

Rapporti tra diritto nazionale e CEDU

---

I  
CORTE COSTITUZIONALE 11 marzo 2011, n. 80 - Pres. De Siervo. - Rel. Frigo

**Non è fondata, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica.**

@ I testi integrali delle sentenze sono disponibili su: [www.ipsoa.it/ilcorrieregiuridico](http://www.ipsoa.it/ilcorrieregiuridico)

---

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

---

Si v. come precedente Corte cost. n. 93/2010; Corte cost. n. 129/2008

---

II  
CORTE COSTITUZIONALE 7 aprile 2011, n. 113 - Pres. De Siervo - Rel. Frigo

**È costituzionalmente illegittimo, per la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. e dell'art. 46 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.**

---

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

---

In senso difforme Cass. pen. 12 luglio 2006, n. 32678, *Somogyi*, Cass. n. 2800/06, *Dorigo*

---

III  
CORTE COSTITUZIONALE 10 giugno 2011, n. 181 - Pres. Maddalena - Rel. Criscuolo

**È costituzionalmente illegittimo l'art. 5-bis, comma 4, del d-l 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, in combinato disposto con gli artt. 15, primo comma, secondo periodo, e 16, commi quinto e sesto, della legge 22 ottobre 1971, n. 865 (Programmi e coordinamento dell'edilizia residenziale pubblica; norme sulla espropriazione per pubblica utilità; modifiche e integrazioni alle leggi 17 agosto 1942, n. 1150; 18 aprile 1962, n. 167; 29 settembre 1964, n. 847; ed autorizzazione di spesa per interventi straordinari nel settore dell'edilizia residenziale, agevolata e convenzionata), come sostituiti dall'art. 14 della legge 28 gennaio 1977, n. 10 (Norme per la edificabilità dei suoli) nella parte in cui prevede che l'indennità di espropriazione per le aree agricole è commisurata al valore agricolo medio - annualmente calcolato da apposite commissioni provinciali-corrispondente al tipo di coltura in atto nell'area da espropriare e per le aree comprese nei centri edificati al valore agricolo medio della coltura più redditizia tra quelle che, nella regione agraria in cui ricade l'area da espropriare, coprono una superficie superiore al 5 per cento di quella coltivata della regione agraria stessa.**

**È costituzionalmente illegittimo l'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell'art. 40, commi 2 e 3, decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) nella parte in cui prevede per il caso di esproprio di un'area non edificabile, il criterio del valore agricolo medio corrispondente al tipo di coltura prevalente nella zona o in atto nell'area da espropriare.**

---

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

---

In senso difforme Cass.13199/2006;Cass. n. 16414/2009; Cass.S.U. n. 22753/2009;Corte cost. n. 261/1997;Corte cost. n. 1165/1988.

---

IV

CORTE COSTITUZIONALE 22 luglio 2011, n. 236 - Pres. Quaranta - Rel. Lattanzi

**Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005, (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai "processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione".**

---

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

---

Si v. come precedenti Corte cost 393 e 394 del - 2006

---

## LA SCALA REALE DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL RUOLO DELLA CEDU NELL'ORDINAMENTO INTERNO

di Roberto Conti

---

L'Autore si sofferma sulle sentenze rese dalla Corte costituzionale - sent.nn. 80/2011, 113/2011, 181/2011, 236/2011 e 245/2011 - che, ritornando sul tema dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU, dispiegano il ventaglio di questioni che saranno nei prossimi anni al centro del dialogo fra Corte costituzionale, Cassazione e giudici di merito, confermando ancora una volta la centralità del ruolo del giudice comune e dell'interpretazione nel processo di inveroamento dei diritti fondamentali.

---

### Premessa

Le sentenze che si annotano riportano l'attenzione dell'interprete sul ruolo della CEDU nell'ordinamento nazionale, sulla funzione che i giudici nazionali svolgono nel progressivo inveroamento dei principi in essa scolpiti e, in definitiva, sulla persistente impossibilità di scrivere la parola "fine" su tematiche che cominciano ad appassionare una platea consistente di osservatori e, dunque, a suscitare progressivamente interrogativi, prese di posizione, speculazioni di vario ordine.

L'analisi dei "giudicati" della induce a riconsiderare alcuni argomenti che in passato si è cercato di esaminare organicamente all'interno di una (forse troppo ampia) riflessione (1) e che, oggi, appaiono ancora una volta cruciali per delineare i possibili scenari che si potranno aprire nel sistema giudiziario interno allorché la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo ed la sua giurisprudenza finiranno col rappresentare sempre meno il "convitato di pietra" e sempre più il dichiarato protagonista di tecniche di implementazione volte ad offrire sempre maggiori nicchie di tutela dei diritti fondamentali.

Il punto è, poi, che quest'analisi finisce anche per evidenziare l'esistenza di un *match* fra Corte costituzionale e *giudici comuni* - nozione, quest'ultima, che qui accomuna la Cassazione ed il Consiglio di Stato - giocato dai due contendenti in forme e modi che non si atteggiano sempre come "dialogiche" e che appaiono, alle volte, privilegiare nei *dicta* della Corte costituzionale una non si sa se voluta o soltanto casuale posizione di *primato* del giudice delle leggi rispetto ai giudici "comuni".

### Sulla (negata) comunitarizzazione della CEDU per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (Corte cost.80/2011)

Corte cost.n. 93/2010 era stata chiamata a valutare la compatibilità della normativa interna, che non prevedeva nel procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione innanzi al giudice di merito l'udienza pubblica, con la giurisprudenza granitica

---

#### Nota:

(1) Sia consentito il rinvio a R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011.

della Corte dei diritti umani, formatasi sul caso *Boccellari - Corte dir. uomo*, 13 novembre 2007, *Boccellari e Rizza c. Italia*.

In quell'occasione la Corte europea dei diritti dell'Uomo aveva sancito che il rito camerale italiano per l'applicazione di misure di prevenzione, di cui all'art. 4 della legge n. 1423 del 1956, si pone in contrasto con l'art. 6, par. 1 CEDU nella parte in cui non prevedeva «la possibilità di ottenere un pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello». Investita della questione sotto il profilo della violazione dell'art. 117 primo comma Cost., la Corte costituzionale ha ritenuto l'illegittimità della norma, superando i dubbi autorevolmente espressi in dottrina sulla fondatezza della stessa. Dubbi che si appuntavano, in sintesi, sul carattere casistico della giurisprudenza europea, sul valore modesto che doveva attribuirsi ai principi affermati dalla Corte dei diritti umani - al cui indirizzo non si lesinavano nemmeno giudizi particolarmente critici -, sulla necessità di operare comunque un corretto bilanciamento con altri valori costituzionali posti a base delle regole del processo penale. Epperò Corte cost. n. 93/2010 è stata di diverso avviso.

La Corte non si occupa di verificare che la norma CEDU sia in contrasto con altri parametri costituzionali. Va oltre, non ha bisogno di far ciò - anche se l'interrogativo se lo pone - .

Ad esso, però, risponde, sorprendentemente rilevando che è proprio la Costituzione a contemplare il principio della pubblicità delle udienze, non direttamente, ma attraverso il richiamo di una serie di fonti sovranazionali. Si perita, poi, di differenziare la vicenda al suo vaglio dalle altre in generale ove si può porre un problema di pubblicità delle udienze, facendo ancora una volta delle affermazioni di straordinaria importanza.

È in questo contesto che si inserisce Corte cost. n. 80/2011 (2) chiamata a verificare l'estensibilità delle conclusioni prospettate dalla sentenza n. 93/2010 alla fase di legittimità del procedimento di prevenzione.

Antonio Ruggeri, commentando a caldo Corte cost. n. 80/2011 (3), ha giustamente sottolineato la natura confermativa della pronuncia rispetto alle principali indicazioni che la Corte costituzionale è andata fornendo, nel tempo, sul tema dei rapporti fra fonte nazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in essa appunto cogliendo «una pronuncia-summa del pensiero della Corte in tema di rapporti interordinamentali». Per questo è rimasto deluso chi si attendeva un approfondimento delle prospettive

aperte dalle “secondo” sentenze gemelle del 2009 (Corte cost. 316 e 317) rese dalla Corte costituzionale (4).

Dalla lettura di tale pronuncia si coglie, anzi, quasi un irrigidimento del giudice delle leggi sulle coordinate di base poste dalle “prime” sentenze gemelle (Corte cost. 348 e 349/2007), in punto di divieto di disapplicazione della norma interna per contrasto con la CEDU da parte del giudice comune, come anche di obbligo di piena ed immodificabile sottoposizione del giudice interno ai *dicta* di Strasburgo.

La decisione assomiglia così ad un vero e proprio manuale di sopravvivenza che il giudice, voglioso di attestarsi sui canoni della conformità a Costituzione del suo operato, potrà serenamente compulsare ponendosi al sicuro da attacchi di vario ordine sull'operato e sul ruolo del giudice comune che sono invece stati volta a volta sferrati a carico di chi ha cercato di tracciare percorsi alternativi.

A volere così navigare senza grossi scuotimenti le acque solcate dalla Corte costituzionale, quel giudice non dovrà far altro che verificare la compatibilità della norma interna con quella della CEDU, sperimentare il canone esegetico dell'interpretazione convenzionalmente orientata nei limiti in cui ciò risulti possibile - avendo immediato ed obbligato riferimento al diritto vivente della CEDU - e, in caso di irrimediabile difformità, sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta per fare dichiarare l'incostituzionalità della norma domestica rispetto a quella convenzionale che funge da parametro interposto dell'art. 117 primo comma Cost. Due appaiono, tuttavia, i tratti maggiormente caratterizzanti la decisione in rassegna.

Il primo è quello che esclude la c.d. trattatizzazione della CEDU per effetto dell'entrata in vigore del

#### Note:

(2) Per un primo commento alla sentenza, reperibile anche sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), v. B. Randazzo, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte Costituzionale*, in <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>.

(3) A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2011/0002\\_nota\\_80\\_2011\\_ruggeri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0002_nota_80_2011_ruggeri.pdf),

(4) A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, e O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, entrambi su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). V., volendo, anche R. Conti, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte*, in questa *Rivista*, 2010, 5, 624 ss.

Trattato di Lisbona e, per esso, dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea.

Per non ripetere le argomentazioni già spese a proposito della c.d. comunitarizzazione della CEDU è qui sufficiente rinviare, pressoché integralmente, alle riflessioni critiche espresse a commento di Tar Lazio sent.11984 (5) e, in definitiva, ribadire che la strada dell'applicazione diretta della CEDU, pur apparendo obbligata in ragione delle limitazioni di sovranità che essa impone attraverso l'art. 11 Cost., (6) non sembra potere direttamente trovare sponda, almeno fino all'effettiva adesione dell'Unione europea alla CEDU, nelle disposizioni appena ricordate né attraverso la Carta di Nizza che pure contempla, al suo interno, una disposizione volta ad attribuire alle disposizioni sue proprie l'analoga portata alle previsioni di identico tenore contenute nella CEDU. Senza dire che la comunitarizzazione della CEDU, ancora di là da venire, sarebbe comunque limitata ad operare nei rapporti regolati dal diritto dell'Unione europea, per come avevamo per tempo messo in evidenza.

Altri e ben più solidi argomenti la dottrina più avvertita (Ruggeri) ha con passione civile e rigore scientifico prospettato in modo da offrire alla Corte costituzionale le basi per un possibile ripensamento sul tema (7).

Il secondo è invece quello che fa emergere una rottura fra la posizione espressa dal giudice rimettente la Corte di cassazione - e la Corte costituzionale proprio sul ruolo che la pubblicità delle udienze avrebbe dovuto giocare anche nel giudizio di legittimità. A stare alla posizione della Cassazione l'esigenza della pubblicità delle udienze patrocinata dalla Corte di Strasburgo quanto ai procedimenti in materia di misure di prevenzione «... andrebbe riconosciuta... non soltanto in relazione ai giudizi di merito, ma anche con riguardo al giudizio di cassazione, senza che rilevi, in senso contrario, la circostanza che di quest'ultimo non venga fatta menzione nella citata sentenza della Corte europea. Se pure è vero, infatti, che la Corte di Strasburgo ha affermato in più occasioni che il diritto a un'udienza pubblica può essere escluso quando debbano trattarsi esclusivamente questioni di diritto, essa ha, tuttavia, anche precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può giustificarsi solo se in primo grado la pubblicità sia stata garantita.»

