



CONTRA FACTUM NON VALET ARGUMENTUM: RIFLESSI SOSTANZIALI E PROCEDURALI DELL'ARGOMENTO PRAGMATICO NELLA SENTENZA N. 200 DEL 2016 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Andrea Longo*

SOMMARIO: 1. Il caso Eternit-bis – 2. Diritti viventi a confronto – 3. Elaborazione del parametro costituzionale e gerarchia degli argomenti interpretativi – 4. Meta-interpretazione e super-nomofilachia – 5. Gerarchia e competenza nell'interpretazione – 6. La cascata delle interpretazioni

1. Il caso Eternit-bis

La decisione della Corte costituzionale n. 200 del 2016 possiede certamente numerosi profili di interesse: dal punto di vista umano investe un caso molto doloroso e ugualmente noto alle cronache, la cosiddetta vicenda Eternit, dal punto di vista processual-penalistico interviene su un argomento di capitale importanza, ossia il concreto ambito applicativo e, prioritariamente, semantico dell'istituto del *ne bis in idem*; dal punto di vista costituzionalistico sviluppa un andamento argomentativo particolarmente interessante, soprattutto per chi si occupa di temi relativi all'interpretazione costituzionale.

La vicenda è presto descritta.

La sentenza in esame trae origine da una questione sollevata dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Torino in relazione all'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui tale disposizione, o forse sarebbe più corretto dire, visto che tutto ruota intorno ad un problema interpretativo, tale “norma”¹, limita

*Professore associato di diritto costituzionale – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

¹ Come è noto la distinzione tra disposizione e norma risale a V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.; sul tema cfr. anche F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 292; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. processuale*, XII, 1957, 352; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 75 ss.; G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, 5 ss.; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 167 ss.; F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 374 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 9 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 69; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 22 ss.; R.

l'applicazione del *ne bis in idem* al medesimo fatto giuridico, inteso quindi nei suoi elementi costitutivi, e non al medesimo fatto storico².

Trattandosi dell'istituto del *ne bis in idem* è evidente che il processo *a quo* ha ad oggetto un rinvio a giudizio nei confronti di un soggetto indagato di un reato (nella specie omicidio doloso) ma già giudicato in un precedente procedimento, avente invece ad oggetto i reati di cui agli artt. 434, secondo comma, e 437, secondo comma, c.p., concluso con il proscioglimento per prescrizione. Nello specifico, in questo precedente processo penale venivano contestati il disastro innominato aggravato e l'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, anch'essa nella forma aggravata, reati che sarebbero stati commessi dall'imputato nella sua qualità di dirigente degli stessi stabilimenti Eternit, e che, mediante la diffusione di polveri di amianto, avrebbero comportato la morte o la malattia di circa 2000 persone³.

Nei confronti dell'imputato, Stephan Schmidheiny (amministratore delegato del gruppo svizzero Eternit), viene infatti aperto un "nuovo" processo, c.d. Eternit-bis, per l'ipotesi di reato di omicidio volontario di 258 persone, decedute tra il 1989 e il 2014⁴, 186 delle quali già indicate nei capi di imputazione del precedente processo.

GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, Milano, 1990, 235 ss. Un'interessante critica a tale tassonomia è stata recentemente svolta da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 391 ss.

² Sul divieto di *ne bis in idem* nell'ordinamento italiano cfr. A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Padova, 2000, P. DELL'ANNO, "Archiviazione cautelare" e conseguenti problemi operativi, in *La nuova disciplina delle impugnazioni*, A. GAITO (a cura di), Torino, 2006, 29 ss., F. CORDERO, *Procedura penale*, 2006, 1217 ss., S. ASTARITA, *Ne bis in idem*, in *Dig. Disc. Pen. Agg.* IV, Torino, 2008, 739 ss., G. DELLA MONICA, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Agg., Torino, 2008, 406 ss., F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 230 ss., R. NORMANDO, *Il giudicato penale. Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di diritto processuale penale*, 2009, 34 ss., G. BISCARSI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in *Processo penale e Costituzione*, F. DINACCI (a cura di), 2010, 541 ss., S. RUGGERI, *Giudicato penale*, in *Enc. Dir.*, Annali III., 2010, Milano, 433-468, T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2010, 857 ss., F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2011, 67 ss., S. GIAMBRUNO, *Lineamenti di diritto dell'esecuzione penale*, 2011, 11 ss., E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis, Voena, XII, Milano, 2012, 435 ss., P.P. RIVELLO, *La nozione di 'fatto' ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 3, 1410 ss., G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2015, 797 ss., C. MARINELLI, *Sub art. 649*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015, 2840 ss., R. NORMANDO, *Il giudicato: forza esecutiva ed effetti: profili processuali*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Spangher, Marandola, Garuti (a cura di), IV, 2015, 521 ss., D. GALASSO, *Il ne bis in idem sussiste nel caso di assoluta identità del fatto storico*, in *Dir. giust.*, 2015, 27 ss.

³ Sul caso Eternit v. N. GALATINI, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 2015, III, 1205 ss., I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2015, E. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3.

⁴ Nello specifico, nel procedimento penale incardinato avanti al giudice dell'udienza preliminare di Torino all'imputato viene contestato di avere, nella qualità di effettivo responsabile della gestione della società (Eternit Spa) esercente gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto siti in Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli, Rubiera, e di effettivo responsabile della gestione delle società (Industria Eternit Casale Monferrato Spa, Industria Eternit Napoli Spa, Icar Spa, Industria Eternit Reggio Emilia Spa) esercenti gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto siti in Cavagnolo, Casale Monferrato, Bagnoli, Rubiera, nel periodo che inizia il giugno 1976 con riguardo ai siti di Casale Monferrato, Cavagnolo, Napoli-Bagnoli, e il 27 giugno 1980 con riguardo al sito di Rubiera e che termina il 4 giugno 1986 con riguardo ai siti di Casale Monferrato e di Cavagnolo, il 19 dicembre 1985 con riguardo al sito di Napoli-Bagnoli, il 6 dicembre 1984 con riguardo al sito di Rubiera, in esecuzione del medesimo disegno criminoso, con coscienza e volontà, cagionato la morte di 258 tra lavoratori operanti presso i predetti stabilimenti, familiari degli stessi e cittadini residenti nelle zone limitrofe tali stabilimenti, alle date e nei luoghi indicati per ciascuno, in violazione degli artt. 8, comma 2, 575, 577, comma 1, nn. 2 e 4, e 61 n. 1 c.p.

