quel che si modifica, in realtà, non è la norma ma, piuttosto, la sua *formulazione* di partenza: ciò che siamo impegnati a fare è correggere e raffinare soltanto la formulazione iniziale dell'enunciato (cioè, la nostra provvisoria presa parziale sul più ampio contenuto effettivo della norma), con l'obiettivo di mettere la norma "d'accordo con sé stessa". Ne deriva pertanto che, a seguito di questo processo è pur sempre «*la stessa norma* che si può supporre stiamo applicando al caso, sebbene adesso meglio compresa in una formulazione opportunamente revisionata»¹⁴.

procedere per via di interpretazione conforme ad una diretta rimozione di sotto-fattispecie anti-convenzionali esplicitamente previste a livello legislativo, e in relazione alle quali è parso necessario rilanciare «il nesso di inscindibilità tra *testo e interpretazione*», la quale, anche quando orientata *in bonam partem*, non è invocabile «prescindendo dalle componenti linguistiche della disposizione» (così MAIELLO (2018), p. 777.

¹⁰ CELANO (2012), 268.

¹¹ CELANO (2012), 277.

¹² Sembrano propendere per un'impostazione in larga parte ispirata alla strategia della specificazione GERARDS e SENDEN, 2009, pp. 619 e ss.

¹³ Specification «narrows a norm by adding clauses spelling out where, when, why, how, by wath means, to whom, or by whom the action is to be done or avoided»: RICHARDSON (2000), p. 289.

¹⁴ B. CELANO (2012), p. 273.

3.2. (segue). Un'obiezione decisiva.

A un esame più ravvicinato, però, una simile impostazione, che ricondurrebbe la risoluzione dei conflitti normativi - inclusi quelli che sorgono nel dominio decisionale amministrato dalla Corte edu - al mondo dell'*interpretazione*, con conseguente pieno *via libera* agli adattamenti caso per caso del giudice ordinario nazionale ai bilanciamenti europei, si espone a consistenti riserve critiche, e può essere agevolmente falsificata al metro di una stringente obiezione.

L'argomento che dimostra perché l'«assunto dell'identità», su cui la c.d. strategia specificazionista si regge, è destinato a fallire, ruota attorno a un'obiezione decisiva: e cioè che le c.d. «condizioni negative», quelle tipicamente individuate all'esito delle operazioni di bilanciamento sottostanti alla concretizzazione giudiziale di un diritto, «non sono esaustivamente enumerabili»¹⁵, non sono consultabili 'a dizionario' in base a un elenco preesistente. A meno che non si ritenga ragionevolmente concepibile, ed epistemicamente accessibile, un inventario preconstituito di *tutte* le possibili condizioni potenzialmente implicate nello scontro tra i diritti e gli interessi messi in tensione da una determinata fattispecie legislativa - una lista *già pronta* di tutte le proprietà normative teoricamente rilevanti che definisca *in anticipo* l'universo di tutti i possibili casi di conflitto - dire, come pretende di fare l'impostazione teorica esaminata, che quando decidono conflitti i giudici stiano soltanto "specificando" *una stessa norma* finisce col non avere molto senso. Riviste le cose in questa diversa prospettiva di indagine, l'idea per cui i giudici (per es. i giudici europei), nel risolvere conflitti (per es. tra diritti convenzionali e diritti o interessi penalmente rilevanti) si limiterebbero semplicemente a esplicitare il contenuto una norma (per es. una norma incriminatrice) che, nonostante il loro intervento di ridefinizione correttiva, è (e resta) sempre *uguale a sé stessa* (quella di prima, quella che è sempre stata) non tarderebbe a rivelare tutto il suo potenziale retorico. Potrebbe avere una sua qualche plausibilità se davvero potessimo predeterminare in anticipo quali siano le proprietà che debbono risultare assenti perché la conseguenza legalmente prevista non segua, se cioè davvero fosse preventivamente disponibile un "deposito" di casi e proprietà cui i giudici sovranazionali potessero, volta per volta, attingere. Ma ciò è, sia ontologicamente, sia epistemologicamente, impossibile: disgraziatamente non disponiamo di una simile «tesi di rilevanza ultima»¹⁶.