Secondo il giudice di legittimità «...una volta che la scelta del rito venga affidata alla parte, non si vedrebbe perché la relativa opzione possa essere effettuata solo «in limine», e non «anche in successivi gradi di giudizio».

Di tutt'altro avviso è stata invece Corte cost. n. 80/2011 che, collegandosi alla declaratoria di incostituzionalità della normativa interna nella parte in cui non prevedeva, nel giudizio di merito, la pubblicità delle udienze in materia di prevenzione (Corte cost. n. 93/2010), ha ritenuto che non poteva essere riconosciuto alla parte la scelta di far valere il diritto alla pubblica udienza in fase di merito o in quella di legittimità. E poiché nulla la parte aveva sollecitato nelle fasi di merito, il rimedio della pubblicità in fase di legittimità né avrebbe sanato la violazione concretatasi nelle fasi di merito né poteva ritenersi dovuto in base alla costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ora, è ben chiaro che la decisione del giudice costituzionale è intrisa di merito, essendo scesa ad esaminare il fascicolo del giudizio *a quo* fino ad evidenziare che la parte non aveva chiesto prima del ricorso in Cassazione la trattazione in pubblica udienza e non poteva dunque dolersi di alcunché, non avendo eccepito l'illegittimità costituzionale del sistema preclusivo come invece aveva fatto la parte del procedimento nel quale si era innestata Corte cost.n. 93/2010.

Ma a parte tale elemento, non sembra potersi sottacere che la posizione espressa dalla Cassazione, pur ben consapevole del contenuto della giurisprudenza della Corte EDU in ordine alla non necessità dell'udienza pubblica per le fasi processuali non di merito, sembrava più direttamente orientata a costruire un rimedio specifico ed effettivo, correlato al procedimento in corso, nel quale durante la fase di merito l'imputato non aveva formulato alcuna istanza di trattazione in udienza pubblica. Un'esigenza, quella espressa dalla Cassazione, che sembrava rivolta a salvaguardare la conformità del processo, nel suo complesso, ai canoni sovranazionali e che invece la Corte costituzionale non ha inteso assecondare.

#### Note:

(5) R. Conti, *Occupazione acquisitiva: rilettura dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU dopo il Trattato di Lisbona in Urbanistica e appalti*, 2010, 1480 ss.

(6) C. Zanghì, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 s. del dattiloscritto. V. volendo, R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 123 ss.

(7) Cfr. infatti, *ex plurimis*, A. Ruggeri, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in *www.forumcostituzionale.it*. Opinione.

V'è allora solo da constatare che la diversità di vedute fra giudice comune e giudice delle leggi è forse la spia di una diversità di prospettive fra le due Corti ma, anche, di una non perfettamente sovrapponibile identità di approccio che sembra spostare la Corte costituzionale su un terreno fin qui considerato come prerogativa assoluta del giudice comune. Ma su questo si avrà occasione di tornare in seguito.

### **Sul giudicato interno contrastante con la CEDU:a) la giurisprudenza della Cassazione penale prima delle sentenze gemelle del 2007**

Quando cercammo di esaminare il tema della "forza" del giudicato interno alla prova del diritto sovranazionale, la prospettiva prescelta era stata, ancorché in controtendenza rispetto alla più accreditata dottrina penalprocessuale, di esaltare i lati virtuosi di quelle pronunzie rese dalla Corte di Cassazione che ci erano sembrate rivolte, in una prospettiva esclusivamente "rimediale", ad eliminare gli effetti pregiudizievoli prodotti dal verificato contrasto fra la sentenza risolutiva del caso a livello nazionale e la pronunzia della Corte europea che aveva successivamente sancito il contrasto fra la stessa ed i canoni convenzionali (8).

Allora si erano passate in rassegna le più rilevanti (9) pronunzie del giudice di legittimità (10), muovendo da Cass. pen. 12 luglio 2006, n. 32678, *Somogyi* che aveva dato il via ad una vera e propria svolta della giurisprudenza di legittimità - peraltro parecchio criticata dalla dottrina tradizionale italiana -, attuata con forme ed accenti diversi ma sempre favorevoli al riconoscimento dell'immediata efficacia delle norme CEDU e del *diritto vivente* promanante dalla Corte di Strasburgo.

Qui sembra il caso di riassumere quegli stessi arresti, anche solo a fine di operare un giudizio di comparazione con i risultati raggiunti da Corte cost.n.113/2011.

Orbene, nella vicenda *Somogyi* era divenuta definitiva la sentenza di primo grado a carico dell'imputato, ma la Corte europea aveva ritenuto che non vi era la certezza che il condannato avesse avuto effettiva conoscenza del processo. Il giudice di legittimità aveva così annullato senza rinvio l'ordinanza con la quale la Corte di appello aveva respinto la richiesta di *Somogyi* di restituzione nel termine, ai sensi dell'art. 175 c.p.p., per impugnare la sentenza di primo grado, ed ha restituito il ricorrente nel termine per proporre appello, non ritenendo che tale istanza potesse risultare paralizzata in ragione del giudicato interno formatosi in ordine alla ritualità del giudizio

contumaciale svoltosi in base alla normativa del codice di procedura penale.

Nella sentenza *Dorigo* - Cass.n. 2800/06 -, invece, in gioco era la celebrazione di un processo che si era concluso con l'affermazione di responsabilità a carico dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da coimputati nel corso delle indagini preliminari, senza possibilità per l'accusato di interrogarli o di farli interrogare. A seguito della decisione della Commissione europea - organo avente natura sostanzialmente giurisdizionale, poi sostituito con l'adozione del Protocollo n. 11 dalla Corte dei diritti umani - e del Comitato dei Ministri (a partire dalla risoluzione adottate in data 9 settembre 1998 e 15 aprile 1999 fino alle più recenti del 2006), Cass. n. 2800/06 ha dichiarato l'inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza di condanna divenuta definitiva, ritenendo inesequibile il giudicato dopo l'accertamento della violazione delle regole della CEDU. Ne è seguita l'immediata liberazione dell'imputato che nel processo interno era stato condannato alla pena di anni tredici di reclusione. Appare qui utile ancora una volta sottolineare l'iter argomentativo di quelle pronunzie, al fine di cogliere l'obiettivo che la Corte di legittimità intese fortemente perseguire.

In particolare, nella sentenza *Somogyi* la sottolineatura della precettività delle norme CEDU nell'ordinamento interno prende le mosse dalle storiche sentenze penali *Polo Castro* del 23 novembre 1988 e *Medrano* del 10 luglio 1993 (e dunque dalla Requisitoria di Vitaliano Esposito depositata nel caso *Cat Berro 2* (11)) per passare, poi alle meno recenti sentenze civili della corte suprema ed alla altrettanto storica Corte cost. n. 10/1993 che giustamente sot-

#### **Note:**

(8) R.Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., cap.IV, *La "forza" del giudicato interno alla prova del diritto sovranazionale*, 399 ss.

(9) Per una disamina completa delle pronunzie della Cassazione sul tema degli effetti delle sentenze di condanna pronunziate dalla CEDU sul precedente giudicato interno v., di recente E. Aprile, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes V., e V.Zagrebelsky Milano, 2011, 509 ss. V., in particolare Cass, 22 settembre 2005, *Cat. Berro* (1), in *Cass. pen.*, 2006,10,3171, con nota di E.Selvaggi, *Le sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo e il giudicato nazionale: conflitto non risolvibile?*

(10) Sia consentito il rinvio a R. Conti, *La Corte dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea prevalgono sul giudicato - e sul diritto-nazionale*, in questa *Rivista*, 2007, 5, 689 ss.

(11) La Requisitoria è reperibile in [http://www.foroeuropa.it/altre\\_giurisdizioni/documenti/requisitoria.pdf](http://www.foroeuropa.it/altre_giurisdizioni/documenti/requisitoria.pdf).

tolinè la riconducibilità della Convenzione ad una fonte *atipica* epperò capace di *resistere* a leggi ordinarie interne successive con essa incompatibili. Ed in questa prospettiva non si manca di sottolineare l'importanza del Protocollo n. 14 aggiunto alla Convenzione europea del 13 maggio 2004 - ratificato con la legge n. 280/2005 - entrato in vigore il 1° giugno 2010.

Anche il richiamo alla legge n. 12/2006 costituì un ulteriore tassello all'affermazione per cui «il giudice nazionale italiano sia tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato». È nell'esplicitare tale pensiero che il giudice di legittimità coglie la maggiore "forza" della sentenza europea rispetto a quella interna, peraltro escludendo, in radice, la possibilità per il giudice nazionale di *rimettere in discussione l'accertamento della violazione* operato dal giudice europeo nei confronti dell'imputato.

L'autorità di cosa giudicata della sentenza nazionale deve fare i conti con lo stesso principio di sussidiarietà che governa il sistema di accesso alla Corte europea, di guisa che ove la Corte di Strasburgo venga investita all'esito della proposizione dei rimedi interni a difesa dei diritti umani, è giocoforza ritenere che l'accertata violazione da parte della Corte di Strasburgo non potrà che determinare la "caduta" del giudicato nazionale formatosi in spregio ai diritti garantiti dalla CEDU. Compariva, così, sottotraccia, l'idea della Cassazione - affatto limitata al giudizio contumaciale - circa la piena ed incondizionata vincolatività delle condanne di Strasburgo.

Analoghe considerazioni suscitano i principali snodi motivazionali di Cass. n. 2800/06, *Dorigo*.

Seguendo il *cordolo* posto dalla sentenza *Somogyi*, la sentenza *Dorigo* ne prosegue il tracciato, soprattutto quando sottolinea «il valore delle decisioni della Corte europea che abbiano riconosciuto l'avvenuta violazione di quei diritti e di quelle libertà *fondamentali*».

Essa rinviene ancor di più nell'art. 46 CEDU e nella sua rubrica - *forza vincolante ed esecuzione delle sentenze* - un elemento decisivo per riconoscere che le sentenze europee di condanna sono *direttamente produttive di diritti ed obblighi nei confronti del cittadino al quale non può negarsi il diritto alla riparazione sub specie di equa soddisfazione pecuniaria o in forma specifica (restituito in integrum)*, mediante la rinnovazione del giudizio.

Si tratta di un'affermazione che ricalca gli inviti a più riprese rivolti dal Comitato dei Ministri alle au-

torità italiane per porre rimedio alle violazioni accertate nel caso *Dorigo*. Il ruolo attribuito alle sentenze della Corte di Strasburgo viene tratteggiato in modo ancor più analitico e se si vuole dirompente rispetto a quanto aveva fatto la sentenza *Somogyi*, poiché i giudici di legittimità non ravvisano alcun ostacolo al pieno dispiegarsi della decisione di Strasburgo in favore dell'imputato sottoposto a processo non equo nell'assenza di norme positive che consentano la riedizione del processo penale a carico dello stesso o che prevedano la "paralisi" dell'esecuzione della sentenza penale di condanna pronunciata dal giudice nazionale.

È certo rilevante che nella sentenza *Dorigo* il giudice di legittimità abbia ritenuto che ogni altra decisione di perpetuare gli effetti di una condanna resa dal giudice nazionale ritenuta contrastante con una pronuncia della Corte europea significava «disconoscere la precettività delle norme della Convenzione e la forza vincolante della decisione della Corte europea». Il che, in definitiva, era accaduto per effetto della decisione adottata dal giudice dell'esecuzione poi cassata dalla Corte di legittimità.

Tale posizione si è visto, contrastava nettamente con quanto affermato da Corte cost. n. 348 e 349 del 2007.

Era stata, infatti, Corte cost. n. 348/2007 a precisare che «pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto» (p. 3.3).