Prevedibilmente i difensori dell'imputato pongono allora la questione, che viene accolta dal giudice dell'udienza preliminare nella forma dell'incidente di legittimità costituzionale, del *ne bis in idem*, essendo l'imputato già stato giudicato in ordine ai medesimi "fatti" nell'ambito del precedente giudizio⁵.

Nonostante il giudice *a quo* sia nella sostanza d'accordo con le eccezioni avanzate dalla difesa, e quindi sulla evidente identità dei fatti storici a base dei due processi, esclude categoricamente di poter dichiarare di non doversi procedere ai sensi dell'art. 649 c.p.p., e ciò sulla base di un orientamento della giurisprudenza di legittimità, assunto a diritto vivente, in contrasto con quanto prospettato in tali eccezioni e dallo stesso giudice *a quo*⁶.

Entrambe le questioni sollevate derivano da un conflitto di interpretazioni: quella oramai applicata nelle corti interne, e assurda a diritto vivente, e quella fatta propria dalla Corte di Strasburgo.

Con riferimento alla prima, nonostante la formulazione letterale della norma («l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il *medesimo fatto*, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345»), che secondo l'interpretazione del giudice *a*

⁵ Occorre rilevare che gli stessi difensori, in via subordinata, avevano avanzato la richiesta di sollevare, davanti alla Corte di Giustizia, la questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. in base all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che prevede appunto, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea, il principio del *ne bis in idem*. Richiesta che veniva rigettata dal Giudice dell'udienza preliminare (ordinanza del 24 luglio 2015) sulla base della interpretazione consolidata della Corte di Giustizia, secondo la quale la situazione giuridica controversa non rientra nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione e il procedimento principale non riguarda l'interpretazione o l'applicazione di una norma di diritto dell'Unione diversa da quelle della Carta, con la conseguenza che la Corte stessa avrebbe declinato la propria competenza. Cfr. da ultimo, ordinanza Nona Sezione 15 maggio 2015, causa C-497/14.

⁶ Sulla nozione di diritto vivente cfr. F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 41, T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352; nonché ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, in *Giur. cost.*, 1958, 14, C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 605, T. LIEBMAN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 568, C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari 1979, 149, A. ANZON, *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 300, G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1148, S. MANGIAMELI, *Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 22, A. PUGIOTTO, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente*, in *Annali Università Ferrara*, V, III, 1989, 100, L. MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto civ.*, Torino, 1990, A. PUGIOTTO, *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, in *Giur. cost.*, 1991, I, 641, M. COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 396, A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additiva*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 3672, C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, in D. NOCILLA (a cura di), Milano, 1992, F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, 54, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994, M.R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 169, A. PUGIOTTO, *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici (nota a Corte cost. 28.11.1994, n. 410)*, in *Foro it.*, 1995, I, 474, A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138)*, in *Giur. cost.*, 1998, 1082, R. GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità - Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale (nota a Corte cost. 21.11.1997, n. 354)*, in *Foro it.*, 1998, I, 14, A. PUGIOTTO, *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, V, 366, F. GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, I, 195, M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Malfatti-Romboli-Rossi (a cura di), Torino, 2002, 64, AA. VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003, G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005, S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82, V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 368 ss., R. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contratto e impresa*, 2013, 577.

quo andrebbe riferita al fatto storico, il diritto vivente (interno) farebbe riferimento esclusivamente all'identità del fatto giuridico ossia alla coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati.

Nell'ottica del giudice, in base a questo orientamento, si sarebbe perciò tenuti a valutare non la condotta dell'agente, ma anche l'evento ed il nesso di causalità, con la conseguenza che, nel caso di specie, l'omicidio volontario (nuova imputazione) sarebbe "fatto" diverso dal disastro innominato e dall'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (vecchie imputazioni), in quanto delitti di pericolo, questi ultimi, di danno, il primo; la diversità del fatto dipenderebbe dunque dalla diversità dei beni giuridici tutelati, pubblica incolumità, da un lato, vita, dall'altro.

Questa visione del *ne bis in idem*, costruita secondo la dottrina dell'*idem legale*, possiede enormi ricadute pratiche in relazione all'istituto del *concorso formale di reati*, con la conseguenza che il diritto vivente, nel caso di specie, imporrebbe di ammettere tale concorso tra l'omicidio e i reati già processati. Così l'art. 649 c.p.p. non potrebbe trovare applicazione, poiché la violazione plurima di disposizione o disposizioni di legge comporta automaticamente l'esclusione dell'unicità del fatto. E qui sta il secondo motivo di ricorso.

Sulla base di queste premesse il giudice *a quo* evidenzia il *contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU*, avente ad oggetto l'art. 4, Protocollo n. 7 (*Diritto a non essere giudicato o punito due volte*), che, al primo comma, sancisce: «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato».

In particolare, la sentenza della Grande Camera, che verrà poi assunta ad una sorta di diritto vivente europeo (10 febbraio 2009, *Zolotoukhine contro Russia*), ravviserebbe, secondo l'interpretazione che ne dà il giudice *a quo*, l'identità del fatto nel momento in cui medesima è l'azione o l'omissione per la quale la persona è già stata irrevocabilmente giudicata. Di conseguenza l'imputato andrebbe prosciolto per la semplice constatazione che *la condotta, sul piano storico-naturalistico, è la medesima*.