Tutto questo non può che spingere nella direzione di ritenere quanto meno poco persuasiva l'idea di ricorrere alla cornice teorica della specificazione per fornire una rappresentazione realistica del modo in cui il giudice europeo risolve i conflitti tra diritti convenzionali e beni giuridici nazionali: l'impossibilità di accedere a un serbatoio di proprietà ponderative predefinite *ex ante* induce a considerare profondamente fuorviante l'idea che la Corte edu, nel decidere i conflitti di sua competenza, si limiti semplicemente a svolgere il compito di «tappare i buchi delle nostre generalizzazioni»¹⁷ (nel nostro caso delle generalizzazioni incorporate nelle previsioni penali) con materiali già disponibili.

Il che impone una prima conclusione obbligata.

Se è davvero così che stanno le cose, «perché allora non riconoscere semplicemente che, nell'affrontare e risolvere un conflitto tra norme, stiamo adesso semplicemente cambiando le nostre opinioni, cioè stiamo adesso realizzando che la norma che abbiamo provato ad applicare al caso in discussione era sbagliata e la stiamo sostituendo *con un'altra diversa*»?¹⁸ Perché non riconoscere apertamente che, quando il giudice sovranazionale, all'esito di un bilanciamento tra beni convenzionali e interessi statali, introduce un'eccezione nell'antecedente di una norma (penale) nazionale, «non c'è nessuna differenza tra l'aggiungere una clausola d'eccezione a una disposizione e semplicemente modificarne il contenuto»?¹⁹

E' precisamente questo quello che fa il bilanciamento, incluso quello sotteso all'operatività di un diritto scriminante di fonte europea: introdurre condizioni ulteriori che *cambiano* il volto

¹⁵B. CELANO (2012), p. 275. E questo non solo perché nuove proprietà normative potenzialmente rilevanti possono venire successivamente ad esistenza, ma anche perché è la stessa «interazione umana [che] dà luogo a un'infinita pluralità di proprietà rilevanti, e di storie rilevanti in cui sono istanziate. Questa molteplicità non è computabile. L'idea di un catalogo di tutte le proprietà normativamente rilevanti, o tipi di casi, è malformata, proprio come l'idea di insieme chiuso di tutte le possibili trame di un romanzo».

¹⁶C. ALCHOURRON e E. BULYGIN (1975), p. 58; e ID. (2005), p. 131, per i quali la c.d. «tesi di rilevanza» è una nozione che allude al complesso delle circostanze effettivamente prese in considerazione da un sistema normativo in relazione ad un universo di azioni; e in questo senso rinvia ad «*uno stato di cose che si dà di fatto*».

¹⁷Per usare un'efficace espressione di LANCE e LITTLE (2004), p. 453.

¹⁸CELANO (2012), p. 277 (corsivo aggiunto).

¹⁹SCHAUER (1991), p. 893: «there is no difference between adding an exception to a rule *and simply changing it*» (corsivo aggiunto).

della norma (la struttura del fatto punibile), eccettuando nello stesso tempo dal suo spettro previsionale classi di casi che prima vi rientravano²⁰.

Quel che se ne può concludere, allora, è che richiamarsi al più innocuo apparato teorico della mera defettibilità della norma penale per descrivere il lavoro della Corte europea potrebbe non riuscire a dar conto della realtà e, in fin dei conti, degradare a pura ideologia: il giudice sovranazionale, nel risolvere i conflitti che ricadono all'interno suo spazio decisionale, non specifica eccezioni "implicite" o "apparenti" - e cioè, eccezioni che possono definirsi tali solo *prima facie* perchè erano già lì, "nascoste in bella vista sotto gli occhi di tutti", per dirla con D. F. Wallace - ma bilancia. E, nel bilanciare, costruisce casi eccezionali (e correlative proprietà definitorie) che non preesistono alla loro individuazione ma che invece «incorpora nell'antecedente di norme *differenti*».²¹

E' in questo preciso senso che si può perciò avanzare l'idea per cui il bilanciamento che sta dietro la costruzione da parte del giudice sovranazionale di una causa di giustificazione consistente nell'esercizio di un diritto convenzionale mette irreversibilmente in crisi il c.d. «assunto dell'identità» (tra la fattispecie legale qual era *prima* e quale risulta *dopo* che il bilanciamento della Corte edu ha fatto il suo lavoro): le condizioni generali di esercizio di un diritto convenzionale, sempre ammesso che vengano esplicitate dalla giurisprudenza europea attraverso la formulazione (istantanea o progressiva) di una regola di bilanciamento, entrano a far parte dell'antecedente della norma impugnata e generano una norma *nuova e diversa* da quella preesistente.