Il giudice delle leggi aveva quindi escluso la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità della questione per poter fare diretta applicazione della norma convenzionale nell'interpretazione fornita dalla Corte europea, ritenendo irrilevanti «la Risoluzione 1226 (2000) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con la quale le Alte Parti contraenti sono invitate ad adottare le misure necessarie per dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo, la Risoluzione Res (2004) 3 del 12 maggio 2004 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alle sentenze che accertano un problema strutturale sottostante alla violazione, la Raccomandazione Rec (2004) 5, di pari data, del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alla verifica di conformità dei progetti di legge, delle leggi vigenti e della prassi amministrativa agli

*standard* stabiliti dalla Convenzione, nonché la Raccomandazione Rec (2004) 6, di pari data, con cui il Comitato dei ministri ha ribadito che gli Stati contraenti, a seguito delle sentenze della Corte che individuano carenze di carattere strutturale o generale dell'ordinamento normativo o delle prassi nazionali applicative, sono tenuti a rivedere l'efficacia dei rimedi interni esistenti e, se necessario, ad instaurare validi rimedi, al fine di evitare che la Corte venga adita per casi ripetitivi».

Secondo Corte cost. 348/2007 «...Correttamente il giudice *a quo* ha escluso di poter risolvere il dedotto contrasto della norma censurata con una norma CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, procedendo egli stesso a disapplicare la norma interna asseritamente non compatibile con la seconda. Le Risoluzioni e Raccomandazioni citate dalla parte interveniente si indirizzano agli Stati contraenti e non possono né vincolare questa Corte, né dare fondamento alla tesi della diretta applicabilità delle norme CEDU ai rapporti giuridici interni.»

Analogamente, Corte cost. n. 349/2007 ebbe a riconoscere che «allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fi no al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente». Aggiungeva ancora Corte cost. n. 349/2007 che «le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, *si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo* pretendono un determinato comportamento».

Secondo il giudice costituzionale nessun ruolo avrebbe potuto giocare il potere giurisdizionale nell'attuazione delle sentenze CEDU. Tale conclusione, secondo la Consulta, era da ritenere ancor più obbligata rispetto ai casi di «contrasto "strutturale" tra la conferente normativa nazionale e le norme CEDU così come interpretate dal giudice di Strasburgo e si richieda allo Stato membro di trarne le necessarie conseguenze».

### **Segue:b) la giurisprudenza della Cassazione sul giudicato penale contrastante con la CEDU dopo le sentenze gemelle del 2007**

Lo iato fra giudice di legittimità e Corte costituzionale, allo stato latente fino all'ottobre 2007, si materializzava all'indomani delle sentenze gemelle nn.

348 e 349 del 2007, allorché la Cassazione portava alle estreme conseguenze il ragionamento esposto anteriormente alle due storiche decisioni appena evocate, ribadendo con forza l'irrelevanza del giudicato nazionale contrastante con una sentenza della Corte dei diritti umani.

Ed infatti, gli sviluppi recenti hanno addirittura ampliato la prospettiva tracciata con le prime decisioni - *Somogyi e Dorigo* -, prefigurando scenari nei quali l'intervento della Cassazione sarà sempre più incisivo ma non meno *fantasioso e devastante, su di un piano dogmatico, almeno quanto nobili negli scopi - del giudicato nazionale*. (12)

Nel caso *Drassich* (13) veniva in rilievo una condanna di Strasburgo correlata all'esistenza di un giudicato nazionale reso in violazione dell'art. 6 della CEDU per riqualificazione *ex officio* del fatto nei termini di un più grave reato, precludendo così l'estinzione del reato per prescrizione riferibile all'originario *nomen iuris*, senza informare l'interessato del contenuto dell'accusa elevata contro di lui e senza permettergli di difendersi. In quest'occasione il giudice di legittimità, investito dal giudice al quale era stato proposto incidente di esecuzione, ha ritenuto di potere interpretare l'art. 521 c.p.p. in modo da consentire al giudice di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione in modo conforme alla disposizione convenzionale, così come interpretata dalla Corte europea, nel senso che di tale eventualità il giudice deve dare previa informazione all'imputato ed al suo difensore, ed ha individuato nell'applicazione analogica dell'art. 625 *bis* c.p.p. sul ricorso straordinario per errore materiale o di fatto il rimedio per procedere alla revoca del solo capo della sentenza di legittimità con cui non era stata attuata la regola violata, senza necessità di disporre un nuovo giudizio di merito e limitando la nuova trattazione del ricorso al punto della diversa definizione giuridica del fatto.

Il giudice di legittimità ha ritenuto di chiarire, in linea assolutamente preliminare, che «non è più ormai da revocare in dubbio che sia patrimonio comune della scienza giuridica, della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la "forza vincolante" delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancita dall'art. 46 della Convenzione, là

#### **Note:**

(12) P. Gaeta, *La Corte ritiene superfluo un nuovo giudizio e ride termina direttamente la pena*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 24.

(13) Cass. pen., 12 novembre, 11 dicembre 2008 n. 45807, in *Cass. pen.*, 2009, 1457, con note di M. Caianiello e L. De Matteis.

dove prevede che “le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti” e poi ancora che per realizzare tale risultato “la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l’esecuzione”.

Preso atto che Corte cost. n. 129/2008 aveva concluso per la declaratoria di infondatezza della questione di legittimità dell’art. 630 c.p.p., comma 1, lett. a) nella parte in cui esclude dai casi di revisione «l’impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza (...) con la decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbia accertato l’assenza di equità del processo (...)», il giudice di legittimità ha ritenuto che «è dovere, anch’esso primario, della giurisdizione verificare, mediante la corretta e rigorosa applicazione dei criteri ermeneutici, se la disciplina processuale abbia già una regola che, in considerazione dei contenuti e della specificità del caso, renda percorribile l’attuazione di un *decisum* del giudice europeo».

Nel caso concreto, la contrarietà del giudicato nazionale rispetto alla CEDU riguardava il mancato riconoscimento del diritto dell’imputato di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto coruttivo ed aveva inciso sull’esito del ricorso per cassazione, impedendo la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione che, per contro, avrebbe dovuto essere dichiarata se l’accusa, nel suo inquadramento giuridico, non fosse stata modificata. Lo strumento per ricondurre la vicenda alla conformità a CEDU doveva pertanto garantire il rispetto della garanzia del contraddittorio anche sulla diversa definizione del fatto che il giudice di legittimità aveva operato *ex officio*, in modo da mettere in condizione l’imputato e la sua difesa di esercitare il diritto di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto.

Dalla pronuncia della Corte europea, infatti, i giudici di legittimità individuano un duplice effetto: l’uno rivolto nei confronti della parte del processo definito in Italia senza il rispetto del contraddittorio e l’altro, *di sistema*, volto a «rendere immanente nel nostro ordinamento il principio del contraddittorio su ogni profilo dell’accusa, anche nel giudizio di legittimità».

Da qui la necessità di integrare il quadro normativo interno con la regola enunciata dalla Corte di Strasburgo, *custode della corretta interpretazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, previa verifica di compatibilità della disposizione convenzionale con le norme della Costituzione.

Cass. n. 45807/08 ha così rammentato che la Cor-

te europea aveva ritenuto che nel giudizio interno era «stato leso il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico nonché il suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare l’accusa». Orbene, sulla base di tale regola di sistema tratta dalla pronuncia della Corte europea, i giudici di legittimità hanno ritenuto di dovere modulare diversamente il significato di una norma interna (art. 521 c.p.p., comma 1) che, pur attribuendo indefettibilmente al giudice di merito e soprattutto di legittimità - il compito di individuare la corretta qualificazione giuridica del fatto e delle relative conseguenze sanzionatorie, impone di correlarne la portata «ai principi costituzionali richiamati e al *decisum* del giudice europeo».

Sulla base di tali presupposti Cass. n. 45807/08, condividendo le conclusioni espresse dal Sostituto Procuratore Generale Selvaggi, ha ritenuto che non occorresse alcun intervento additivo della Corte costituzionale per stabilire che l’imputato e il difensore devono e possono essere messi in grado di interloquire sulla eventualità di una diversa definizione giuridica del fatto là dove essa importi conseguenze in qualunque modo deteriori per l’imputato così da configurare un suo concreto interesse a contestarne la fondatezza.

È stato piuttosto ritenuto sufficiente applicare ed interpretare la norma «nel senso che la qualificazione giuridica del fatto diversa da quella attribuita nel giudizio di merito, riconducibile a una funzione propria della Corte di cassazione, richiede, però, una condizione imprescindibile per il suo concreto esercizio: l’informazione di tale eventualità all’imputato e al suo difensore. Informazione che, qualora manchi una specifica richiesta del pubblico ministero, va formulata dal Collegio con un atto che ipotizzi tale eventualità».

Passando poi all’individuazione dello strumento giuridico che potesse rendere concretamente possibile l’attuazione della pronuncia CEDU, nelle parti in cui la stessa aveva individuato l’avvio di un nuovo procedimento o la riapertura del procedimento su richiesta dell’interessato, la sentenza *Drassich* lo ha individuato nel ricorso straordinario contro le sentenze della Corte di cassazione, previsto dall’art. 625 *bis* c.p.p..

La conclusione alla quale perviene la sentenza *Drassich* è dunque quella di una «parziale “rimozione” del giudicato, nella parte in cui esso si è formato nel giudizio di legittimità mediante un *vulnus* al diritto di difesa, che si è tradotto in una “iniquità” della sen-

tenza, “iniquità” che non è scaturita da preclusioni processuali addebitabili al ricorrente, bensì dal “governo” del processo da parte del giudice».

Nel bilanciamento tra funzione costituzionale del giudicato, diritto a un processo “equo” ed a una decisione resa nel rispetto di principi fondamentali e costituzionali posti a presidio del diritto a interloquire sull'accusa, la sentenza *Drassich* ha fatto prevalere quest'ultimo.

Né sono mancate decisioni ancora una volta orientate a delineare la regressione del giudicato interno contrastante con la CEDU rispetto all'accertata violazione della norma convenzionale da parte della Corte dei diritti umani - Cass. pen. 11 febbraio/28 aprile 2010 n. 16507, *Scoppola*- (14) che fa seguito a Corte dir.uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (15).

Proprio in tale ultima circostanza il giudice di legittimità ha ribadito che l'art. 46 CEDU «stabilisce una precisa e inequivoca “obbligazione giuridica” per gli Stati contraenti, di conformarsi - sotto il controllo del Comitato dei Ministri - alle sentenze definitive della Corte, pronunciate nelle controversie in cui sono parti», richiamando non solo a sostegno della decisione gli argomenti già utilizzati nelle sentenze *Somogyi* e *Dorigo*, ma anche precisando che l'obbligo di dare esecuzione alla sentenza della Corte europea è da considerare di risultato, “... nel senso che è riservata agli Stati la scelta dei mezzi per adeguarsi ai principi in essa formulati, come ha ribadito il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la raccomandazione R (2000) 2, secondo cui “spetta alle competenti autorità dello Stato condannato decidere quali misure siano più appropriate per assicurare una *restitutio in integrum*, tenendo conto dei mezzi disponibili nell'ordinamento interno”».

E poiché l'ordinamento interno «non prevede forme di riapertura del processo nel caso di violazione di diritti fondamentali, accertata dalla Corte di Strasburgo», la Cassazione ha escluso di potere risolvere il problema con applicazioni analogiche che sono incompatibili con il principio di tassatività delle impugnazioni. Cass. ult. cit. ha quindi ricordato che «alcune pronunce della Corte hanno ritenuto di poter superare l'ostacolo - sentenze *Somogyi* e *Cat Berro 1* e *Drassich*-.

Orbene, secondo Cass. n. 16507/2010 la posizione espressa dalla sentenza *Dorigo* «non è altro che il corollario del riconoscimento del diritto alla rinnovazione del processo derivato dalla sentenza della Corte, dalla quale, correlativamente, discende per lo Stato e per i suoi organi (compresi quelli investiti del potere giurisdizionale) l'obbligo positivo di ripri-

stinare una procedura rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione, allo specifico fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli verificatesi in dipendenza della violazione accertata».

