

BREVI IMPRESSIONI E SPUNTI A MARGINE DEL DIBATTITO SU MUTAMENTO GIURISPRUDENZIALE “IN BONAM PARTEM” E GIUDICATO

[Nota a Corte cost., sent. 8.10.2012 \(dep. 12.10.2012\) n. 230,
Pres. Quaranta, Rel. Frigo](#)

di Tomaso E. Epidendio

Sommario: 1. Premessa: giudicato e tutela dei diritti fondamentali. – 2. Irriducibilità del dibattito al conflitto inter-istituzionale. – 3. Ragionamento sussuntivo e ragionamento per tutela di diritti fondamentali. – 4. Implicazioni nascoste. – 5. Argomentazione “per diritti” e argomentazione “a posteriori”. – 6. Diritto giurisprudenziale in assenza di un sistema del precedente: verso un diritto penale dell’incertezza? – 7. Conclusioni: giurisprudenza come “interpretante” e come “fonte” del diritto.

1. Premessa: giudicato e tutela dei diritti fondamentali.

Una recente sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. n. 230/2012) ha suscitato un vivace dibattito, aperto con un editoriale su questa stessa Rivista, che presenta profili di interesse tali da andare ben oltre la questione esaminata. Come noto, con la citata sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato infondata una questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p., sollevata dal Tribunale di Torino, nella parte in cui la disposizione non prevede la revoca della sentenza di condanna passata in giudicato anche in caso di sopravvenuta decisione delle Sezioni Unite, che avvalli una interpretazione della norma incriminatrice, in base alla quale il fatto non possa considerarsi previsto dalla legge come reato. Autorevoli voci hanno invero invitato giudici comuni (e giuristi) a non considerare “chiusa” la questione e a riconsiderare la possibilità di pervenire alla revoca della condanna per via di interpretazione del citato art. 673, come già era stato fatto prima della sentenza della Corte costituzionale da altri giudici del Tribunale di Torino. L’istanza di fondo sottesa ad un simile appello è quella di evitare ingiustificate disparità di trattamento di situazioni consimili, come quella che si verificherebbe tra chi è giudicato prima o dopo la decisione favorevole delle Sezioni Unite. Di fronte ad una simile istanza fondamentale, infatti, il giudicato non potrebbe che manifestare la sua cedevolezza.

2. Irriducibilità del dibattito al conflitto inter-istituzionale.

L'appello a superare in via interpretativa la decisione della Corte costituzionale ha un significato che va ben oltre il possibile "braccio di ferro" tra giudici costituzionali e giudici ordinari (anche di legittimità), presentando implicazioni di metodo ben più profonde. Invero, se fossero in gioco solo questioni di rapporti tra giurisdizioni, alcune affermazioni sottese all'invito di cui sopra sarebbero addirittura ovvie, oltre che pienamente condivisibili. In particolare, va osservato che l'affermazione dell'assenza di un vincolo interpretativo assoluto del giudice ordinario rispetto ad una sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'infondatezza di una questione di costituzionalità, è affermazione non solo ripetutamente e pacificamente attestata, ma è un'asserzione che non pone neppure particolari difficoltà di sistema, specie se si esige l'assolvimento di un onere argomentativo ulteriore, quello cioè di portare ulteriori ragioni idonee a superare le conclusioni del giudice delle leggi e da questo non considerate. In realtà sono le implicazioni di metodo di una simile proposta che risultano maggiormente interessanti. L'appello ai giudici e ai giuristi parte, infatti, da un "risultato" (la revoca del giudicato), che viene qualificato in termini di tutela di diritti fondamentali. Attraverso tale qualifica, il risultato viene "autogiustificato" ed assume valenza di obiettivo prevalente da perseguire. Si cercano, quindi, a posteriori vie argomentative (o tecniche) che possano fondarlo. Nella specie esse vengono individuate nella riduzione del problema, da una questione di "illegittimità" della disposizione e, quindi, di eliminazione o "manipolazione" del testo normativo di competenza della Corte costituzionale, ad un problema di "interpretazione" di quel testo e, quindi, ad una questione di competenza del giudice ordinario. La via interpretativa in tal modo prescelta può poi seguire un duplice percorso: quello dell'interpretazione conforme alla CEDU, così come applicata dalla Corte di Strasburgo; oppure quello della interpretazione analogica, per estensione della norma di cui all'art. 673 c.p.p. oltre i casi, espressamente previsti, dell'abrogazione e della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione incriminatrice.