«Il rimettente conclude che l'art. 649 cod. proc. pen. è di dubbia costituzionalità nella parte in cui, in base al diritto vivente nazionale, per valutare la medesimezza del fatto stabilisce criteri più restrittivi di quelli ricavati dall'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU. In base a quest'ultima norma, infatti, l'imputato andrebbe prosciolto per la sola circostanza che le azioni e le omissioni che hanno causato gli omicidi sarebbero, sul piano storico-naturalistico quelle per le quali è già stato giudicato in altro processo penale in via definitiva».

La Corte rigetta la prima questione e accoglie la seconda.

L'argomentazione è piuttosto complessa e si sviluppa attraverso elementi che valgono separatamente per i due profili e attraverso altri che invece valgono trasversalmente per entrambi.

Per quanto riguarda la prima questione in sostanza il giudice delle leggi si limita a dire che il rimettente ha malinteso l'orientamento della giurisprudenza di legittimità e che in

essa come nella giurisprudenza di Strasburgo il principio prevalentemente accolto è quello dell'*idem factum* e non dell'*idem legale*. La cosa è diversa per quanto attiene al secondo profilo, dove l'incompatibilità automatica tra *ne bis in idem* e concorso formale determinerebbe un'indebita recrudescenza della dottrina dell'*idem legale* determinando l'incostituzionalità di tale diritto pretorio.

Vediamo però nel dettaglio come si svolge l'argomentazione della Corte costituzionale.

2. Diritti viventi a confronto

In sostanza secondo il giudice a quo si contrapporrebbero due diverse concezioni del *ne bis in idem*: il diritto vivente sposerebbe la teoria del c.d. *idem legale* (in forza del quale la medesimezza andrebbe considerata verificando l'identità dei tre elementi di condotta, evento e nesso di causalità), la Corte di Strasburgo (e dunque la Costituzione per il tramite del 117 Cost.) aderirebbe all'idea dell'*idem factum*, ritenendo necessario per verificare il requisito della medesimezza la sola identità di condotta⁷. La Corte costituzionale svolge il proprio pensiero in maniera molto articolata, così, come detto, da respingere la prima questione e accogliere la seconda.

Il primo passo che fa la Corte per affrontare il problema è interrogarsi sulla sostanza dell'interpretazione della norma CEDU accolta dal giudice remittente, secondo il quale il principio del *ne bis in idem* di matrice europea avrebbe una portata più favorevole (rispetto a quello accolto dal diritto vivente ex art. 649 c.p.p.) in quanto farebbe discendere la medesimezza del fatto dalla sola identità della condotta⁸.

⁷ La Consulta sembra quindi proseguire l'orientamento inaugurato nella decisione n. 49 del 2015, relativa alla necessità, al fine di dichiarare l'incostituzionalità di una norma interna per contrasto con la giurisprudenza della Corte Edu, e quindi ai sensi dell'art. 117 Cost., primo comma, che sussista una sorta di diritto vivente "europeo". Su tale tema cfr., oltre alla sentenza richiamata, G. CIVELLO., *Al vaglio della consulta l'incompatibilità tra confisca urbanistica e prescrizione del reato, alla luce della sentenza Varvara c. Italia*, in Osservatorio sulla Corte costituzionale, 2014, C. ANGELILLIS, *Confisca in caso di prescrizione del reato: la parola alla Consulta*, in *Questione Giustizia*, 2014, D. RUSSO, *La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2014, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 333 ss., D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 318 ss., M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 288 ss., A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 325 ss., R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *giurcost.org*, Studi, 1/2015, V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015, G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio penale*, 1/2015, A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un biglietto per Strasburgo*, in *Archivio penale*, 1/2015, G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'*, *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 315 ss., D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in Osservatorio costituzionale, maggio 2015, N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della "controriforma" imposta da Palazzo della Consulta*, in *Rivista OIDU*, n. 3/2015, G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *forumcostituzionale.it*, n. 4/2015.

⁸ Sul *ne bis in idem* c.d. "multilivello" cfr. la nota sentenza della Corte Edu *Grande Stevens c. Italia*, nonché la sentenza *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, ed ovviamente la sentenza *Zolotukhin c. Russia*. In dottrina cfr. N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011, nonché ID., *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Milano, 1984, M. PAGLIA, *Ne bis in idem internazionale e riconoscimento delle sentenze penali straniere*, in *Dig. disc.*

La Corte costituzionale nega la fondatezza di questa tesi dando una *propria interpretazione* della giurisprudenza di Strasburgo, la quale, ad avviso del giudice delle leggi, pur sposando certamente la dottrina dell'*idem factum*, non per questo esaurisce il fatto empirico nella sola condotta. Sul punto vengono richiamate alcune pronunce nelle quali la Corte EDU ha attribuito rilevanza, al fine di stabilire l'unicità del fatto, alla medesimezza della vittima, in tal modo dando rilevanza ad elementi naturalistici esterni alla condotta. In definitiva «allo stato, la giurisprudenza europea ... non permette di isolare con sufficiente certezza alcun principio ... alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ove si escluda l'opzione compiuta con nettezza a favore dell'idem factum ... Ciò equivale a concludere che il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto»⁹. Da un lato si nega dunque la compiutezza del principio giurisprudenziale, dall'altro si afferma una *opzione di fondo, un nucleo fondamentale* volto ad affermare il valore dell'*idem factum*.

In sostanza l'argomentazione Consulta è scomponibile in quattro punti:

- 1) la Corte di Strasburgo sposa una *visione material-empirica* del *ne bis in idem*, ma che
- 2) *tale principio è ancora piuttosto vago* allo stato della giurisprudenza tanto che
- 3) da esso *non può trarsi l'identificazione del fatto-reato con la mera condotta* così da escludere altri elementi (e.g. il soggetto passivo del reato, eventi ulteriori);
- 4) elementi che però, nel contesto di un simile principio, *possono certamente assumere rilevanza giuridica, ma solo in forza della loro natura empirico-materiale*.