Peraltro, nella vicenda *Scoppola* la questione assumeva tratti che la differenziavano dal caso *Dorigo*, posto che era in discussione non l'equità della decisione sotto il profilo di formazione della prova in contraddittorio, o dell'accertamento della responsabilità penale o della qualificazione giuridica dei fatti, riguardando l'iniquità solo il trattamento sanzionatorio.

Malgrado la rilevante diversità, la Corte ha ritenuto che anche nella vicenda posta al suo vaglio sussistessero «le ragioni di coerenza interna dell'ordinamento, che impediscono di considerare legittima la quantificazione della sanzione inflitta allo (...) con una sentenza di condanna pronunciata in un giudizio nel quale sia stata violata una regola del giusto processo, accertata dalla Corte europea».

Dunque, secondo il giudice di legittimità «sussiste, da un lato, per lo (...) il diritto a una modifica della pena, da determinare secondo la legalità della Convenzione; dall'altro, per lo Stato e, specificamente, per gli organi investiti del potere giudiziario, l'obbligo positivo di determinare una pena rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione, allo specifico fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli scaturite dalla violazione accertata».

Pertanto, preso atto dell'iniquità e dell'ineseguitabilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, la Corte ha stimato rilevanti l'esigenza di provvedere all'immediata caducazione della decisione viziata, di modificare la pena inflitta con sentenza della Corte di Assise di Appello, rideterminandolo in anni trenta di reclusione.

L'ulteriore attacco del giudicato interno contrastante con qualunque disposizione CEDU veniva sferrato da Cass. Pen. n. 23761/2010-*Presidenza del Consiglio dei Ministri e Sud Fondi s.r.l.* - (16).

---

#### Note:

(14) In *Giur. it.*, 2010,2643, con nota di S. Furfaro, *L'esecuzione delle decisioni europee di condanna: riflessioni sullo “stato dell'arte” anche in prospettiva di scelte normative.*

(15) Parte della decisione è riportata, tradotta in italiano, in Cass. Pen., 2010,2, 832 con nota di G. Ichino, *L'affaire Scoppola c. Italia” e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

(16) Cfr. su tale sentenza, volendo R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 422 ss.

**Segue:c)Corte cost. n. 129/2008 e Corte cost. n. 113/2011**

È in questo scenario composito, ma univocamente indirizzato a riconoscere, da parte del diritto vivente della Cassazione, immediata precettività alle sentenze di condanna emesse dalla Corte europea a carico dello Stato italiano, che la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della vicenda *Dorigo*.

In precedenza, la già ricordata Corte cost. n. 129/2008 (17) aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Bologna rispetto all'art. 630 comma 1<sup>a</sup> lett. a) c.p.p.

Il giudice rimettente, nel demandare all'esame della Corte la legittimità del sistema interno in materia di revisione del processo aveva ipotizzato, fra l'altro, una censura all'art. 630 cit. nella parte in cui esclude la revisione del processo allorché una sentenza della Corte europea abbia accertato un «vizio fondamentale nella procedura precedente».

Ciò in riferimento all'art. 10 primo comma Cost., secondo il quale «l'ordinamento giuridico si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute».

A parere del giudice *a quo* alcune norme della Convenzione di Roma del 1950 - e segnatamente, quelle che sanciscono garanzie fondamentali, quali il diritto alla vita (art. 2), il divieto di tortura (art. 3), l'inammissibilità della condizione di schiavitù (art. 4), la presunzione d'innocenza (art. 6) - erano «effettivamente riprodotte di analoghe norme consuetudinarie esistenti nella Comunità internazionale». Doveva allora concludersi che in ragione della presunzione di innocenza - in quanto norma consuetudinaria di diritto internazionale - l'art. 630, comma 1, lettera a), c.p.p., si risolveva in una violazione di quest'ultimo precetto costituzionale, nella parte in cui esclude la revisione del processo allorché una sentenza della Corte europea abbia accertato un «vizio fondamentale nella procedura precedente».

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 129/08, escludeva la fondatezza del rilievo ritenendo, però, di non potersi «esimere dal rivolgere al legislatore un *pressante invito* ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 CEDU». Si giunge così a Corte cost. n. 113/2011 che, nuovamente reinvestita dalla Corte di appello di Bologna - innanzi alla quale pendeva ancora la decisione su

quale rimedio dovesse adottarsi nei confronti del Dorigo dopo la sospensione degli effetti del giudizio nazionale deciso dalla Cassazione e la proposizione di un'istanza di revisione del processo da parte del difensore del predetto - circa il prospettato *vulnus* dell'art. 630 c.p.p. questa volta con l'art. 117 1 primo comma Cost. - in collegamento con l'art. 46 CEDU - ha questa volta accolto l'incidente di costituzionalità.

Dei tanti punti che Corte cost.n. 113/2011 affronta, solo alcuni si sceglierà qui di approfondire, avendo già i primi commentatori sviluppati con argomentazioni diffuse i nodi problematici che la sentenza discioglie (18).

Il primo è strettamente legato all'asserita inammissibilità della questione prospettata dall'Avvocatura dello Stato sul presupposto che l'individuazione delle forme di riapertura del processo a seguito di sentenze della Corte europea non poteva che spettare al legislatore, in ragione della necessità di temperare le esigenze della certezza del diritto e quelle di tutela dei diritti dei soggetti che hanno subito una condanna.

La Corte costituzionale, dopo avere condivisibilmente escluso che la questione sollevata dalla Corte remittente fosse uguale a quella esaminata da Corte cost.n. 129/2008, ha ritenuto di potere risolvere nel merito la questione, individuando nell'art. 46 CEDU - nella formulazione modificata dal Protocollo n. 14 annesso alla CEDU già ratificato dall'Italia - la disposizione «di centrale rilievo nel sistema di tutela dei diritti fondamentali».

Ed infatti, l'obbligo, a carico degli Stati, di conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie di cui sono parti, impone agli stessi di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie per porre il ricorrente in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza della CEDU.

**Note:**

(17) In *Giur. cost.* 2008, 1522, con nota di M. Chiavario, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronunzia, ma non è la parola definitiva*. V. anche L. De Matteis, *Tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione: la Corte costituzionale in tema di revisione a seguito di condanna da parte della Corte Strasburgo*.

(18) Cfr. G. Canzio, *Gli effetti dei giudicati "europei" sul giudizio italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte Costituzionale*; R. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*; A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani...ovverossia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere alla certezza dei diritti*, tutti in <http://www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi-ric/Canzio-Kostoris-Ruggeri.pdf>

Era stata, dunque la stessa Corte europea ad individuare, in caso di infrazioni correlate allo svolgimento di un processo, nella riapertura del processo e/o in un nuovo processo il mezzo più appropriato per porre rimedio alla violazione constatata, nel rispetto di tutte le condizioni di un processo equo.

Da questa premessa la Corte riconosce che il meccanismo anzidetto era tale da "rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata"-p.5 cons. diritto-.

Detto questo, la Corte costituzionale ha avuto ben presente che il meccanismo della revisione disciplinato dall'art. 630 c.p.p. poco o nulla avesse in comune con le esigenze sottese all'acclarata violazione del giusto processo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Epperò, la necessità di salvaguardare l'architettura dei principi fissati dalle prime sentenze gemelle del 2007 ha indotto la Consulta a passare in rassegna le soluzioni ermeneutiche che la giurisprudenza di legittimità aveva sperimentato per salvaguardare i diritti riconosciuti dalla CEDU accertati da una sentenza della Corte EDU in contrasto col giudicato interno.

Rimedi, questi ultimi, che la Corte costituzionale non esita a definire "soluzioni parziali e inadeguate alla piena realizzazione dell'obiettivo", evidenziandone i limiti, il carattere non esaustivo della risposta offerta e l'inadeguatezza.

In questa prospettiva, né la sentenza *Somogyi*, né la sentenza *Dorigo*, né la sentenza *Drassich*, secondo il giudice delle leggi, avevano fornito risposte appaganti al problema, essendo i rimedi dell'incidente di esecuzione, della rimessione in termini e del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto affatto capaci di realizzare l'esigenza primaria costituita dalla riapertura del processo, l'esito del quale non poteva in alcun modo prevedersi prima del nuovo processo.

È a questo punto che Corte cost. n. 113/2011 si avvede di quanto l'assenza, nell'ordinamento interno di un apposito rimedio diretto alla riapertura del processo sia stata reiteratamente stigmatizzata dagli organi del Consiglio d'Europa «...anche e soprattutto in rapporto al caso concernente il condannato nel giudizio *a quo*»-sempre - p.5 dei cons. in diritto-.

La Corte non ha difficoltà a passare in rassegna la giurisprudenza della Corte europea sulla quale si è prima soffermata, ritenendone la piena conformità a Costituzione.

Ed infatti, «pur nella rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata non può ri-

tenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza - quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso - delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona».

Ed una volta acclarato un *vulnus* costituzionale non sanabile in via interpretativa, la Corte si ritiene ben legittimata a "porvi rimedio", a nulla rilevando l'assenza di previsione normativa idonea a garantire il risultato voluto da Strasburgo.

Anzi, secondo la Corte spetterà da un lato ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognosi di apposita regolamentazione."

Da qui la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. con le forme di una pronuncia additiva di principio, nella quale il giudice delle leggi si sforza di dare delle indicazioni di massima al giudice comune che certo non sembrano potere sfuggire a critiche analoghe a quelle mosse a suo tempo all'indirizzo della Cassazione rispetto alle pronunzie sopra ricordate.

È fin troppo chiaro agli occhi della Corte costituzionale che il giudizio successivo alla pronuncia della Corte europea ha non solo tratti di rilevante autonomia rispetto a quello della revisione codicisticamente regolato - dal quale il giudice sarà chiamato a discostarsi *disapplicando* le disposizioni che appaiono inconciliabili, sul piano logico giuridico, con l'obiettivo perseguito-, ma chiama pure l'interprete a coniare nuove forme di invalidità per le cause di non equità del processo rilevate dalla Corte europea coperte dal precedente giudicato, superando il principio che escludeva la rilevanza degli *errores in procedendo* una volta divenuta irrevocabile la sentenza.

Per ovviare a tali difficoltà la Corte decide dunque di affidare al giudice comune, nelle fase processuale che si andrà ad aprire innanzi al medesimo, un potere davvero significativo di disapplicazione delle norme interne al quale affianca, *eventualmente*, l'individuazione da parte del legislatore di ulteriori meccanismi che, nell'ambito della discrezionalità allo stesso riservata, potranno dare ulteriore attuazione alla Raccomandazione R (2000) 2.

La Corte ha poi cura di chiarire che la decisione assunta non elide affatto la possibilità che il legislatore possa intervenire per conformarsi alle indicazioni

offerte dalla Raccomandazione (2000) 2 del Comitato dei Ministri (19).

### Riflessioni su Corte cost.n. 113/2011

Corte cost. n. 113/2011 rappresenta, ancora una volta, un passo formidabile verso la piena valorizzazione della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Di ciò occorre dare atto alla Corte costituzionale che, anche con tale pronuncia, si conferma autentica protagonista e garante della legalità costituzionale.

Detto questo, non si può fare a meno di sottolineare alcune aporie nel ragionamento della Corte delle leggi rispetto ad alcuni suoi precedenti arresti che, d'altra parte, chi scrive ha cercato di mettere in evidenza per tempo.

Si tratta, in particolare, della prospettiva - ribadita da Corte cost.n. 113/2011 - che espropria il giudice comune dal potere di dare egli stesso immediata attuazione ai diritti CEDU ed alla giurisprudenza della Corte europea.

In questa prospettiva la Corte non ha lesinato critiche, piuttosto incisive, all'operato dalla Cassazione penale che, a suo dire, non avrebbe comunque garantito l'esigenza primaria rappresentata dalla riapertura del processo.