3. Ragionamento sussuntivo e ragionamento per tutela di diritti fondamentali.

E' chiaro che aver posto la questione sotto l'ottica della tutela di diritti fondamentali determina un cambio di prospettiva radicale nel ragionamento giuridico da porre a fondamento della decisione. Infatti, se non fossero in gioco diritti fondamentali e si ragionasse in modo tradizionale per verificare se il caso sottoposto sia sussumibile sotto la fattispecie di cui all'art. 673 c.p.p., la risposta all'appello sarebbe banalmente scontata: le ipotesi di revoca del giudicato hanno carattere eccezionale e, pertanto, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi risulta preclusa non soltanto una interpretazione analogica, ma anche una mera interpretazione estensiva delle disposizioni in materia. D'altro canto, ove un testo di legge confligga con un diritto fondamentale e non siano praticabili, secondo le ordinarie regole ermeneutiche, interpretazioni compatibili con la tutela di quel diritto, l'unica strada a disposizione del

giudice ordinario dovrebbe essere quella, già seguita, di sollevare questione di legittimità costituzionale, nella quale eventualmente far confluire, ai sensi dell'art.117, comma 1, Cost., la possibile violazione di norme interposte convenzionali, così come applicate dalla Corte di Strasburgo. Poiché nella specie la Corte costituzionale non ha ritenuto l'illegittimità costituzionale della disposizione nazionale ed ha persuasivamente ricostruito il "diritto vivente" di Strasburgo (evidenziando come la stessa sentenza Scoppola facesse salvo il giudicato nell'affermare la retroattività del diritto più favorevole), l'appello a superare il "dictum" della Corte sembra assumere un significato particolare, che non risulta esplicitato, ma che pure pare doversi ritenere (per quanto si è appena detto) inevitabilmente presente: quello di ritenere che, in caso di ritenuta violazione di diritti fondamentali, il giudice comune abbia poteri interpretativi maggiori rispetto a quelli che gli sarebbero consentiti dalle usuali regole ermeneutiche. Più precisamente, il giudice comune dovrebbe avere poteri interpretativi tali, da consentirgli comunque di "conformare" la disposizione in modo che esprima una norma che tuteli quel diritto. In questo modo, il controllo diffuso di salvaguardia dei diritti fondamentali da parte del giudice ordinario (da sempre ritenuto presente nel nostro ordinamento, ma condizionato negli esiti) verrebbe dilatato enormemente, fino a consentire al giudice comune pronunce che, pur qualificate come di mera "interpretazione" della norma, avrebbero la sostanza di una dichiarazione di incostituzionalità nella parte in cui la disposizione non esprime una norma che tuteli adeguatamente il diritto fondamentale. L'effetto di una simile dilatazione sarebbe, quindi, quello di rendere del tutto superfluo il ricorso alla Corte costituzionale, privandola di fatto di ogni ruolo di tutela dei diritti (fondamentali), ovvero quello di lasciare al libero arbitrio di ciascun giudice ordinario di decidere se sollevare questione di costituzionalità oppure di risolverla in prima persona.