La conclusione di questo ragionamento non è priva di complessità e si muove su un delicato crinale che tiene insieme tanto il piano materiale che quello giuridico: il divieto del *ne bis in idem* può essere superato *solo se da un fatto-reato vengono a prodursi ulteriori elementi fattuali*, come una diversa vittima o un diverso evento (e.g. la morte come nel caso di specie), *non se i medesimi elementi fattuali possano essere diversamente qualificati* in base a ulteriori fattispecie (come nel concorso formale). Questa ad avviso della Corte costituzionale sarebbe in realtà la posizione anche della giurisprudenza di legittimità (a differenza di

pen., III agg., tomo II, Torino, 2005, 927 ss., F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione della Carta?*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, 219, G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, 201, 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, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 855, M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1692 ss., V. ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del "ne bis in idem" nell'ambito comunitario*, in *Dir. giur.*, 1992, 472 ss., nonché ID., *"Ne bis in idem" nazionale, comunitario, internazionale. L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione*, Roma, 1993, A. FERRARIO, *Brevi note sul "ne bis in idem" internazionale*, in *Cass. pen.*, 1988, 1859 ss., P. MOSCARINI, *Il concetto europeo d'"infrazione penale" e la concorrenza fra i sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2016, 389 ss., P.P. PAULESU, *Ne bis in idem*, in *Manuale di procedura penale europea*, 2015, 415 ss. V. anche la recente sentenza della grande camera Corte EDU, sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11, su cui v. F. VIGANÒ, *La grande camera della corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

⁹ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

quanto affermato dal giudice *a quo*) che non opterebbe per la dottrina dell'*idem legale*¹⁰; ragion per cui la prima questione viene respinta.

Tuttavia proprio il nucleo fondamentale di tale principio (vale a dire l'opzione per l'*idem factum*) torna ad essere significativa per la seconda questione, poiché affermando l'incompatibilità tra concorso formale e *ne bis in idem* la Cassazione opta per una ricostruzione coerente con l'*idem legale* (secondo quanto qui correttamente affermato dal giudice *a quo*) ponendosi in contrasto con il principio posto dalla Corte di Strasburgo e con la propria stessa giurisprudenza¹¹.

3. Elaborazione del parametro costituzionale e gerarchia degli argomenti interpretativi

L'esito della decisione è condivisibile (anche se, come vedremo, non privo di complessità per quanto attiene al momento applicativo) venendo smantellato *una sorta di automatismo ermeneutico* che sanciva l'incompatibilità tra il *ne bis in idem* e il concorso formale di reati¹².

A fronte di questo, però, il percorso argomentativo è piuttosto complesso e a tratti discutibile.

¹⁰ Cfr. n. 8 del *Considerato in diritto*: «Questa Corte ha già avuto modo di prendere atto che “l'identità del «fatto» sussiste – secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655) – quando vi sia corrispondenza storico naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona” (sentenza n. 129 del 2008). È in questi termini, e soltanto in questi, in quanto segnati da una pronuncia delle sezioni unite, che l'art. 649 cod. proc. pen. vive nell'ordinamento nazionale con il significato che va posto alla base dell'odierno incidente di legittimità costituzionale. E si tratta di un'affermazione netta e univoca a favore dell'*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico».

¹¹ Cfr. n. 10 del *Considerato in diritto*: «Ciò detto, questa Corte è obbligata a prendere atto che il diritto vivente, come è stato correttamente rilevato dal rimettente, ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di bis in idem, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen.. La garanzia espressa da questa norma, infatti, viene scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente, ai sensi dell'art. 81 cod. pen., con il reato per il quale si procede». E poco dopo al n. 11: «Il nesso di necessità predicato nel diritto vivente tra concorso formale di reati e superamento del *ne bis in idem* inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'art. 649 cod. proc. pen. profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto, che erano stati espulsi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento».

¹² Nel dispositivo della sentenza leggiamo che l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. è dichiarata «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussista concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo processo penale». Tra parentesi, anche se la Consulta non affronta direttamente la questione, ci chiediamo se la vicenda di cui si discorre non possa iscriversi, anche, nella generale avversione che il giudice delle leggi ha dimostrato più volte in relazione al concetto di automatismo nelle materie penalistiche. È chiaro, tuttavia, che la giurisprudenza costituzionale ha appuntato le proprie critiche verso gli automatismi legislativi non, come nel caso di specie, verso un automatismo ermeneutico che però, a chi scrive, pare viziato dallo stesso presupposto, ossia ridurre il libero apprezzamento del singolo giudice. Sul tema degli automatismi legislativi, si v. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 209 ss.; F. MODUGNO, *Al fondo della teoria*, cit., 489 ss.; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppodipisa.it*, settembre 2014, 2 ss.; E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI-M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, 85 ss.

La Corte opera un'*elaborazione del proprio parametro decisionale*; l'operazione è però piuttosto scivolosa sia per il presupposto da cui parte, sia per il modo argomentativo prescelto.

Il presupposto è scivoloso poiché la Consulta da un lato utilizza il principio interpretativo della CEDU come parametro (*rectius* norma interposta), dall'altro ammette che tale principio è di per sé ancora particolarmente vago e non univoco; ora il discorso della Corte costituzionale è che tale non univocità si concretizza nel *non poter affermare che il fatto si riduca all'unicità della condotta ma che tuttavia esiste una sorta di nucleo contenutistico dal quale si può dedurre la centralità del fatto materiale* rispetto ad una ricostruzione basata sulla qualificazione giuridica. Figurativamente, la ricostruzione del giudice delle leggi vuol restituire l'immagine simile a quella di un atomo, al centro del quale esiste un nucleo solido circondato da una nube indistinta di elettroni; la nube, la parte periferica di significati possibili, è ancora troppo vaga per essere argomentativamente affidabile, allora ci si richiama a quel nucleo che si pretende di applicare.