Tali critiche non solo risultano ingenerose per la preziosa - e si ribadisce coraggiosa (come pure riconosce Giovanni Canzio nel ricordato commento) - opera di concretizzazione della CEDU offerta dalle sentenze del giudice di legittimità sopra ricordate, ma sembrano capovolgere i corretti rapporti fra diritto violato e meccanismo riparatorio, disancorando il primo dal carattere di mero strumento per porre fine agli effetti della violazione accertata che lo strumento convenzionale sembra attribuirgli ponendo al centro del sistema la tutela del diritto fondamentale leso.

Costante è infatti l'affermazione nella giurisprudenza della Corte EDU che «un nuovo processo ovvero la riapertura del procedimento a richiesta dell'interessato costituiscano in linea di principio un mezzo appropriato per porre rimedio alla constatata violazione» (20).

La riapertura del processo tende ad eliminare gli effetti del giudicato formatosi in spregio ai diritti fondamentali, costituendo così uno status di condannato che la Corte ha, questa volta sì, l'esigenza primaria di eliminare. L'art. 46 CEDU, a ben considerare, impone allo Stato delle misure a contenuto variabile che tuttavia si muovono "sempre e comunque" verso la cessazione della violazione accertata e la cancellazione di tutte le conseguenze prodotte dalla

violazione. Di questo non sembra avvedersi né la Corte costituzionale né un autorevole interprete che pure l'ha commentata (21).

Se il giudicato formatosi ha dunque calpestato i diritti fondamentali dell'imputato si fa fatica a sostenere che i "rimedi" della Cassazione abbiano sortito un effetto parziale.

Si intende, in definitiva qui sostenere che di fronte all'accertamento di una violazione del processo equo acclarata dalla Corte dei diritti umani non si comprende come il giudice investito della legittimità degli effetti privativi della libertà correlati a tale giudicato avrebbe potuto procedere in modo diverso da quello seguito dalla Cassazione nei casi sopra esaminati. In conclusione, l'esigenza primaria perseguita dal giudice di legittimità era sicuramente esatta.

Questo, d'altra parte, non vuol dire affatto che il giudice di legittimità fosse titolato a riaprire il processo in mancanza di strumenti normativi interni chiari in materia - come per vero si è fatto in altri Stati usando il canone dell'interpretazione dell'esistente quadro normativo interno-. Ma non vuol dire, nemmeno, che le soluzioni offerte dalla Cassazione fossero creative o ineffettive. Tuttaltro!

Vero è che il *limbo* creato dalla Cassazione penale, come asserisce la Corte costituzionale (22) era l'unica misura particolare che, proprio alla stregua del-

#### Note:

(19) Nella sua raccomandazione R(2000) 2 "sul riesame o la riapertura di alcuni affari a livello interno a seguito delle sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo", il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha incoraggiato «le Parti contraenti ad esaminare i loro sistemi giuridici nazionali in vista di assicurarsi che esistano possibilità adeguate per il riesame di un caso, compresa la riapertura di una procedura, nei casi in cui la Corte ha constatato una violazione della Convenzione, in particolare quando: i) la parte danneggiata continua a soffrire per le conseguenze negative molto gravi a seguito della decisione nazionale, conseguenze che non possono essere compensate dalla equa soddisfazione e che possono essere modificate soltanto dal riesame o la riapertura, e ii) risulta dalla sentenza della Corte che a) la decisione interna impugnata è contraria nel merito alla Convenzione, o b) la violazione constatata è causata da errori o carenze di procedura di una gravità tale che un serio dubbio è gettato sul risultato della procedura interna impugnata.»

(20) Corte dir.uomo, Grande Camera, *Sejdovic c. Italia* - ric. 56581/00-§ 126; Corte dir.uomo, 18 gennaio 2011, ric. N. 2555/03, *Guadagnino c. Francia*, § 81.

(21) G.Canzio, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, cit.

(22) Analoga espressione usa pure M. Caianiello, *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 547, che a proposito delle decisioni del giudice di legittimità parla di «soluzioni di tenore inventivo e senza dubbio frutto di un forte afflato equitativo».

l'art. 46 CEDU, l'ordinamento interno - per il tramite del giudice - era stato in grado per realizzare «l'esigenza primaria integrata, lo si ripete, non dalla riapertura del processo, ma dall'eliminazione degli effetti della violazione del diritto al processo equo prodotti dal giudicato. La Corte di legittimità si era industriata al meglio per conformarsi all'obbligo, pure sulla stessa ricadente» (23), nascente dall'art. 46 CEDU.

D'altra parte, le critiche non certo soffuse espresse all'indirizzo della Cassazione sembrano non avvedersi del fatto che i risultati raggiunti dalla sentenza additiva di principio della Consulta prestano il fianco a quelle stesse critiche rivolte anche dalla dottrina ai «rimedi» individuati dal giudice di legittimità con le sentenze più sopra ricordate (24).

La Corte costituzionale, infatti, è ben consapevole che la scelta di campo dalla stessa intrapresa mettendo in discussione il giudicato interno rappresenta né più né meno che un «rimedio» per eliminare un *vulnus* costituzionale.

Il termine *rimedio*, del resto, compare nella sentenza 8 volte con riferimento al problema degli effetti prodotti dalla sentenza CEDU sul giudicato, mentre due volte la stessa Corte utilizza l'espressione «rimediare» per giustificare il proprio operato.

Ma al fondo del rimedio, come ha messo bene in evidenza Adolfo di Majo, c'è l'esigenza, soprattutto avvertita dai sistemi di *common law*, di offrire una risposta contro un torto subito. La prospettiva, in definitiva è quella di garantire a chi ha subito un torto la predisposizione di rimedi da fare valere davanti agli organi giudiziari ai quali spetta individuare nel caso concreto il rimedio concreto (25).

Epperò, così facendo, la Corte costituzionale finisce col sostituirsi al legislatore, minando alla base le affermazioni espresse nelle sentenze gemelle del 2007 allorché le Raccomandazioni e Risoluzioni delle Istituzioni europee che invitavano gli Stati ad introdurre forme che garantissero la riapertura dei processi erano state dalla Corte stessa riferite «al legislatore» indicato come l'unico soggetto istituzionale che a livello interno potesse dare alle stesse attuazione.

Si potrà certo sostenere che il giudice costituzionale gravita in ambiti nettamente diversi da quelli del giudice comune e, ancora, che la Consulta ha fatto vivere nell'ordinamento un principio emerso dal diritto vivente della Corte europea.

Ma non sembra potersi revocare in dubbio che la conclusione alla quale è pervenuta Corte cost.n. 113/2011 era tutt'altro che obbligata proprio alla

stregua della Raccomandazione R(2000) 2 sopra ricordata.

È sembrato, così, che il giudice costituzionale, non essendo il giudice «del caso» ma «delle leggi», sia rimasto estremamente coinvolto dalla vicenda *Dorigo*, dalla stessa traendo una «regola aurea» generale ed astratta al punto da «confezionare» un nuovo caso di revisione (anch'esso generale ed astratto), con ciò contravvenendo a quel «limite» che la Consulta aveva imposto al giudice comune, ma anche a sé stessa nelle prime sentenze gemelle del 2007, fino a «ricalibrare a tal punto quella norma «di prossimità» da stravolgerne la disciplina, lasciando di essa poco più del nome e della funzione di rimuovere un giudicato interno.» (26)

D'altra parte, la portata rimediabile della decisione della Corte costituzionale si coglie a tutta prima quando cerca di imbastire una trama processuale al cui interno il giudice comune dovrebbe operare per «raggiungere gli obiettivi voluti dalla Corte europea».

Ancora una volta, ma ora in modo dirimpante, la Corte affida al giudice comune un'opera di *disapplicazione* delle norme interne sul processo di revisione che ha ritenuto invece di negare in termini generali a proposito del rapporto tra norma convenzionale e norma interna. E ciò fa sicuramente in modo commendevole se ci si pone in una prospettiva di effettività ed efficacia delle sentenze della Corte europea, tanto da indurre Antonio Ruggeri a sottolineare come «*medio tempore* i giudici sono abilitati a fare qualcosa che la stessa Corte ha negato a se stessa: produrre regole *per tabulas* afferenti all'ambito riservato al legislatore.»

Prospettiva che, pur inevitabile in mancanza di intervento legislativo, come pure sottolinea Ruggeri, finisce però col ritorcersi contro l'architettura dei principi espressi dal giudice delle leggi a partire dalle sentenze gemelle del 2007, minando forse la coe-

### Note:

(23) P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi*, cit., 233.

(24) V. infatti, Corte dir.uomo, 11 maggio 2010 (ric. n. 29061/08) *Steck - Risch e altri c. Liechtenstein*, nel quale si ricorda come la Corte costituzionale del Liechtenstein - 3 giugno 2007 - aveva evidenziato che in assenza di una legislazione interna che prevedeva la possibilità di riaprire un processo a seguito di una sentenza della Corte europea che constata una violazione della Convenzione non poteva essere la Corte costituzionale a disporre la riapertura del processo, questa spettando ad un'iniziativa del legislatore. Cfr. L. De Matteis, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*, in *Cass.pen.*, 2007, 1448.

(25) A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 14 e 15.

(26) R.E. Kostoris, *La revisione del giudicato*, cit., 7.

renza delle coordinate espresse dalla Corte delle leggi a proposito della sicura ed univoca rilevanza delle Risoluzioni e Raccomandazioni già ricordata solo nei confronti del legislatore professata nel 2007.

È per questo motivo che le accuse mosse dalla dottrina a proposito della pure evocata Cass. 16507/10, allorché si disse che si trattava di «rimedi estemporanei di natura giurisprudenziale: nobili nello scopo, creativi nelle soluzioni del caso concreto, ma, proprio per questo, in qualche modo eversivi - nel senso etimologico - per i principi dell'ordinamento» potrebbero oggi attagliarsi a Corte cost.n. 113/2011. Anch'essa, infatti, avrebbe superato il limite di non "legiferare" su una vicenda - del quale si era invece avvalsa nella pure recente Corte cost.n. 103/2010 (27) - che, come aveva ricordato l'Avvocatura dello Stato, doveva essere riservata al legislatore proprio sulla base delle coordinate fissate dalla stessa Corte costituzionale nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

L'atteggiamento del giudice delle leggi, pur logico, economico e *giusto* nella sua calibratura assiologia, potrebbe essere etichettato come "di dubbio fondamento normativo" se lo si dovesse valutare alla stregua delle coordinate fissate dallo stesso giudice delle leggi a sé stesso, al legislatore ed ai giudici nel sistema dei rapporti fra CEDU e norma interna.

Non si può infatti negare l'ampio margine di discrezionalità che il legislatore tuttora mantiene circa il "luogo" ove intervenire - non apparendo quello della revisione in alcun modo obbligato - e circa le modalità concrete per rendere possibile l'eliminazione degli effetti del giudicato contrastante con la sentenza della Corte europea, rispetto al quale il ricorso all'istituto della revisione non era certo l'unico possibile (28), proprio alla stregua della diversità di soluzioni offerte dagli altri Paesi contraenti delle quali anche Corte cost. n. 113/2011 ha dato conto al punto 5 del considerato in diritto (29).

La verità è allora, forse un'altra. E cioè che l'intervento della Corte costituzionale è pienamente giustificato dalla prospettiva "rimediale" imposta dal rinnovato art. 46 CEDU "anche" agli organi giurisdizionali - e non solo a quelli politici (30)-che indirizza l'agire di ogni Autorità nazionale.

La parte giocata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113/2011 è, in definitiva, commendevole e dovuta, non meno di quella espressa dalla Cassazione penale, chiamata ad operare-prima della sentenza n. 113/2011 - in un ambito ovviamente diverso da quello del giudice costituzionale, nel quale essa non ha affatto usurpato le funzioni legislative o quelle riservate alla Corte costituzionale ma, impegnan-

do la responsabilità internazionale dello Stato italiano, ha coraggiosamente superato il concetto di giudicato come feticcio, anzi pienamente comprendendo che proprio il giudicato è, anzitutto, il presupposto indefettibile dell'accertamento della violazione da parte della Corte europea sempre e comunque destinato a recedere quando la Corte europea riconosce una violazione della Convenzione. Il giudice comune, in definitiva, ha fatto "tutto ciò che può, nel rispetto delle competenze e dei poteri attribuitigli dal diritto nazionale, per dare attuazione agli obblighi internazionali dello stato al quale appartiene" (31), utilizzando tutte le possibilità offerte dall'ordinamento statale ed improntando il suo operato al maggior sforzo possibile per raggiungere tale obiettivo.