4. Implicazioni nascoste.

La diffusione di simili poteri a ciascun giudice va ben al di là della difesa di prerogative (peraltro costituzionalmente garantite) di un determinato organo rispetto ad altri, o della tutela di scelte procedurali effettuate (democraticamente) addirittura dalla Costituzione (con maggioranze qualificate), in quanto stabilire se vi sia stata davvero una violazione di diritti fondamentali in una disposizione di legge è operazione niente affatto banale e la convergenza di opinioni al riguardo non può certo darsi per scontata. Ad esempio, nella specie si ipotizza una ingiustificata disparità di trattamento tra chi viene giudicato in modo irrevocabile prima o dopo la decisione delle Sezioni Unite, dando per scontato che chi viene giudicato dopo veda la decisione che lo riguarda conformarsi inevitabilmente a quella delle Sezioni Unite, con scontato esito assolutorio. In realtà, ciò accade solo in caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale, posto che in tali ipotesi non sarebbe consentito più in alcun modo di applicare la norma incriminatrice (neppure da parte delle stesse Sezioni Unite), mentre la sentenza delle Sezioni Unite, che interpreti una norma incriminatrice in modo che un determinato fatto non sia sussumibile in essa, lascia sempre libero il

giudice ordinario e le stesse Sezioni Unite di interpretarla nuovamente, ritenendone la sussumibilità e superando così il suo orientamento, in quanto il giudice ordinario non è vincolato alle decisioni delle Sezioni Unite, trattandosi di precedente autorevole, al pari di quello delle sentenze di infondatezza della Corte costituzionale, dal quale egli può comunque motivatamente discostarsi. Il giudice comune è invece vincolato alla legge o alle sentenze della Corte costituzionale che ne dichiarino l'illegittimità. L'ingiustificata disparità di trattamento, pertanto, si verificherebbe certamente solo tra chi sia giudicato prima o dopo che la disposizione sia abrogata o dichiarata costituzionalmente illegittima (casi previsti dall'art. 673 c.p.p. come causa di revoca del giudicato), mentre sarebbe solo eventuale per chi sia giudicato prima o dopo una sentenza delle Sezioni Unite, allo stesso modo di quanto si verifica tra chi è giudicato da giudici che esprimono orientamenti interpretativi diversi, cioè in qualsiasi caso di contrasto giurisprudenziale (anche orizzontale o contestuale). Allo stesso modo, deve ritenersi come non sia niente affatto banale ritenere che le opinioni dei giudici ordinari possano convergere sulla conclusione che la revoca del giudicato si imponga, in questi casi, in forza dell'interpretazione-applicazione della CEDU data dalla Corte di Strasburgo, avendo la Corte costituzionale effettuato nella specie un'ampia e dettagliata disamina di come una giurisprudenza convenzionale in tal senso, in realtà, non esista con riferimento alla questione in esame.

5. Argomentazione "per diritti" e argomentazione "a posteriori".

L'opinabilità della stessa premessa, concernente la violazione di ritenuti diritti fondamentali, svela il rischio sotteso a qualsiasi "argomentazione per diritti" che, beninteso, presenta qualità e vantaggi tali da non potersi ritenere in alcun modo rinunciabile, ma che allo stesso modo è dotata di una forza "retorica" che può occultare fallacie o conseguenze che difficilmente possono considerarsi accettabili, come appunto sembra avvenire nella specie. Infatti, affermare la prevalente esigenza di tutela di diritti umani o fondamentali rispetto ad un istituto giuridico come quello del giudicato già da tempo fortemente ridimensionato non solo dalla giurisprudenza, ma dallo stesso legislatore, nell'obiettivo di perseguirne un superamento "in bonam partem" porta con sé tutta la forza persuasiva che può avere chi voglia definitivamente seppellire un arcigno relitto di un passato autoritario, per aprirsi alla inarrestabile corso progressivo della storia, al fine di tutelare diritti "universali" dell'uomo, di cui sarebbero "nuovi" protagonisti tutti i giudici comuni, attraverso la fusione dei loro orizzonti interpretativi, mettendo definitivamente in soffitta la "vecchia" Corte costituzionale con tutti i suoi residui di centralismo. Tuttavia, sotto la forza retorica di una simile impostazione, si nasconde una insidia, l'idea cioè che "a priori" vi sia comunque un'unica soluzione "giusta" ed "equa", quella di revocare il giudicato, e che si tratti soltanto di trovare "a posteriori" una via argomentativa e tecnica per sorreggerla, quasi che l'esercizio di ragione insito nella motivazione delle decisioni sia solo un orpello, un "tecnicismo" che in nessun modo contribuisce ad individuare la decisione corretta od adeguata rispetto al caso. Quello che intendo significare è che la spontanea adesione