Cosa che, tra parentesi, non si traduce necessariamente in un'impegnativa scelta di campo a favore della sistematica bipartita, ma comporta soltanto la ben più limitata presa d'atto che, quando si tratta di diritti (o di doveri), anche a base convenzionale, la relativa scriminante, come ormai si tende a riconoscere, si allontana dalla prospettiva della giustificazione del caso singolo per assumere una concorrente funzione *conformativa* della tipicità legale.

In un quadro teorico come quello che abbiamo tentato di tratteggiare a grandi linee, che le c.d. "condizioni negative" isolate nel contesto dei bilanciamenti effettuati dal giudice europeo siano più realisticamente destinate a inserirsi all'interno della fattispecie legale, generando una norma nuova e diversa da quella precedente, si spiega essenzialmente col fatto che tali condizioni aggiuntive non sono oggetto di mera rilevazione oggettiva o di pura "custodia tecnica", non sono mai il frutto di una operazione di "specificazione" effettuabile *ex ante* e in modo tendenzialmente avalutativo e neutrale. Tali classi di circostanze, cioè, *non erano lì già da prima*: per esse non vale l'aforisma di Lichtenberg, secondo cui «una sorta di ventriloquismo trascendentale può far credere alla gente che qualcosa che è stato detto in terra provenga dal cielo»²²(convenzionale). Semmai, è più plausibile ritenere che l'enucleazione, in sede di bilanciamento giudiziale, di ulteriori proprietà generali estranee al testo originario della disposizione coinvolta rappresenti, più realisticamente, il portato di un cambiamento di "vedute normative" del giudice europeo rispetto all'originario bilanciamento legislativo degli interessi così come condotto dalle autorità nazionali.

In questa prospettiva di analisi, allora, le tipologie casistiche che il giudice europeo individua ed eccettua dalla cornice del fatto punibile, essendo il frutto di una rivalutazione comparativa degli interessi coinvolti guidata dai giudizi di valore condivisi dall'interprete sovranazionale - dai suoi atteggiamenti etico-normativi sul modo di concepire e fare interagire fra loro diritti fondamentali e interessi nazionali - non sono concettualmente raffigurabili come qualcosa di simile alle più neutre "eccezioni vere e proprie"²³ (che, almeno per come vengono concepite in sede teorico-generale, presuppongono un più asettico rapporto anomalia-normalità tendenzialmente esente da contaminazioni col piano delle considerazioni morali sostan-

²⁰ Questo dipende, ovviamente, anche da come il bilanciamento è concepito e praticato. Se, come accade nel quadro del primo modello di bilanciamento analizzato nelle prime due parti del presente lavoro, «ciò che si intende per bilanciamento di considerazioni confliggenti si esaurisce nel guardare al caso concreto in discussione e dichiarare solennemente 'qui N1 prevale su N2', punto, certamente non si tratterebbe di un modo razionale di procedere. Ma questa non è una fotografia attendibile di quella che può essere considerata l'essenza del bilanciamento». Come abbiamo visto accadere nel contesto del secondo modello di bilanciamento diffuso nella prassi applicativa della Corte edu che abbiamo tentato di delineare in questa parte del presente lavoro, «il bilanciamento, in quanto tale, è compatibile con - e un bilanciamento razionale certamente implica - lo spiegare perché, per come uno vede le cose, in questo o quest'altro caso, N1 debba considerarsi prevalente su N2, cioè dare ragioni sul perché, in questo tipo di caso, la prima supera la seconda. Questo è ciò che abitualmente si fa e, come risultato, ciò che si ottiene sono norme più specifiche»: così CELANO (2012) nota 27, p. 277.

²¹ CELANO (2012), p. 278 (corsivo aggiunto).

²² LICHTENBERG (1975).

²³ Quelle di cui parla CELANO (2012), p. 280.

ziali) ma, semmai, costituiscono, al contrario, il saldo finale di un diverso assetto assiologico delle ragioni soggiacenti, il risultato di un *ri*-bilanciamento delle c.d. “ragioni di primo livello” governato da assunti valutativi sui beni in gioco.