Se, dunque, l'unico possibile filo conduttore delle diverse soluzioni offerte dalla Cassazione al tema delle ricadute prodotte dalla sentenza che ha accertato la violazione di un diritto umano protetto dalla CEDU ascrivibile ad un precedente giudicato formatosi a livello nazionale - rimessione in termini (art. 175 c.p.p.) per i processi in contumacia, ricorso straordinario ex art. 625 bis c.p.p., rinvio al giudice dell'esecuzione o diretta riduzione della pena applicata nei limiti in cui ciò sia compatibile alla sentenza della Corte europea-era quello di adottare scelte in chiave rimediale capaci di offrire, nel singolo caso, la migliore risposta possibile dell'ordinamento interno alla necessità imperiosa di riconsiderare la soluzione espressa da una sentenza viziata, allo stesso modo Corte cost.n. 113/2011 offre un ulteriore rimedio, capace esso sì di offrire una risposta nuova (anche se tuttora tutta da costruire) al tema della riapertura dei processi nell'inerzia del legislatore.

**Note:**

(27) Reperibile in *Giur.cost.*,2010,1151 con nota di T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta manda al legislatore.*

(28) Il tema è indiscutibilmente complesso. Sembra infatti di poter dire che la "via legislativa" sicuramente capace di ottimizzare in termini di certezza e chiarezza le modalità di eliminazione del giudicato contrastante con la CEDU non potrà costituire l'unica strada maestra da adottare, in ogni caso essa dovendosi atteggiare come legislazione "di principio" da attuare nel concreto dal giudice in relazione alla tipologia di violazione acclarata dalla CtEDU. Ma è pur vero che la Corte europea "non impone" la riapertura dei processi, demandando ai singoli Stati l'adozione di misure capaci di eliminare le violazioni accertate-v., da ultimo Corte dir. uomo, 11 maggio 201, *Steck-Risch e altri c. Liechtenstein* (ric. N. 29061/08).

(29) In dottrina v. diffusamente, P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, 79 ss.

(30) P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi*, cit.,235.

(31) P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi*, cit.237

Di ciò sembra essere consapevole pure la dottrina che, appunto per questo, riconosce l'ineludibilità del ruolo del giudice in questo contesto, non soltanto finché il legislatore non legiferi, ma anche successivamente (32).

In conclusione, la sentenza n. 113/2011 sembra inserirsi perfettamente nel contesto delle pronunzie rese dalla Cassazione penale, dalle stesse avendo tratto non solo (ed in modo pressoché speculare) la trama argomentativa, ma anche l'essenza, finendo così per rimanere pienamente (e commendevolmente) contaminata da quelle esigenze di effettività e ed efficacia che permeano la CEDU ed il suo diritto vivente.

Anche la Corte costituzionale, che pure non aveva adeguatamente sottolineato la soddisfazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa all'indomani della decisione resa dalla Cassazione sul caso *Dorigo* - Ris 2007-83 del 20 giugno 2007 - ha giocato la sua parte, sullo stesso terreno del giudice di legittimità, riconoscendo proprio ai giudici comuni un potere ben superiore a quello attribuito nella cornice dei principi scolpiti dalle sentenze gemelle. Ciò che può spiegarsi, soltanto, se si abbandona la logica del primato e della gerarchia che continua ad aleggiare, fortunatamente più nelle dichiarazioni che non nella sostanza delle decisioni della Corte costituzionale.

Resta solo da dire che il "primato" che la Consulta sembra volere fare pesare rispetto al giudice comune non trova solide radici ed appare, anzi, fortemente vulnerato dal ruolo attivo giocato dagli altri "giudici "non" costituzionali sul terreno della protezione dei diritti umani (33).

### **Sull'indennizzo di suoli agricoli e non edificabili (Corte cost. n. 181/2011)**

Tanto si è detto e scritto, soprattutto, alcuni lustri fa, sull'indennizzo in tema di fondi agricoli (34).

A dire il vero, infatti, l'ondata di interesse per la categoria dei suoli agricoli era fortemente scemato allorché, per effetto del fantomatico art. 5 bis l.n. 359/1992, si era introdotto e sedimentato un sistema che confezionava, all'interno del *genus* delle aree agricole, tutto ciò che non poteva inserirsi nella categoria delle aree edificabili, escludendosi radicalmente l'ammissibilità di un *tertium genus* capace di dare riconoscimento ad utilità e valori diversi da quelli collegati ai prodotti del fondo sul quale era impedita l'edificazione al di fuori di limitate e marginali ipotesi (35). Per tal motivo anche le aree prive di vocazione edificatoria dovevano essere valutate secondo i parametri fissati per le aree agricole (36).

Per la Cassazione, anzi, l'art. 16, commi 4 e 5, della legge 22 ottobre 1971, n. 865, richiamato dall'art. 5-bis l.n. 359/1992, nel disporre che le indennità di espropriazione per le aree esterne ai centri edificati devono essere determinate in conformità ai valori agricoli medi, secondo i tipi di coltura effettivamente

#### **Note:**

(32) Ruggeri, *op.ult.cit.*, 20: «...Sta di fatto che i giudici comuni si rendono, in una congiuntura siffatta, partecipi di un'operazione di giustizia costituzionale (in senso materiale), avviata o, come che sia, sollecitata in ambito europeo e quindi perfezionata in ambito interno in due tempi: in prima battuta, dal giudice delle leggi e, in seconda, dagli stessi giudici comuni; da ciascuno secondo le proprie competenze e responsabilità e, però, da tutti assieme, restando altrimenti pregiudicato il raggiungimento dello scopo comune.»

(33) Cfr. infatti, A.Ruggeri, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2010/12/ruggeri1.pdf>, pagg.25-26:«... le certezze di diritto costituzionale non possono considerarsi demandate alla pur autorevole voce di un solo giudice costituzionale, abilitato ad enunciare "verità" inconfutabili di diritto costituzionale (in senso materiale, siccome riferito ad ogni espressione positiva sostanzialmente costituzionale). Le certezze, piuttosto, devono porsi quale la risultante di un ininterrotto, costante processo d'integrazione interordinamentale, che ha in quella struttura plurale della Costituzione, cui si faceva dianzi cenno, e delle altre Carte "costituzionali" sui diritti il "luogo" elettivo della ricerca delle forme ottimali per la sua realizzazione e nei giudici (comuni e costituzionali) lo strumento privilegiato di conduzione di questa ricerca, nel loro assiduo e fecondo "dialogo" - come usa chiamarlo - rinvenendosi il metodo giusto, la via che consente di pervenire alla meta di somministrare giustizia, la certezza facendosi così giustizia e la giustizia certezza»

(34) M. Vignale, *L'espropriazione per pubblica utilità e le ultime leggi di modifica*, Napoli, 1994, 293 ss. S.Benini, *L'edificabilità dei fondi e l'incidenza dei vincoli urbanistici*, relazione tenuta all'incontro di studio organizzato a Roma dal CSM il 5 ottobre 2004 sul tema *Profili applicativi del t.u. in materia di espropriazione*, in <https://avcon.csm.it/go/www.cosmag.it/>.

(35) Cfr. Cass. n. 18314/2007 che indica il criterio generale di valutazione stabilito dall'art. 39 della legge fondamentale n. 2359 del 1865 nelle sole ipotesi in cui il terreno agricolo o comunque non edificabile venga appreso ed irreversibilmente trasformato dall'amministrazione espropriante pur in mancanza di un titolo legittimo, per effetto della c.d. occupazione espropriativa, ovvero nelle ipotesi in cui trattasi di area (legalmente già) edificata ovvero di immobile destinato a cava, escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 5 bis d.l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. in legge, con modificazioni, dalla l. 8 agosto 1992, n. 359.

(36) In questa prospettiva, l'indirizzo ormai *pietrificato* del giudice di legittimità riteneva che «per stabilire l'edificabilità di un suolo espropriato a fini indennitari debbono essere presenti entrambi i requisiti richiesti da tale norma, e cioè la edificabilità "di fatto" e quella legale sicché i suoli che non siano dotati di entrambi i requisiti, ancorché suscettibili di utilizzazione non strettamente agricola, debbono essere sempre valutati secondo parametri omogenei a quelli utilizzati per i terreni agricoli; non è infatti più possibile affermare, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 261/97 sul tema, la esistenza, nell'ordinamento, di un "tertium genus" di terreni, diversi dalle aree edificabili e dalle aree agricole, alle quali debbono dunque essere parificati tutti i suoli non dotati della edificabilità "di diritto", atteso il carattere soltanto residuale della c.d. edificabilità "di fatto"».

te praticati, stabilisce dei parametri di valutazione *diretti, oggettivi e concreti*, in quanto riferiti ai terreni non edificabili, che si contrappongono a quelli previsti per i terreni edificabili-cfr.Cass.n. 17672/2009-. Il riferimento al valore agricolo medio, d'altra parte, si considerò come pur sempre agganciato al valore reale del fondo e, dunque, pienamente in linea con le indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale.

All'indomani del terremoto prodotto sul sistema degli indennizzi espropriativi in materia di aree edificabili dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo che può ormai storicamente indicarsi come "fase Scordino", in ragione della fenomenale portata di Corte dir.uomo 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia* (37), si era cominciato a prospettare un effetto di rimbalzo di tale giurisprudenza sul regime indennitario delle aree agricole, soprattutto rispetto a quelle che venivano ad esse equiparate, pur non essendo destinate materialmente ad attività agricole. Era con riferimento a tale compendio di beni che più direttamente si poneva l'attenzione rispetto ad un sistema indennitario che si distaccava con evidenza dall'effettivo e reale valore del bene.

La Cassazione, tuttavia, si mostrava fin troppo prudente rispetto alla praticabilità di tale equiparazione già prima di dover riconoscere, a denti stretti, che quella giurisprudenza europea aveva prodotto effetti devastanti proprio sul tema degli indennizzi di aree edificabili.

Scorrendo la giurisprudenza di legittimità ci si accorge, infatti, di quanto il giudice di legittimità abbia praticato, con forza, la teoria dei *distinguishing* per sedimentarsi, alla fine, su una soluzione consapevolmente rivolta ad anestetizzare gli effetti della giurisprudenza di Strasburgo rispetto ai suoli agricoli, malgrado un atteggiamento, di segno contrario, rivolto a valorizzare le pronunzie di Strasburgo soprattutto in un'opera di conformizzazione alla CEDU del sistema di quantificazione del risarcimento del danno da occupazione acquisitiva (38).

In questa prospettiva, Cass.n. 13199/2006 non aveva difficoltà a sostenere che "Sono prive di pregio le doglianze mosse dai ricorrenti ..., giacché...il dedotto contrasto del sistema indennitario con i principi professati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (da ultimo la Grande Chambre, con sentenza 29 marzo 2006), riguarda il criterio di determinazione dell'indennizzo per le aree edificabili, di cui all'art. 5 bis commi 1 e 2 n. 359 del 1992. Non anche l'indennizzo per i suoli non edificabili, per i quali l'applicabilità delle norme di cui al titolo II della L. n. 865 del 1971, è stata ritenuta conforme all'art. 42 Cost.

(Corte cost. n. 355 del 1985), e non risulta oggetto di condanne da parte della Corte di Strasburgo".

Tale indirizzo veniva confermato anche dopo la rimessione alla Corte costituzionale della questione relativa alla legittimità del sistema indennitario per le aree edificabili-Cass.n. 12810/2006 (39) - per effetto del quale l'art. 5 bis sarebbe stato parzialmente caducato da Corte cost.n. 348/2007.