In realtà, questa rappresentazione non è altro che una finzione retorica: che tale nucleo possieda un'autonoma e autentica solidità di senso mi pare piuttosto discutibile; ciò che sembra maggiormente verosimile è che lo stesso *centro solido* cui fa riferimento la Consulta sia a sua volta costruito dalla stessa Corte costituzionale la quale, a proprio modo, estrapola dalla giurisprudenza CEDU la porzione di significato che ritiene utile alla decisione. Affermare che da una serie di decisioni difformi (e per certi versi contraddittorie) possa essere isolato una porzione di significato assiologicamente superiore e logicamente prioro mi pare un'opera demiurgica più che ermeneutica.

È interessante, poi, notare che in questo lavoro di selezione di significati non venga fatto minimamente riferimento ad alcun contenuto costituzionale in forza del quale orientare questa sorta di *meta-interpretazione*: il principio CEDU viene vagliato, destrutturato e ricomposto, non in virtù di una qualche conformità a Costituzione, ma semplicemente in forza della sensibilità giuridica del giudice delle leggi; operazione questa sulla quale torneremo tra poco.

Vi sono poi una serie di ulteriori interrogativi che appaiono centrali: se il principio CEDU non è sufficientemente definito, perché non univocamente affermato dalla giurisprudenza europea, la Corte costituzionale sta davvero utilizzando "contro" il diritto vivente interno, un diritto vivente europeo? In termini ancora più semplici: esiste questo diritto vivente europeo? Si può partire da una giurisprudenza asseritamente contraddittoria per trarne un principio da utilizzare come norma interposta? L'impressione è in realtà che la Corte prenda semplicemente spunto dalla giurisprudenza CEDU per elaborare una propria visione del *ne bis in idem*, utilizzando il principio europeo come scudo retorico per smantellare l'interpretazione della Cassazione.

È anche interessante la scelta degli argomenti utilizzati. Certamente si sarebbe potuti arrivare alla medesima conclusione attraverso stilemi più formalisti e probabilmente

meno opinabili, i quali però, probabilmente, avrebbero svelato l'essenza "non europea" del ragionamento del giudice delle leggi¹³.

In primo luogo l'argomento letterale: lo stesso testo dell'art. 649 c.p.p. sembra di per sé propendere per una visione fattuale del *ne bis in idem*, quando afferma il divieto di riprocessare un soggetto per «il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze». Medesima conclusione si sarebbe raggiunta utilizzando l'argomento storico dell'*intentio legislatoris*: è piuttosto noto infatti che i lavori preparatori del codice di procedura penale facevano riferimento al fatto per come naturalisticamente inteso e non per come giuridicamente qualificato¹⁴. Eppure, evidentemente, tali argomenti, nella gerarchia della Corte costituzionale vengono superati dalla priorità del diritto vivente e forse dal desiderio di non apparire come chi, sancendo quale debba essere la naturale interpretazione di un testo di legge, voglia appropriarsi dei compiti del giudice di legittimità. Anche se, come vedremo ora, la Corte sembra in realtà svolgere questa stessa funzione su un piano ancora più alto dal punto di vista sistemico.

4. Meta-interpretazione e super-nomofilachia

Ripetiamo che la Corte, in buona sostanza, svolge un'operazione che potremmo definire di *meta-interpretazione*: essa cioè - al fine di elaborare con esattezza il parametro costituzionale (segnatamente la norma interposta) da applicare nel caso di specie - interpreta la norma (ossia il risultato di un'interpretazione) della Corte EDU¹⁵.

¹³ Interessanti riflessioni sulla scelta antiformalista naturalmente connessa ad una teoria interpretativa costituzionalmente orientata sono svolte in M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. cost.*, 2006, 3418 ss. e spec. 3425 ss., il quale delinea «una sorta di gerarchia tra i criteri ermeneutici che, per effetto dei sopravvenuti principi costituzionali (e dei precetti costituzionali in genere) nonché della giurisprudenza della Corte costituzionale, permette di rivedere la "scala" dell'art. 12 delle preleggi». L'Autore, dopo aver rammentato il dibattito svoltosi sulla citata disposizione per quanto concerne in particolare il dualismo tra «lettera» e «spirito» della legge, superato nell'ottica dei canoni di totalità e coerenza dell'interpretazione, enfatizza il ruolo svolto dai principi costituzionali, rispetto ai quali deve essere ricercata la conformità delle disposizioni, nell'ottica di un'interpretazione sistematica intesa in senso più ampio rispetto a quello tradizionale. Secondo tale impostazione, certamente condivisibile, la Carta costituzionale si pone a fondamento di una «nuova teoria dell'interpretazione» (l'espressione è di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 110, che richiama Calamandrei), per effetto della quale: 1) la coerenza dell'ordinamento deve essere ricercata sul piano costituzionale; 2) l'argomento della *ratio* trova nuova linfa nell'art. 3, comma 1, Cost.; 3) deve essere privilegiata l'interpretazione conforme a Costituzione (ancora M. RUOTOLO, *Per una gerarchia*, cit., 3426).

¹⁴ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, 2006, 1217 ss, in particolare nota 2.