Le riflessioni fatte fin qui autorizzano, credo, due considerazioni finali sul tema che abbiamo provato ad affrontare.

a) La prima è che il giudice penale – così come, di certo, non avanza mere “interpretazioni” costituzionalmente conformi²⁴ quando, nel contesto delle valutazioni di anti-giuridicità e dei sottostanti giudizi di bilanciamento di sua spettanza, individua i requisiti costitutivi di diritti scriminanti a base costituzionale, trattandosi di requisiti che, nella sostanza, vanno a integrare il contenuto della disposizione oltre la sua cornice testuale – allo stesso modo non si limita ad avanzare mere “interpretazioni” convenzionalmente conformi in grado di mantenersi *al di qua* del limite letterale quando, invece di elaborarli da sé, recepisca tali requisiti da un’ autorità giurisdizionale esterna (e cioè dalla Corte europea).

Ragion per cui, l’uso promiscuo dell’etichetta *omnibus* «interpretazione convenzionalmente conforme» per descrivere anche in questi casi l’operato delle corti potrebbe dunque nascondere, molto di più di quanto non riveli, la reale sostanza delle operazioni decisorie compiute dai giudici interni: più che di *interpretazioni* convenzionalmente conformi sarebbe forse più appropriato parlare di *integrazioni* convenzionalmente conformi²⁵.

b) La seconda considerazione, riassunta in poche battute, è questa: dire, come abbiamo provato a fare, che la Corte edu *non “specificca” ma bilancia* – che non estrapola eccezioni implicite già racchiuse nell’orizzonte di senso della norma impugnata ma ne modifica la struttura in base ad assunti sostanziali di ragionevolezza su come risolvere il conflitto tra i beni in gioco – ha importanti riflessi sul piano della legittimazione politico-istituzionale complessiva della Corte europea, nelle sue interazioni strategiche con la Corte costituzionale. Nel preciso senso che una simile consapevolezza, nel presupporre sempre prese di posizione valutative “essenzialmente contestabili” sul peso rispettivo dei beni in conflitto, non può che ridimensionare il carattere “tabuistico” di intangibilità delle decisioni del giudice europeo.

Mentre alla conclusione opposta di rafforzarne il carattere cogente si potrebbe, per converso, pervenire solo se si propendesse per una raffigurazione dell’attività decisionale svolta dal giudice europeo sotto le insegne della più asettica e neutrale specificazione: sotto le insegne, cioè, di una operazione logico-concettuale astratta a carattere meramente *interpretativo-dichiarativo*, per questo in grado di garantirle un *surplus* di vincolatività nei confronti delle giurisprudenze nazionali.

Ma contro questa immagine ricostruttiva si potrebbe comunque replicare per inciso che – anche ammesso che lo si possa ritenere uno schema utile a descrivere cosa fa effettivamente la Corte europea quando decide conflitti – a ben vedere la strategia della specificazione, sotto le mentite spoglie di un’operazione meramente definitoria e assiologicamente neutrale, altro non è, in realtà, che un bilanciamento “in incognito” o “non dichiarato”: un bilanciamento, cioè, che non accetta di presentarsi come tale²⁶.

²⁴ Anch’esse sottoposte al medesimo “interdetto” del non superamento del testo, almeno secondo la dottrina costituzionalistica maggioritaria: Cfr. DOLSO (2009), p. 1353, secondo cui le operazioni di adeguamento ermeneutico alle norme costituzionali dei prodotti legislativi scontano «la necessità di salvaguardare l’integrità del testo della legge, argine non superabile con gli strumenti interpretativi»; LUCIANI (2007), che efficacemente segnala come «per quanto i significati normativi di una disposizione possano essere “adeguati” alla Costituzione, l’opera di “adeguamento” non può essere condotta fino al punto da leggere nella disposizione quel che non c’è, anche quando la Costituzione vorrebbe che ci fosse»; ID (2015), p. 446, «il campo semanticamente definito dal tenore testuale della norma (...) non può essere legittimamente scavalcato nemmeno facendo valere l’esigenza armonizzante sottesa all’interpretazione conforme»; PISTORIO (2012), p. 68: «l’interpretazione, in quanto soluzione ermeneutica, deve sempre poter reggere alla prova della lettera»; Contro il limite strutturale della cornice testuale della disposizione v. MODUGNO (2014), pp. 13 e ss., secondo cui, a ritenere sempre operante il suddetto limite, si corre il rischio di chiudere l’accesso del giudice-interprete a ogni forma di interpretazione di tipo dissociativo o estensivo.