Ed infatti, Cass.n. 5219/2007 affermava senza tentennamenti che i tentativi dei proprietari di aree agricole di far capo ad un valore di mercato "reale" attraverso il rinvio alle statuizioni contenute nella sentenza *Scordino c. Italia* del 29.3.2006 erano «privi di rilevanza alcuna, posto che tanto la decisione "Scordino" quanto la recente ordinanza 11887/06 di questa Sezione (recante denuncia di irragionevolezza e violazione dell'art. 6 CEDU della applicazione della sopravvenuta regola di cui all'art. 5 bis comma 7 bis L. n. 359 del 1992, alle controversie pendenti sul risarcimento delle pregresse occupazioni appropriative) non afferiscono certo agli indennizzi da esproprio od asservimento delle aree agricole (che, ieri come oggi, vengono regolati sulla base del rinvio all'art. 16 L. n. 865 del 1971) e sono pertanto richiami privi della benché minima pertinenza.».

Era poi Cass. 14 luglio 2009, n. 16414 a ritenere che la scelta del legislatore di suddividere le aree in due sole categorie, costituite la prima da quelle edificabili, e l'altra da tutte le rimanenti non solo era pienamente conforme alla giurisprudenza costituzionale(Corte cost.n. 261/1997) ma lasciava intatta la possibilità di ottenere un indennizzo comunque agganciato al concreto pregiudizio sofferto dall'ablazione dell'area per effetto di meccanismi differenziati che a loro volta tengono conto di una serie di elementi (titolo II della L. 22 ottobre 1971, n. 865 per la parte ancora in vigore), le cui applicazioni non restano comunque sottratte al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'amministrazione e al potere di applicazione del giudice ordinario.

**Note:**

(37) La sentenza è stata pubblicata anche da questa *Rivista*, 2006, 7, 929 con nota di R. Conti. La sentenza *Scordino* è stata seguita da altre conformi decisioni che pure Corte cost. n. 181/2011 ricorda. Sul tema v., volendo, R. Conti, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, 155 ss.

(38) Cfr. Cass.20543/2008, in questa *Rivista*, 2008, 11,1535, con commento di R. Conti, *Sugli espropri la prescrizione si avvicina a Strasburgo*.

(39) Per riferimenti al tema sia consentito il rinvio a R. Conti, *Espropriazione legittima e illegittima: il giudice nazionale "multilivello" alla ricerca dell'arca*, in questa *Rivista*, 2006,7,948 ss.

Era ancora Cass. n. 17672/2009 a ritenere che l'art. 16 contenesse "parametri di valutazione diretti, oggettivi e concreti" che escludevano il riferimento al valore di mercato.

Chiamata infatti a scrutinare incostituzionalità del criterio di determinazione della indennità di espropriazione mediante il riferimento al valore agricolo medio per violazione dell'art. 42 Cost., dell'art. 117 Cost., comma 1, e dell'art. 3 Cost." per essere il criterio del valore agricolo medio, seguito dalla sentenza per determinare la giusta indennità, contrastante con il principio per il quale la stessa indennità deve essere pari al valore di mercato del bene abitato, affermato dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, con riferimento ai terreni aventi vocazione edificatoria, Cass. S.U. n. 22753/2009 ribadiva le considerazioni recentemente già svolte sulla questione specifica da Cass.n. 16414/2009, ritenendole attuali «tenuto presente che le pronunce di costituzionalità invocate dai ricorrenti (Corte cost. 24 ottobre 2007 nn. 348 e 349) sono state rese con riguardo alla eventualità siano oggetto di espropriazione aree edificabili.»

Il diritto vivente della Cassazione era quindi univocamente orientato a ritenere non solo «...conforme alla Carta costituzionale, la distinzione dei suoli in sole due categorie (quella dei terreni edificati e quella dei terreni agricoli)», ma anche «...che per i terreni agricoli la norma positiva, lungi dal prevedere un indennizzo (in caso di espropriazione) irrisorio e in alcun modo ancorato ai valori di mercato, non solo detta una puntuale disciplina diretta all'annuale adeguamento dei valori agricoli medi, ma prevede - altresì - che detti valori siano impugnati nelle competenti sedi allorché erroneamente attribuiti». È in questo contesto che si inseriscono le ordinanze di rimessione che alcune Corti di appello avevano indirizzato alla Corte costituzionale, sottolineando l'irrazionalità del meccanismo normativo che sganciava la quantificazione dell'indennizzo espropriativo per le aree non edificabili non coltivate dal valore reale del bene.

Ad avviso delle rimettenti-Corte di appello di Napoli e Corte di Appello di Lecce - la normativa censurata (40), prevedendo un criterio di determinazione dell'indennità di esproprio, per i suoli agricoli e per quelli non edificabili, astratto e predeterminato (qual è quello del valore agricolo medio della coltura in atto o di quella più redditizia nella regione agraria di appartenenza dell'area da espropriare), del tutto svincolato dalla considerazione dell'effettivo valore di mercato dei suoli medesimi e tale da non assicurare all'avente diritto il versamento di un in-

dennizzo integrale o, quanto meno, "ragionevole", si porrebbe in contrasto con l'art. 1, primo protocollo, allegato alla CEDU (41).

La Corte, dopo avere chiarito che in relazione al "diritto vivente" la questione di legittimità costituzionale doveva intendersi rivolta non solo nei confronti dell'art. 16 commi quinto e sesto della l.n. 865, ma anche del successivo art. 15, primo comma, secondo periodo come modificato dalla l.10/1977, che con la prima costituiva un *unicum* inscindibile e complementare, ha quindi rilevato che la giurisprudenza della Corte europea relativa all'indennizzo espropriativo, pur riguardando aree edificabili, non per questo non doveva applicarsi anche ai suoli agricoli ed a quelli non suscettibili di classificazione edificatoria, riferendosi l'art. 1 del primo protocollo della CEDU con previsione chiaramente generale ai beni, senza operare distinzioni in ragione della *qualitas rei*.

Anzi, secondo la Corte «non è ravvisabile alcun motivo idoneo a giustificare...un trattamento differenziato, in presenza di un evento espropriativo, tra i suoli di cui si tratta (edificabili, da un lato, agricoli o non suscettibili di classificazione edificatoria, dall'altro)» risultando quale tratto comune dell'indennizzo espropriativo il «valore di mercato (o venale) del bene abitato». Tale punto di riferimento, proseguono i giudici costituzionali, «...non può variare secondo la natura del bene, perché in tal modo verrebbe meno l'ancoraggio al dato della realtà postulato come necessario per pervenire alla determinazione di una giusta indennità.» Per tal motivo la disomogeneità fra aree edificabili e quelle agricole o non edificabili non elide, anche per i suoli agricoli o non edificabili «l'esigenza che l'indennità si ponga "in rapporto ragionevole con il valore del bene"».

I precedenti "giudicati" della Corte costituzionale - sent.n. 261/1997 e sent.n. 1165/1988 - che avevano

#### Note:

(40) Art. 5-bis, comma 4, del d.l. n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992 che, per la determinazione dell'indennità di espropriazione relativa alle aree agricole ed a quelle non suscettibili di classificazione edificatoria, rinvia alle norme di cui al titolo secondo della legge n. 865 del 1971, successive modificazioni e integrazioni (art. 16, commi quinto e sesto, di detta legge, come sostituiti dall'art. 14 della legge n. 10 del 1977).

(41) La disposizione stabilisce che l'indennità di espropriazione, per le aree esterne ai centri edificati di cui all'art. 18, è commisurata al valore agricolo medio annualmente calcolato da apposite commissioni provinciali, valore corrispondente al tipo di coltura in atto nell'area da espropriare (comma quinto); ed aggiunge che, nelle aree comprese nei centri edificati, l'indennità è commisurata al valore agricolo medio della coltura più redditizia tra quelle che, nella regione agraria in cui ricade l'area da espropriare, coprono una superficie superiore al 5 per cento di quella coltivata della regione agraria stessa (comma sesto).

ritenuto pienamente conforme il quadro normativo con l'art. 42 Cost. non costituiscono ostacolo all'accoglimento della questione sollevata sulla base di un parametro costituzionale diverso-art. 117 primo comma Cost. - entrato in vigore con la riforma del Titolo V della Costituzione, successiva alla sentenza appena evocata.

Secondo la Corte, il valore tabellare medio prescinde dall'area oggetto del procedimento espropriativo, ignorando ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene. In tal modo la valutazione del fondo omette di tenere in considerazione «le caratteristiche di posizione del suolo, il valore intrinseco del terreno (che non si limita alle colture in esso praticate, ma consegue anche alla presenza di elementi come l'acqua, l'energia elettrica, l'esposizione), la maggiore o minore perizia nella conduzione del fondo e quant'altro può incidere sul valore venale di esso». L'astrattezza del criterio valutativo elude il «ragionevole legame» con il valore di mercato, «prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il «serio ristoro» richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte».

Per questo motivo, a giudizio della Corte costituzionale, l'assenza di un riferimento al valore di mercato del bene ablato impone la caducazione del quadro normativo esistente, pur chiarendosi che il legislatore - al di fuori delle espropriazioni c.d. isolate - potrebbe adottare dei correttivi in diminuzione in guisa da garantire il «giusto equilibrio» tra l'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui, ma non completamente elidere il riferimento di base a detto valore di mercato. Da qui l'incostituzionalità delle disposizioni già ricordate per contrasto con l'art. 117 primo comma Cost. e con l'art. 42 Cost. (42).

Non è questa la sede per scendere nel dettaglio delle questioni aperte dalla sentenza n. 181/2011, essenzialmente correlate sia alla sorte delle maggiorazioni e delle indennità aggiuntive di cui agli artt. 42, 40 comma 4, 37 comma 9 del d.P.R. 327/2001 che, più in generale, al più complesso esame delle incidenze della caduta del sistema del VAM sul bipolarismo edificabilità-inedificabilità dell'indennità di esproprio delle aree non edificabili - fieramente professato da Cass.n. 18314/2007 (43) - sulla nozione di edificabilità e sulla equiparazione tra aree agricole e aree inedificabili (44).

D'altra parte, la perdurante efficacia dell'art. 40 comma 1 dpr ult.cit. potrebbe essere ancora interpretata in modo da giustificare una perdurante valenza del principio che esclude per le aree utilizzate

o utilizzabili per attività extra agricole l'incidenza della loro possibile o effettiva utilizzazione per attività diverse da quelle agricole. Il che, a dire il vero, snaturerebbe gli effetti e, probabilmente, la *ratio* della sentenza n. 181/2011

### **Corte cost.n. 236/2011: l'irretroattività della disciplina che regola la prescrizione (in melius) dei reati e la sua conformità all'art. 7 CEDU**

Sulle colonne di questa *Rivista* avevamo dedicato un commento a due voci a Corte cost.n. 393/2006 (45). Il giudice delle leggi, chiamato a sindacare sulla legittimità di una disposizione che impediva l'applicazione delle norme in tema di prescrizione ai procedimenti che fossero giunti in fase dibattimentale, aveva preso atto del fatto che nell'ordinamento positivo il principio della retroattività della legge più favorevole codificato nel codice penale non ha copertura costituzionale. Ma non ritenne che l'analisi della questione potesse esaurirsi alla stregua del diritto positivo interno. La circostanza che la Costituzione non contempla tale principio non ne elide la portata *fondamentale* alla stregua della regolamentazione che a livello internazionale e comunitario viene riconosciuta al medesimo principio. Le norme contenute nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York (art. 15) e nella Carta dei diritti fondamentali (art. 49) divennero strumenti normativi dai quali il giudice costituzionale non poteva prescindere per considerare la portata di un precetto interno che trova, in quegli stes-

#### **Note:**

(42) La Corte, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 ha poi dichiarato l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell'art. 40, commi 2 e 3, del d.P.R. n. 327 del 2001, recante la nuova normativa in materia di espropriazione per le aree non coltivate che riproduce quella dichiarata in contrasto con la Costituzione. Tale estensione, tuttavia, non ha riguardato il comma 1 dell'art. 40 concernente l'esproprio di un'area non edificabile ma coltivata stabilendo che l'indennità definitiva è determinata in base al criterio del valore agricolo, tenendo conto delle colture effettivamente praticate sul fondo e del valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola. Secondo la Corte, la mancata previsione del valore agricolo medio e il riferimento alle colture effettivamente praticate sul fondo consentono una interpretazione della norma costituzionalmente orientata, peraltro demandata, dice la Corte costituzionale, ai giudici ordinari.