¹⁵ Sull'interpretazione conforme a Costituzione, diritto dell'UE, Cedue, v. tra i tanti, i contributi di C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 161 ss., E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?*, in *Foro it.*, 1996, 3096 ss.; L. CARLASSARRE, *Le questioni inammissibili e la loro riproposizione*, in *Studi in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, 164. ss., G. AMOROSO, *L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro italiano*, 1998, V, 101 ss., A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, 1090 ss., E. LAMARQUE, *Le sezioni unite penali della Cassazione «si adeguano»...all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 141 ss., E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo. (Un'indagine sul «seguito» delle pronunce costituzionali)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 685 ss., A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino, 2002, 520 ss., A. ANZON, *"Diffusione" del controllo*

Il fatto che, come appena detto, lo scopo di tale meta-interpretazione sia l'elaborazione del parametro da applicare non deve trarre in inganno. *Ictu oculi* infatti potrebbe sembrare che la Corte stia esercitando la competenza che si autoattribuì in occasione delle note sentenze gemelle, ossia quella di vagliare la compatibilità delle norme CEDU con i principi costituzionali come operazione priore al loro divenire norme interposte nel giudizio di costituzionalità. In realtà, in questo contesto, la Consulta svolge un'attività che dal punto di vista strutturale è meramente interpretativa e dal punto di vista funzionale persegue obiettivi latamente (ma non troppo) nomofilattici. Nella definizione della norma CEDU non vi è infatti alcun confronto con i principi costituzionali, non vi è nulla, si potrebbe dire, di costituzionalmente orientato (o orientante), vi è semplicemente un'operazione di interpretazione secondo strumenti logici, vale a dire un lavoro di *falsificazione mediante induzione*: la Corte costituzionale confronta una serie di sentenze della Corte EDU (induzione) per trarne la parziale confutazione (falsificazione) del principio interpretativo precedentemente ipotizzato dal giudice *a quo*. Dunque non vi è l'attribuzione di un significato costituzionalmente orientato all'interpretazione del principio CEDU, non vi è nemmeno la spendita puramente formale o retorica di questo argomento. La Corte "semplicemente" svolge una sorta di attività *super-nomofilattica* definendo ermeneuticamente quale sia la effettiva portata del principio CEDU. Ora è chiaro che dal punto di vista teleologico l'operazione è costituzionalmente orientata alla produzione di un parametro di giudizio; ma dal punto di vista strettamente interpretativo la Corte non lavora con materiale costituzionale, non evoca principi o norme con i quali

di costituzionalità □ o "diffusione" del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., 379 ss., T. GROPPI, *Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Politica del diritto*, 2002, 217 ss., L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 3688 ss., M. ESPOSITO, *«In penetralibus pontificum erat»: brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 2995 ss., V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità □ per «insufficiente sforzo interpretativo». Una tecnica che può □ coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, relazione al Convegno La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa, Roma, 27-28 ottobre 2006, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3418 ss., G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più □ recente giurisprudenza costituzionale: una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantenario*, 2006, 903 ss., E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità □ giurisdizionali (anni 2000-2005)*, Relazione illustrativa della ricerca condotta nell'ambito del Servizio Studi della Corte costituzionale, Roma, 2007, 2 ss.; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in www.federalismi.it, 2007, 793 ss., F. MODUGNO, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su "Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità □ giurisdizionali – anni 2000-2005"*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 275 ss., nonché ID., *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., 65 ss., R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 89 ss., F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2009, 107 ss., M. D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Torino, 2009, F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 1961 ss., M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in www.gruppodipisa.it; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, cit., 440 ss.; infine, se si vuole, A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta Online*, 24 gennaio 2012.

l'interpretazione europea debba essere congruente; semplicemente definisce lei stessa la portata di una interpretazione data da un altro giudice (e per di più un giudice sovranazionale).

Potrebbe sembrare che io sia critico rispetto a tale operazione, che voglia sottintendere che la Corte costituzionale si sia appropriata di una competenza non sua. In realtà sono di tutt'altro avviso. Ritengo che sia dal punto di vista teorico-normativo, sia da un punto di vista pratico-consequenzialista l'operazione sia corretta e addirittura necessaria: dal primo punto di vista credo che i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento CEDU, per come disegnati dall'art. 117 Cost., conferiscano alla Consulta questo *potere implicito* di controllo ermeneutico; dal secondo punto di vista, nella crescente permeabilità che le disposizioni del nostro ordinamento nazionale subiscono a favore di significati estranei dall'esterno dell'ordinamento stesso, permeabilità che rafforza l'intrinseca polisemia di ogni disposizione, sono tranquillizzato dal fatto che sia la nostra Corte costituzionale a svolgere un ruolo di *gatekeeper*.

Se mai è interessante vedere quale tipo di quadro ordinamentale si può dedurre da questi assunti.

5. Gerarchia e competenza nell'interpretazione

Come visto la decisione in sé si atteggia come una classica sentenza interpretativa di accoglimento, colpendo l'interpretazione maggioritaria dell'art. 649 c.p.p. secondo la quale sarebbe possibile processare nuovamente un soggetto nel momento in cui la medesima condotta avesse prodotto, secondo le modalità del concorso formale di reati, una lesione a beni giuridici ulteriori non oggetto del primo giudizio. Dunque, evocando la classica tassonomia crisafulliana, viene ablatata non una disposizione (o una porzione di essa) ma una norma, ossia l'enunciato interpretativo che da essa se ne trae; enunciato che, nel caso di specie, appare in certo modo qualificato, essendo frutto dell'interpretazione maggioritaria della giurisprudenza, il c.d. diritto vivente.

Dal punto di vista della tecnica argomentativa, la decisione non è solo un'interpretativa ma diremmo un'*interpretativa quintessenziale*: non solo infatti l'oggetto della decisione è un enunciato interpretativo, ma tutto il percorso argomentativo si muove lasciando su un pallido sfondo il testo delle norme, siano esse oggetto o parametro, ma in relazione ad una pluralità di significati da esse deducibili e tra loro concorrenti. Se i due termini della questione sono formalmente l'art. 649 c.p.p. e l'art. 117 Cost., in realtà il materiale argomentativo sul quale opera la Corte è di ben altra natura. Il vero oggetto è sì *l'art. 649 c.p.p. ma per come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità*, mentre il parametro sostanziale si individua tramite l'interposizione normativa dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea, a sua volta assunto nell'interpretazione della Corte di Strasburgo; su quest'ultimo punto la Consulta è addirittura *tranchante* affermando chiaramente, contro un'eccezione di parte privata basata sulla lettera della disposizione CEDU, «che il

significato delle disposizioni CEDU e dei suoi Protocolli va tratto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo»¹⁶.