²⁵ Nelle condizioni date, quindi, alla domanda se il giudice comune nazionale può “fare da solo”, si può anche continuare a rispondere di sì, ma nella consapevolezza che, dato il carattere integrativo-additivo dei testi legali che anche il bilanciamento dei giudici europei normalmente presuppone, si tratta di qualcosa di radicalmente eterogeneo rispetto a una mera interpretazione convenzionalmente conforme della disposizione.

²⁶ Questo perché la determinazione del c.d. contenuto essenziale dei diritti costituzionali o convenzionali, così come la fissazione di limiti impliciti al loro esercizio, non è (e non può essere) un’operazione concettuale di tipo teorico-ideale (o *in vacuo*), bensì presuppone necessariamente, inevitabilmente, il ricorso a tecniche, palesi o occulte, di bilanciamento condotte in relazione a specifici casi generici di conflitto: lo mette bene in evidenza PINO (2007), p. 240.

4. La nozione di caso identico come concetto valutativo-prescrittivo.

ii) Abbiamo tentato di difendere l'idea secondo cui, quando il giudice interno è chiamato a recepire gli esiti del bilanciamento sottostante alla concretizzazione di un diritto convenzionale da parte del giudice europeo, in realtà, dato il carattere *integrativo-additivo* dei testi legali che esso normalmente presuppone, non è così scontato in partenza che si tratti di meri interventi di adeguamento della normativa statale collocabili senza incertezze entro i binari tradizionalmente assegnati all'interpretazione conforme.

La seconda ragione per cui, anche quando esiste una regola di bilanciamento di fonte europea ben profilata nei suoi presupposti applicativi, sarebbe nondimeno raccomandabile che le giurisdizioni ordinarie chiedessero l'intervento dell'organo di giustizia costituzionale, ha a che fare con il fatto che, in realtà, la nozione di "caso identico" a quello deciso a Strasburgo «a prima vista è una cosa apparentemente triviale, ovvia. Dalla sua analisi risulta che è una cosa imbrogliatissima, piena di sottigliezza metafisica e di capricci teologici»²⁷.

Fuor di metafora, quella di identità è una relazione che, al di là dei casi di perfetta sovrapponibilità "senza resti" dei casi concreti da comparare, spesso occulta un sottostante giudizio sostanzialmente analogico di uguaglianza, e il giudizio di uguaglianza - a stare agli studi che più da vicino se ne sono occupati - si presenta, per ampi tratti, come un giudizio *normativo-prescrittivo*, più che *empirico-descrittivo*: vale a dire come un giudizio non *dimostrativo* ma *valutativo*, necessariamente dipendente dalla scelta a monte di una «unità di misura determinata», dall'assunzione preliminare di un «punto di vista» alla stregua del quale affermare o negare la rilevanza delle differenze²⁸. Sicché, al di fuori dei rari casi in cui il giudice ordinario sia davvero in condizione di asserire una perfetta coincidenza tra i casi concreti a raffronto sotto ogni aspetto rilevante, la nozione di "caso identico" spesso non è qualcosa di ontologicamente preesistente alla valutazione giudiziale ma dipende dal punto di vista prescelto dal giudice, dalla valorizzazione di alcuni tratti e dalla contestuale sottovalutazione di altri.

Rilievi di questo tipo potrebbero perciò costituire un motivo in più per consigliare di sottrarre la gestione delle relazioni di "identità" agli esiti incerti e potenzialmente contraddittori di una valutazione "caso per caso" devoluta al giudice comune. Il quale, invece di stabilire egli stesso, di volta in volta e per proprio conto, quando (in base a quali caratteristiche condivise) il caso in discussione sia da considerare assimilabile a quello deciso a Strasburgo, per procedere

²⁷Per ripetere la nota riflessione che K. Marx dedica al carattere di feticcio della merce ne *Il Capitale*, Libro I, cap. I, p. 4)

²⁸ Sulla necessaria dipendenza dei giudizi di uguaglianza da una «regola prescrittiva di trattamento» capace di identificare tratti di somiglianza o diversità rilevante tra i casi a raffronto v. WESTEN (1982), pp. 537 ss. In proposito v. anche GIANFORMAGGIO (2008), pp. 149 e ss. Sui due principali modi d'uso del concetto di uguaglianza, quello «descrittivo» e quello «valutativo-prescrittivo», v. GIANFORMAGGIO (1995), pp. 139 ss.; SCHIAVELLO, (2000), pp. 65 ss. TARELLO, (1989). p. 351. P. WESTEN (1990), pp. 11-41 e 59-92.