che ciascuno di noi prova verso l'istanza di fondo di evitare ingiustificate disparità di trattamento che si tradurrebbero in violazione di diritti fondamentali dell'uomo, ha certo il valore di una istanza fondamentale, quello cioè di un valore che si autogiustifica ovvero che, per giustificarsi, non fa appello ad altre ragioni se non al sentimento profondo di noi stessi in rapporto agli altri, in ultima analisi al "cuore" di ciascuno. Questa è l'inevitabile "base di partenza", l' "assunzione di sfondo" ineliminabile, per giungere alla decisione. Tuttavia la conclusione, e la decisione con essa, non può che essere il risultato di una messa alla prova, con la ragione argomentativa, di tale base, in primo luogo per verificare se nel caso vi sia davvero una ingiustificata disparità di trattamento, senza che la decisione possa già essere contenuta in essa, pena considerare il diritto (e insieme la giurisdizione) un mero esercizio sentimentale. Il punto non è certo quello di ritenere metodologicamente inaffidabile l'argomentazione "per diritti": al contrario, proprio il riconoscimento della centralità che una simile modalità argomentativa ha assunto ed i risultati positivi che essa ha consentito di ottenere (superando i formalismi dell'argomentazione sussuntiva), porta ad un suo utilizzo maggiormente consapevole dal punto di vista metodologico, evitando le tentazioni delle argomentazioni "a posteriori" e svelando, invece, le implicazioni nascoste della base di partenza, così da esporle alla critica argomentativa.

6. Diritto giurisprudenziale in assenza di un sistema del precedente: verso un diritto penale dell'incertezza?

Una delle più evidenti insidie nascoste, alla quale occorre fare attenzione nel dibattito in corso, è una aporia di fondo: da un lato, si propone di assimilare il mutamento di giurisprudenza al mutamento della legge; dall'altro, si spinge il singolo giudice a disattendere la giurisprudenza della Corte costituzionale, evidenziando così, e contribuendo ad aggravare, proprio quell'instabilità del nostro diritto giurisprudenziale che più rappresenta un ostacolo a tale assimilazione. Si tratta peraltro di una instabilità fisiologica, dovuta all'assenza nel nostro Paese – non solo sul piano formale-ordinamentale, ma anche (e soprattutto) su quello culturale (e, in particolare, della cultura della giurisdizione) di un adeguato sistema del precedente, cioè di un sistema che lasci ragionevolmente prevedere (e controllare) a quali condizioni ed in che modo un giudice possa discostarsi da precedenti pronunce, in modo da assicurare quel minimo di prevedibilità dell'applicazione che garantisca l'accessibilità alla norma da parte dei soggetti ai quali si rivolge, come fra l'altro è richiesto proprio dalla Corte di Strasburgo per ritenere rispettato un altro diritto fondamentale, quello al rispetto del "principio di legalità", così come inteso dalla Corte medesima. Il rischio di fondo è, cioè, quello di consegnarci ad un diritto penale dell'incertezza, sia sostanziale sia processuale. Un tale "diritto dell'incertezza", rappresenta un problema non solo (e non tanto) per l'eliminazione di quel minimo effetto di prevenzione generale su cui parzialmente si fonda il riconoscimento collettivo di obbligatorietà della legge penale, ma soprattutto perché rischia di pregiudicare forse uno dei principali diritti fondamentali che si sono acquisiti in campo

penale, quello cioè volto a garantire la conoscibilità dei precetti e della disciplina cui si è assoggettati. E' pur vero che, di fronte ad una simile incertezza, la soluzione deve essere quella di evitare conseguenze sfavorevoli per chi non abbia garantito tale diritto minimo (quanto meno sotto il profilo del difetto dell'errore scusabile di diritto), ma ciò significherebbe rendere progressivamente privo di effetti quello stesso diritto giurisprudenziale che si vorrebbe affermare: infatti, in assenza di un sistema del precedente, tanto più il "diritto punitivo" diventa "giurisprudenziale", quanto più diventa "inconoscibile" e, quindi, privo di effetti per la ragione appena detta. Per una sorta di eterogenesi dei fini si finirebbe, perciò, per negare proprio quello che si vuole affermare.