La vicenda odierna è un'ulteriore declinazione concreta di un fenomeno che abbiamo imparato a conoscere bene in questi anni: l'intrinseca polisemia linguistica, propria di qualunque enunciato e *a fortiori* di quelli normativi, viene elevata a potenza (quantomeno in termini pratici) dalla pluralità di soggetti legittimati ad interpretare il medesimo significato; così su questa norma del codice di procedura penale concorrevano conflittualmente (o almeno tale era il parere del giudice remittente) l'interpretazione della Corte di Cassazione e quella della Corte EDU; conflitto risolto da un terzo soggetto interpretante: la Corte costituzionale.

La relazione diretta tra numero di interpreti e numero di significati, mi pare troppo evidente per dover essere argomentata: banalmente si può affermare *quot capita tot sententiae*; va, invece, sottolineato che se la torsione problematica di questo fenomeno trova soluzioni agevoli in un contesto endo-nazionale, il quale di fatto (anche se non di diritto) si compone in maniera gerarchicamente ordinata, con l'attività nomofilattica in mano alla Corte di Cassazione, diversamente, nell'attuale contesto della tutela multilivello, le cose si complicano: in primo luogo le varie corti appartengono a culture giuridiche diverse, determinando una lettura inevitabilmente diversa dei medesimi istituti; in omaggio alle teorie ermeneutiche della precomprensione, si potrebbe dire che ciascun giudice è portatore di un diverso universo pregiudiziale (preferisco dire assiologico) che inevitabilmente investe l'attribuzione di significato al testo. In secondo luogo esse non si trovano tra loro in alcun rapporto gerarchico che possa risolvere quei conflitti che inevitabilmente vengono a crearsi.

In un simile scenario, ci chiediamo se la relazione tra istanze interpretative non sia destinata a replicare l'andamento della teoria delle fonti, e a trovare il proprio criterio ordinatore nella competenza piuttosto che nella gerarchia interpretativa.

Diviene evidente che, come in tutti i discorsi sulla competenza, il punto nodale è capire a chi spetti la *Kompetenz-kompetenz*, ossia la competenza di distribuire le competenze; ruolo che, almeno nel caso di specie, ha svolto la Corte costituzionale; se infatti la riforma dell'art. 117 Cost. ha introdotto a tutti gli effetti la normativa CEDU come parte del nostro parametro costituzionale (nelle forme della normativa interposta), la Corte (a partire dalle c.d. sentenze gemelle) si è assunta l'onore e l'onere di vagliare la compatibilità di questo diritto con l'ordinamento costituzionale. Nel caso di specie la Consulta ha operato sul piano ermeneutico in modo non dissimile: prima vagliando il senso concreto dell'interpretazione della Corte EDU e poi esaminando la costituzionalità del diritto vivente, fino ad estrapolare dai due contesti assiologici diversi, ciascuno con le relative *Sinndeutungen*, un terzo significato costituzionalmente orientato¹⁷.

¹⁶ Cfr. n. 2.2 del *Considerato in diritto*: la parte privata aveva eccepito il difetto di rilevanza perché il testo francese della norma si riferiva all'imputato rispetto al quale fosse stato espresso un giudizio di merito, «acquitté ou condamné»; mentre nel caso di specie la prima pronuncia penale aveva proscioltto l'imputato per prescrizione dei reati.

¹⁷ Sulla relazione tra attribuzione di senso e contesti assiologici, ho provato a svolgere qualche considerazione in A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007.

6. La cascata delle interpretazioni

Gli esiti della sentenza nel giudizio *a quo* ci danno lo spunto per un'ulteriore riflessione in tema di interpretazione.

Se infatti da un lato, certamente, il *bis in idem* non sussiste con riferimento alle 72 persone offese del procedimento Eternit *bis* (sulle 258 totali) che non comparivano tra le persone offese del primo procedimento, ad avviso di uno dei primi commentatori della sentenza «La Consulta ha peraltro lasciato aperto uno spiraglio anche per quanto riguarda la prosecuzione del processo Eternit *bis* rispetto alle 186 persone che già figuravano tra le persone offese del procedimento per i reati *ex art.* 434 c.p. e 437 c.p. ... il giudice *a quo* sembrerebbe infatti chiamato a prendere sì in considerazione il "fatto storico" oggetto del giudizio di primo grado, ma *così come "illuminato" e ritagliato dalle fattispecie ex art. 437 e 434 c.p. aggravate dagli eventi previsti dai relativi capoversi*. In conclusione ci sembra allora che - in relazione alle 186 persone offese che già figuravano nel primo processo - si profili più una complessa valutazione a carico del giudice *a quo*, consistente nel vagliare l'identità del fatto storico *alla luce degli elementi che nel primo processo hanno costituito la base fattuale per valutare la sussistenza dei reati contro l'incolumità pubblica ex artt. 437 e 434 c.p. nella forma aggravata dall'evento*»¹⁸.

Appare così evidente che *il principio declinato in via interpretativa dalla Corte costituzionale sia a sua volta suscettibile di ulteriore interpretazione in sede di concreta applicazione*, lasciando al giudice *a quo* il compito di valutare ermeneuticamente l'identità o meno dei fatti storici che devono fungere da base per la qualificazione giuridica¹⁹.

Questo passaggio ci dà lo spunto per un'ultima riflessione; recentemente attenta dottrina ha sostenuto l'inaffidabilità della nota distinzione crisafulliana tra disposizione e norma: partendo dal presupposto figlio dell'indagine semiotica (e probabilmente del decostruttivismo di Derrida) che la interpretazione non è altro che l'aggiunta di altre proposizioni alla proposizione interpretanda, si è utilizzato, secondo le modalità della *reductio ad absurdum*, l'argomento della *progressio ad infinitum* per sostenere che in tal modo la norma vera e propria sarebbe praticamente irraggiungibile e, dunque, ontologicamente inesistente in quanto sarebbe sempre possibile aggiungere ulteriori proposizioni a quella

¹⁸ S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo eternit bis prosegue)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016, enfasi nel testo; l'A. richiama per motivare la propria posizione quella parte della decisione in base alla quale qualora il precedente giudizio «abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze».