Un caso emblematico della possibile scelta di «unità di misura» o «punti di vista» differenti alla cui stregua decidere come valutare in chiave prescrittiva somiglianze e differenze rilevanti tra i singoli casi a raffronto lo si può rintracciare nelle divergenti soluzioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità e di merito in ordine al problema della estensibilità della *ratio decidendi* della sentenza *Contrada c. Italia* nei confronti di soggetti diversi dal ricorrente originario, scelta che a sua volta risente di atteggiamenti valutativi convincenti etico-politici per lo più non esplicitati a monte. La prima pronuncia sul tema è quella emessa dalla prima sezione della Corte di cassazione 11 ottobre 2016 [nell'ambito dell'incidente di esecuzione promosso dall'ex senatore di Forza Italia Marcello Dell'Utri, anche lui, come Bruno Contrada, condannato per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti precedenti al 1994. In quell'occasione la Cassazione, pur annettendo una caratterizzazione oggettiva e generale al principio di diritto contenuto nella sentenza *Contrada c. Italia*, ha ritenuto di negare l'estensione del "giudicato europeo" in quanto la situazione del ricorrente «non poteva dirsi esattamente speculare a quella del Contrada»: al fine di valutare l'identità sostanziale delle due vicende, infatti, non era a suo giudizio sufficiente considerare il solo contrassegno estrinseco della collocazione temporale della commissione dei fatti antecedentemente al 1994, ma occorreva rintracciare nella "condotta processuale" del medesimo la presenza di concreti indicatori sintomatici della effettiva imprevedibilità di una condanna a titolo di concorso esterno. In particolare, reinterpretando la *ratio decidendi* della decisione sul caso Contrada in modo da ricondurla «non già all'alternativa fatto lecito/fatto illecito (...) quanto all'aspettativa dell'imputato - nel caso concreto - di ricevere un trattamento sanzionatorio più mite», ad avviso della Suprema Corte era necessario che il ricorrente avesse quanto meno sollecitato una diversa qualificazione giuridica dei fatti nell'ambito del procedimento in cui era imputato, come, in effetti, aveva fatto Bruno Contrada a suo tempo. Successivamente la Corte d'Appello di Caltanissetta, investita del ricorso volto a ottenere la revisione europea del giudicato di condanna, non ha condiviso la scelta della Cassazione di affermare l'eterogeneità sostanziale dei casi a raffronto in base alla «diversità di condizione giuridica e processuale» dei due imputati ma, pur negando la presenza di plausibili elementi differenziatori in grado di compromettere la piena identità fra la posizione di Contrada e quella di Dell'Utri, non ha accordato la concessione del rimedio richiesto per mancanza di giurisprudenza europea consolidata sul punto. In termini analoghi si è poi espressa la Cassazione a sezioni unite con la recente sentenza 24 ottobre 2019, Genco, affermando il principio di diritto per cui «i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata». Per un primo commento v. S. BERNARDI (2020).

poi a una sostanziale disapplicazione *in parte qua* della fattispecie penale nazionale con effetti limitati al caso deciso, dovrebbe investire della questione l'organo di giustizia costituzionale, limitandosi a prospettargli le analogie tra le situazioni a confronto che ha reputato come rilevanti²⁹.

Nella prospettiva sopra sommariamente additata, sarebbe, dunque, più raccomandabile optare per un *sindacato accentrato sulla rilevanza delle somiglianze e delle differenze* che affidi in via esclusiva alla Corte costituzionale il compito di sovrintendere al controllo dei processi di assimilazione analogica dei giudici comuni. Un sindacato che, come abbiamo messo in luce in altra sede³⁰, può avere, come suo possibile esito, o semplicemente quello di riconfermare *erga omnes* lo stesso criterio di bilanciamento consolidatosi a livello di giurisprudenza europea; oppure di integrarlo o modificarlo attraverso la valorizzazione di proprietà ulteriori³¹.