7. Conclusioni: giurisprudenza come "interpretante" e come "fonte" del diritto.

Sotto un profilo più generale può osservarsi che quando la giurisprudenza non venga considerata più solo un "interpretante" del diritto (al pari della dottrina), ma una vera e propria "fonte" del diritto, allora occorre, proprio nella prospettiva della garanzia dei diritti fondamentali, salvaguardarne conoscibilità e un minimo di prevedibilità. D'altro canto, una simile salvaguardia è ottenibile soltanto in due modi: o attraverso un "accentramento" della produzione del diritto giurisprudenziale ed una "gerarchia" nella organizzazione della giurisdizione, oppure attraverso un sistema del precedente che consente di avere equivalenti garanzie anche in un sistema di produzione diffuso del diritto giurisprudenziale e pur in presenza di una organizzazione giurisdizionale scarsamente (o per nulla) gerarchica. Contraddittorio sarebbe, invece, in assenza di un sistema del precedente, accreditare come fonte del diritto una giurisprudenza avente carattere "diffuso" e scarsamente "gerarchizzato". Quanto sopra vale, peraltro, indipendentemente dalle condizioni alle quali possa ritenersi legittimo considerare la giurisprudenza non un "interpretante", ma una "fonte" del diritto, condizioni che potrebbero eventualmente essere verificate solo in riferimento ad alcune giurisdizioni (ad esempio, per la giurisprudenza di Strasburgo e quella di Lussemburgo o della Corte costituzionale quando pronuncia sentenze di illegittimità) e non in relazione ad altre (ad esempio per la giurisprudenza comune, anche di legittimità o delle Sezioni Unite). Tuttavia, occorre altresì tenere presente che, a seconda di come si consideri la giurisprudenza, come un "interpretante" o come una "fonte", si pone in termini diversi la "legittimazione" del giudice e il suo "ruolo": infatti, nel caso dell'interpretante resta accentuato il ruolo "tecnico" di garanzia anti-maggioritaria nella tutela dei diritti; nel caso della fonte, invece, si pone più intensamente, specie per il diritto penale, il problema del consenso popolare e della legittimazione democratica sottesa alla riserva di legge. Entrambi tali aspetti di legittimazione giurisdizionale possono trovare un "punto di confluenza" nella capacità che la ragione argomentativa, espressa nella motivazione, ha di produrre adesione e consenso. Tanto maggiore, quindi, sarà la tendenza a ridurre le motivazioni o utilizzare motivazioni "a posteriori" (come tali apparenti), tanto più forte sarà la perdita di auctoritas della giurisprudenza e, quindi, la sua incapacità a costituire non solo fonte,

ma anche valido “interpretante” del diritto. Correlativamente sempre più forti si faranno le istanze di legittimazione democratica del giudice, anch’esse non prive di inconvenienti, per i possibili abusi maggioritari contro i diritti fondamentali e la deriva politica della giurisdizione. Sotto questo profilo non può non guardarsi con una certa apprensione alla tendenza sempre più assertiva delle motivazioni delle sentenze anche delle Corti sovranazionali (le più vicine a rispettare le condizioni per costituire vere e proprie fonti del diritto), con il rischio che esse possano perdere progressivamente l’*auctoritas* in passato conquistata, attraverso la forza della ragione argomentativa posta a base delle loro decisioni, e che più forti si facciano, anche nei loro confronti, le istanze di una legittimazione democratica, che ne accentuerebbe il ruolo politico, con i rischi che si sono sopra evidenziati proprio nel ruolo di garante di diritti fondamentali.