¹⁹ Uno spunto nel senso che la sentenza della Corte costituzionale sia oggetto di interpretazione da parte dei giudici comuni, sembra potersi rinvenire già in F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Diritto e società*, 2015, 489, laddove l'illustre A. ammette la possibilità che i giudici disapplicino disposizioni per effetto di declaratorie di illegittimità riguardanti casi simili, ove il principio enunciato dalla Corte costituzionale sia sufficientemente chiaro.

di partenza e, dunque, non giungere mai ad un risultato consolidato, ad una norma (non dico definitiva ma nemmeno sufficientemente) definita²⁰.

Non è questo il luogo per contestare sul piano teorico tale elaborata tesi, tuttavia ci pare che la vicenda in oggetto, dal punto di vista pratico, ne rappresenti, al tempo stesso, la prova del presupposto e la confutazione della conclusione.

Tutta l'operazione svolta dalla Corte costituzionale si muove su un piano squisitamente ermeneutico, ponendosi quale punto di snodo di *una cascata di interpretazioni*: come detto il testo delle disposizioni appare sullo sfondo, così come ampiamente trascurato appare l'utilizzo dell'argomento letterale²¹; diversamente il materiale con cui si opera è puramente interpretativo: l'interpretazione della Corte EDU, l'interpretazione della Cassazione, l'interpretazione del giudice *a quo*. Assetti di enunciati di senso parzialmente difformi tra loro, che la Corte a propria volta reinterpreta, costruendo un ulteriore assetto di enunciati, che a propria volta il giudice ordinario (in questo e in altri casi) sarà chiamato a reinterpretare per applicare.

Come detto, questa vicenda dimostra la correttezza inconfutabile del presupposto: la rappresentazione statica che vede due ipostasi contrapposte, la disposizione legislativa e la norma giudiziaria, appare oramai completamente inadeguata a descrivere la realtà; questo però non vuol dire che la norma di per sé non esista o non possa esistere. Mi viene in mente il concetto kelseniano di *Unbestimmtheit*, l'indeterminatezza intrinseca della proposizione normativa che si rastrema progressivamente dall'emanazione legislativa fino all'applicazione giudiziaria. La sostanza del processo di progressiva definizione non è cambiata; ciò che è cambiato è l'assetto del sistema, il ruolo e il numero degli operatori che concorrono a tale processo (che è *rastremazione dei significati possibili tramite l'aggiunta di enunciati ulteriori*); un sistema meno gerarchico e più competenziale, meno piramidale e più rizomatico. L'esito tuttavia non muta: la norma finale esiste nella singola applicazione

²⁰ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, 401, secondo cui «una volta che si neghi la coincidenza fra disposizione e norma perché la prima non è altro che un enunciato bisognoso d'interpretazione, la conclusione obbligata è che neppure dopo l'interpretazione della disposizione la norma sembrerebbe “esistere” davvero, perché l'enunciato interpretativo, in quanto enunciato, necessita dell'ascrizione di significato che solo un'ulteriore azione interpretativa può assicurare. (...) A voler condurre la distinzione fra disposizione e norma alla sua logica conseguenza, allora, si dovrebbe concludere che la norma non viene mai davvero ad esistenza, perché si comporta come un'entità metafisica, oggetto di intuizione pura, ovvero perché resta ineffabile, nel senso che parrebbero darsi solo enunciati “sulla” e non “della” norma. In definitiva: quando si dice che l'interprete “crea” la norma si opera una riduzione semplificatrice, perché l'interprete crea (vedremo poi in che senso) solo un nuovo enunciato bisognoso a sua volta d'interpretazione».

²¹ Valorizza invece l'argomento letterale M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 434, per il quale «l'opera di adeguamento di un testo, infatti, non può essere condotta sino al punto di leggersi quel che non c'è, anche quando la costituzione vorrebbe che vi fosse. Il punto va chiarito. Non si vuole dire, ovviamente, che l'interpretazione possa acquietarsi nell'esegesi del testo: s'è già accennato che isolando un testo dal suo contesto formale e materiale non si possono identificare interpretazioni affidabili. Il testo, però, in quanto suo oggetto, definisce ogni possibile perimetro dell'attività ermeneutica, sicché il metodo di interpretazione letterale, lungi dall'essere “primitivo”, come azzardato dalla nostra Corte costituzionale, è “primario”, nel senso che — come opportunamente prescrive l'art. 12 disp. prel. indicando una scala che non è affatto “rovesciabile” — viene logicamente prima degli altri e ne condiziona l'operatività». La definizione dell'interpretazione letterale come metodo “primitivo” è contenuta nella nota sentenza della Corte costituzionale 15 gennaio 2013, n.1. Una posizione opposta e fortemente giusrealista è sostenuta da F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2014, n. 2, 13, e ID., *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme alla Costituzione”*, in *Dir. soc.*, 2015, 469 ss.; sia inoltre consentito rinviare a A. LONGO, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, Napoli 2016, diffusamente.

come momento finale dell'interpretazione giudiziale; interpretazione e applicazione sono ancora inscindibilmente legati come esito l'una dell'altra: la norma come significato è frutto di un processo sempre più complicato, ma rimane il fatto che essa vive e viene ad esistenza definitiva solo nell'applicazione giudiziale come risposta ad un caso pratico che essa fin dalla nascita è destinata a risolvere. Solo nella disciplina di tale caso essa trova la propria ultima definizione e giunge a conoscere finalmente sé stessa e la propria *raison d'être*.