Se dunque alle corti comuni, chiamate a giudicare soggetti in posizione asseritamente identica a quella di soggetti già giudicati a Strasburgo, piuttosto che 'fare da sole', viene richiesto di attivare il sindacato costituzionale, è anche per garantire la possibilità di superare le anguste strettoie del caso identico (e del più limitato *set* di proprietà che ne definiscono il profilo), ma di farlo con maggiori garanzie di certezza e stabilità, ossia in base a processi di assimilazione casistica governati "dall'alto", con un'efficacia generale e uniforme, non limitata alle parti in causa.

5. Corte costituzionale e giudici comuni di fronte al c.d. consolidamento degli errori.

iii) In aggiunta alle osservazioni a favore del sindacato accentrato della Corte costituzionale sopra sinteticamente passate in rassegna, c'è poi una terza ragione da schierare a suo sostegno.

Tale ragione ruota attorno al fenomeno del c.d. «consolidamento degli errori», già rilevato in altra sede³²: l'ottimistica fiducia nel carattere *self-correcting* dei metodi di decisione basati sul caso - la credenza diffusa che i casi successivi siano potenzialmente in grado di correggere errori e insufficienze rilevabili nella soluzione di casi precedenti: in breve, che il vaglio di nuovi casi offra opportunità di raffinamento migliorativo, più che occasioni di consolidamento peggiorativo - è, infatti, oggi messa in crisi da indagini teoriche di stampo "declinista" propense a diagnosticare in merito un possibile "fallimento" del *common law*, con considerazioni potenzialmente estensibili anche alla giurisprudenza della Corte europea.

Sotto questa specifica angolazione, non è da escludere che l'ambiente decisionale in cui opera la Corte edu potrebbe talvolta mostrarsi, di fatto, più sensibile, invece che alle pulsioni modificatrici al cambiamento delle regole di bilanciamento, a quelle pressioni di stampo "conservativo" che spesso spingono in direzione contraria: e cioè nella direzione della ricerca di una comoda «rendita decisionale parassitaria», con conseguente stagnazione della presunta inclinazione all'efficienza decisionale attribuita al sistema nel suo complesso, e correlativa tendenziale vischiosità, sotto forma di refrattarietà al cambiamento, della regola di giudizio già esistente: che potrebbe finire, così, col formare ripetutamente oggetto di passive repliche seriali, pur quando emergano proprietà differenziatrici meritevoli di opportuna valorizzazione³³.

²⁹ Sul punto cfr. Corte cost. n. 239 del 2009, in materia di confisca urbanistica, che, nel dichiarare l'inammissibilità della questione, afferma che "la Corte remittente, per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un principio di diritto che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la analogia fra quel caso specifico e quello, non necessariamente identico, su cui era chiamata a giudicare".

La ricostruzione sopra avanzata non esclude però che, anche in un assetto di questo tipo, il giudice ordinario non possa continuare a disporre di consistenti margini di manovra che gli consentono comunque di bloccare il meccanismo "in entrata": e cioè di concludere per la *diversità* dei casi a confronto, respingendo l'eccezione di costituzionalità (come anche i rimedi collocabili in fase di esecuzione o revisione del giudicato) ancora una volta in base a punti di vista normativi e prese di posizione valutative sulla realtà.

³⁰ TESAURÒ, (2020), pp. 37 e ss.

³¹ Criteri sempre astrattamente suscettibili di eventuali futuri raffinamenti in casi individuali una volta consegnati nelle mani dei giudici ordinari.

³² TESAURÒ (2020), pp. 58 e ss.

³³ Per alcune indagini che si occupano del presunto carattere "evoluzionistico" dei sistemi di *common law*, cfr., nella letteratura di lingua inglese, con diversità di accenti - più o meno critici a seconda degli autori - nei confronti della sua asserita capacità 'auto-depurativa', ZYWICKY (2003), p. 1551; WITHMAN (2000), p. 753, il quale esamina le condizioni di contesto sotto cui il *Common Law* produce convergenza su una singola regola, piuttosto che oscillazione tra regole diverse; HOVENCAMP (1985), p. 645, secondo cui «ogni seria indagine teorica sulla giurisprudenza deve necessariamente includere una teoria del cambiamento».

Da qui la necessità di assicurare la presenza di un meccanismo di supervisione centralizzata dei fenomeni di cristallizzazione casistica verosimilmente ipotizzabili all'interno della giurisprudenza europea, e cioè della possibile reiterazione "inerziale" da parte dei giudici convenzionali dello stesso *set* di proprietà rilevanti: proprietà che, presumibilmente, le corti comuni nazionali sarebbero maggiormente indotte a riprodurre inalterate.

Bibliografia.

ALCHOURRON C. – BULYGIN E. 1975. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos aires, 1975.

ALCHOURRON C. – BULYGIN E. 2005. *Normative systems*, Wien-New york, 1971, trad. it., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2005

BERNARDI S. 2020. *Le Sezioni Unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in «Sistema Penale», 11 marzo 2020.

BIN R. 1992. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

CARUSO C. 2018, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in «Giurisprudenza Costituzionale», fasc. 4, 1985 e ss.

CELANO B. 2012. *True Exception: Defeasibility and Particularism*, in J. F. Beltrán, G. B. Ratti (eds.), *The logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, 268.

CELANO B. 2016. *Rule of law e particolarismo etico*, in G. Pino, V. Villa (eds.), *Rule of law. L'ideale della legalità*, , Bologna, 2016, 237.

CHIASSONI P. 2018. *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, in «Lo Stato», 2018, n. 11, 11.

DOLSO G. P. 2009. *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in AA.VV, «Scritti in onore di Lorenza Carlassare», a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, vol. IV, Napoli, 2009, 1353

DONINI M. 2016, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti di interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2016, 715 ss.

GERARDS J. - SENDEN H. 2009. *The structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights*, in «I.CON», 2009, vol. 7, n. 4, 619 e ss.

GIANFORMAGGIO L. 1995. *L'identità, l'uguaglianza, la somiglianza e il diritto*, in L. Gianformaggio, *Filosofia e critica del diritto*, Torino 1995, 139 ss.

GIANFORMAGGIO L. 2008. *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti E V. Velluzzi, Torino 2008, 240 ss.

HOVENCAMP H. 1985. *Evolutionary Models in Jurisprudence*, in «Texas Law Review», 1985, 645.

LANCE M.N. - LITTLE M.O. 2004. *Defeasibility and the Normative Grasp of Contest*, «Erkenntnis», 61, 2004, 453.

LICHTENBERG G. C. 1975. *Osservazioni e pensieri*, trad. it. a cura di N. Saito, Torino, 1975.

LUCIANI M. 2007. *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in «Federalismi.it».

- MAIELLO V. 2018. *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziali e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in «Diritto penale e processo», 2018, 777.
- MANES V. 2012. *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in «Diritto penale contemporaneo», 9 luglio 2012.
- MODUGNO F. 2014. *In difesa dell'interpretazione conforme*, in «Rivista AIC», n. 2, 2014, 13 e ss.
- NAPOLEONI V. 2019. *L'onere di interpretazione conforme*, in Manes V. - Napoleoni V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019.
- PINO 2007. *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion Pratica», 28, 2007, 240.
- PISTORIO G. 2012. *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.
- RAZ J. 1979. *Legal Reasons, Sources and Gaps*, in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, 1979, 52 ss.
- RICHARDSON H.S. 2000. *Specifyng, Balancing, and Interpreting Bioethical Principles*, in «Journal of Medicine and Philosophy», 2000, 289.
- SCHAUER F. 1991. *Exceptions*, «The University of Chicago Law Review», 58, 1991, 893
- SCHIAVELLO A. 2000. *Principio di uguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in «Ragion Pratica», 2000, n. 14, 65 ss.
- TARELLO G. 1989. *Su «uguaglianza»*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, a cura di S. Castiglione, Bologna 1989, 351.
- TESAURO A. 2009. *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, 146 e ss.
- TESAURO A. 2020. *Corte Edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalì e ricadute penalistiche. (Parte III)*, in questa Rivista, n. 3/2020,
- VIGANÒ F. 2010. *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in AA.VV., in «Studi in onore di Mario Pisani», vol. II, a cura di P. Corso, E. Zanetti, 617 e ss.
- WESTEN P. 1982. *The Empty Idea of Equality*, in «Harvard Law Review», 95, 1982, 537 ss.
- WESTEN P. 1990. *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical force of «Equality» in Moral and Legal Discourse*, Princeton 1990.
- WITHMAN D.G. 2000. *Evolution of the Common Law and the Emergence of the Compromise*, «Journal of legal Studies» 2000, 29, 753.