(43) In *Foro amm.*, 2007, 3376.

(44) V., di recente, R. Gisondi, *Tertium genus e vocazione edificatoria dopo la sentenza 181/2011*, in <http://www.esproprioonline.it>

(45) Cfr R. Conti., G. Rizzo, *Il new deal di Corte cost.n. 393/2006 sui rapporti fra ordinamento interno, norme di diritto internazionale e principi generali dell'ordinamento comunitario*, in questa *Rivista*, 2007, 4, 577.

si strumenti, un riconoscimento *particolare*. La circostanza che tali fonti sovranazionali abbiano attribuito una valenza forte a tale principio «incide sul tipo di sindacato che la Corte deve operare quando ad esso la legge voglia derogare». Da qui la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. dell'art. 10, comma 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 per contrasto con l'art. 3 Cost.

A distanza di qualche anno, la Corte europea dei diritti umani, con la sentenza *Scoppola c. Italia* (46), resa il 17 settembre 2009 della Grande Camera della, affrontando il principio della retroattività della legge *mitior* "capovolgeva" in modo radicale la propria precedente giurisprudenza - sfavorevole a considerare tale principio come inglobato nell'art. 7 CEDU - attraverso una nuova interpretazione della cennata disposizione che si dice più conforme allo spirito del tempo, giungendo a considerare come incorporato nel principio *nullum crimen nulla poena sine lege* quello della legge *mitior* (47).

Il giudice europeo utilizzava la *dottrina del consenso* per dire che l'ormai sedimentato quadro normativo nel diritto internazionale (Statuto della Corte penale internazionale), nei paesi membri - art. 2 cod. pen. italiano; Cassazione francese) ed anche nel diritto dell'Unione europea - ivi compresa la Carta di Nizza/Strasburgo - ed addirittura nel diritto nordamericano (Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo) e delle Nazioni Unite (Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici), induceva a ritenere opportuna una certa interpretazione dell'art. 7 CEDU che va oltre il significato semantico delle espressioni ivi utilizzate. In questa prospettiva veniva ricordata la sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia *Berlusconi e altri* del 3 maggio 2005 - unitamente ad altre pronunzie del giudice di Lussemburgo - ed anche una sentenza della Cassazione francese che aveva a sua volta evocato la vicenda *Berlusconi* sul falso in bilancio

Corte cost.236/2011 torna sull'argomento per escludere che i risultati raggiunti da Corte cost.n. 393/2006 e, soprattutto, da Corte dir.uomo 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* sul principio di retroattività della norma penale più favorevole possano incidere sulla normativa interna - ancora una volta art. 10 comma 3 l.n. 251/2005-, nella parte in cui esclude la possibilità di applicare i termini di prescrizione più favorevoli ai giudizi in grado di appello.

Corte cost.n. 236/2011, come era stato preconizzato (48), usa ancora una volta la teoria del *distinguishing* per escludere la fondatezza della questione prospettata dalla Cassazione. Viene infatti per la prima vol-

ta fatto chiaro e specifico riferimento al carattere casistico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo (49). In questa direzione non può non cogliersi l'affermazione per cui «... la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Scoppola* resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata». Tale premessa consente così alla Corte costituzionale di chiarire due vicende capaci di ridurre la capacità di penetrazione della giurisprudenza della Corte dei diritti dell'Uomo nell'ordinamento interno.

Ora, la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, secondo Corte cost.n. 236/2011, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione dal giudice costituzionale, nel momento in cui questi è chiamato a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno ed a esaminare la legittimità costituzio-

### Note:

(46) Su cui v. G. Ichino, *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione delle Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, 841. V. anche G. Marco, *Il "caso Scoppola": per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, 5, 2020 ss. V. anche M. Gambardella, *Il caso "Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, 2023.

(47) V.F. Mazzacuva, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in AA. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 426 ss. che parla, condivisibilmente, di *overruling* del giudice di Strasburgo.

(48) A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata*, cit., p. 14 del dattiloscritto: «... una cosa è la fedeltà ai verdetti emessi a Strasburgo che possano propriamente fregiarsi del titolo di atti espressivi di un "indirizzo" ormai chiaramente formato e stabilmente consolidato ed altra cosa l'allineamento rispetto a pronunzie non ancora espressive di "diritto vivente", tutt'al più di un "indirizzo" ancora *in progress*, suscettibile di essere variamente precisato e corretto (quali poi possano essere gli indici attendibili comprovanti l'esistenza del diritto in parola è altra, generale questione, di cruciale rilievo, sulla quale nondimeno non è possibile qui intrattenersi). Non escluderei che proprio su ciò possa un domani far leva la Consulta per acconsentire a taluni moderati scostamenti dagli orientamenti affermati in isolate decisioni della Corte europea, magari allo scopo di evitare di dover quindi far luogo a quel riscontro d'incompatibilità di norme convenzionali "viventi" rispetto alla Costituzione, di cui un momento fa si diceva. Non si trascurino inoltre le non comuni, raffinate risorse di cui la Corte italiana, al pari peraltro di altre, dispone nell'intento di dimostrare la diversità di questioni apparentemente identiche, allo scopo di non doversi allineare a precedenti imbarazzanti. La selezione dei casi per effetto della tecnica del *distinguishing* può offrirsi come una comoda via di fuga che dia modo alla nostra Corte di sottrarsi al disagio di dover dichiarare l'incostituzionalità di una norma convenzionale».

(49) Cfr. R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 242 ss.

nale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio.

La Corte, infatti, ribadisce di non potersi sostituire nell'interpretazione di una disposizione della CEDU a quanto operato dalla Corte di Strasburgo, potendo tuttavia «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano.

Essa ricorda che la sentenza n. 393 del 2006, in linea con i precedenti dello stesso giudice costituzionale, non aveva attribuito al principio di retroattività della *lex mitior* una valenza costituzionale. E tuttavia, a quel canone la Consulta aveva riconosciuto un valore rinforzato ed autonomo anche attraverso il riferimento alla normativa internazionale ed eurounitaria, anche evocando la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La circostanza che in epoca successiva la Corte di Strasburgo abbia anch'essa inserito il principio di retroattività della norma più favorevole tra le garanzie sancite dall'art. 7 CEDU non ha tuttavia prodotto l'effetto di mutare il contenuto di tale principio a livello interno.

Secondo il giudice delle leggi, in definitiva, detto principio non si attegga come assoluto e inderogabile al pari di quello di non retroattività delle norme penali di sfavore essendo possibile, in presenza di particolari ragioni giustificative, l'applicabilità della disposizione meno favorevole che era in vigore quando il reato è stato commesso, o comunque l'introduzione di limiti alla regola della retroattività *in mitius*.

Per giungere a tale conclusione la Corte costituzionale, aderendo alla dottrina che si era sforzata di intravedere i limiti della sentenza *Scoppola* della Grande Camera (50) e proseguendo nello sforzo espresso da Corte cost.n. 394/2006, procede ad una rilettura della giurisprudenza della Corte europea, sottolineando che i principi espressi dalla sentenza *Scoppola* sull'art. 7 riguardavano solamente le norme penali sostanziali, e in particolare le disposizioni che influiscono sull'entità della pena da infliggere.

Per questo, «...Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Scoppola* resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Stra-

burgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio.»

Secondo la Corte costituzionale il giudice di Strasburgo «...Nulla ... ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività *in mitius* subisca deroghe o limitazioni».

E benché la stessa Corte chiarisca che tale aspetto non era stato considerato dalla Corte europea-«... che non aveva ragione di considerare, date le caratteristiche del caso oggetto della sua decisione» - essa stessa si perita di sottolineare che secondo Strasburgo tale principio non era destinato ad operare quando si fosse formato un giudicato, facendosi ivi esclusivo riferimento a «leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva»). Precisa, ancora, Corte cost.n. 236/2011 che «la sentenza *Scoppola*, anche se in modo non inequivoco, induce a ritenere che il principio di retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato dalla Corte europea all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni.»

La Corte costituzionale è così passata ad un esame testuale della giurisprudenza CEDU, ritenendo che il riferimento alla legge più favorevole introdotta dopo la commissione del fatto ma prima della sentenza provverebbe che secondo quel giudice lo stesso principio non può operare quando il mutamento *in melius* “non” riguardi la quantificazione della pena.

Nel tentativo di chiarire ulteriormente il proprio pensiero, Corte cost.n. 236/2011 afferma che “...qualora vi sia una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile, la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo, specie quando, come è avvenuto nel caso in esame, fattispecie incriminatrice e pena siano rimaste immutate.”

Non sarebbe dunque “arbitraria” la conclusione che il riconoscimento da parte della Corte europea del principio di retroattività *in mitius* non abbia escluso la possibilità di introdurre deroghe o limitazioni alla sua operatività, quando siano sorrette da una valida giustificazione.

Secondo il giudice costituzionale il principio di retroattività della *lex mitior* presuppone un'omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le

**Nota:**

(50) V. Manes, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo «multilevel»*, in *Quaderni costituzionali*, II, 2007, 374.

disposizioni che si succedono nel tempo, come risulta confermato dalla deroga posta dal quinto comma dell'art. 2 c.p. Dato normativo, quest'ultimo, che confermerebbe come il principio di retroattività della legge favorevole non può essere senza eccezioni. Proprio la diversità di contesti aveva giustificato la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005, mentre successivamente ed il rigetto - sentenza n. 72 del 2008 - della questione con riferimento ai «processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di Cassazione».

Ulteriore ragione tranciante circa la possibilità di ritenere rilevanti i principi espressi dalla sentenza Scoppola è stata rappresentata dal fatto che la normativa sopravvenuta, incidendo sul termine di prescrizione, non riguardava la pena e, dunque, non era regolata dall'art. 7 CEDU quanto al principio di retroattività della *lex mitior*, valevole per le sole «disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono» (decisione 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*; nello stesso senso, sentenza 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*) come pure si desume dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'art. 49 della Carta di Nizza, non riferibili a qualsiasi disposizione penale, ma solo alla «legge [che] prevede l'applicazione di una pena più lieve».

Del resto, la sentenza Scoppola riguardava proprio una questione relativa alla pena, e non è senza significato che, nel richiamare la precedente e consolidata giurisprudenza sull'art. 7 CEDU e sulla sua portata, la Corte europea abbia avvertito l'esigenza di chiarire la nozione di pena cui fa riferimento la citata norma convenzionale, specificando che si tratta della misura che viene «imposta a seguito di una condanna per un reato», e non di qualsiasi elemento incidente sul trattamento penale.

In definitiva, la Corte ha ritenuto che il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità. Da qui il rigetto della questione di costituzionalità sollevata dalla Cassazione.

### **Il matrimonio con straniero irregolare: Corte cost. n. 245/2011**

Quando ci accingevamo a concludere il commento alle 4 sentenze giù segnalate è giunta, a luglio inoltrato, Corte cost. n. 245/2011 - di prossima pubbli-

cazione per esteso su questa Rivista - che, accogliendo i rilievi espressi dal Tribunale di Catania, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 116, comma 1 c.c. come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94 limitatamente alle parole «nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano», rilevando come la limitazione al diritto di contrarre matrimonio introdotta per i cittadini extracomunitari dal c.d. pacchetto sicurezza si pone, fra l'altro, in contrasto con le disposizioni convenzionali della giurisprudenza della Corte dei diritti umani. La Corte europea - Corte dir.uomo 14 dicembre 2010, *O'Donoghue c. Regno Unito*-aveva in effetti già espresso l'affermazione secondo cui la previsione di un divieto generale, senza che sia prevista alcuna indagine riguardo alla genuinità del matrimonio, è lesiva del diritto di cui all'art. 12 CEDU, dando vita ad una generale preclusione a contrarre matrimonio a carico di stranieri extracomunitari non regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato.

Non si intende qui esaminare *funditus* la questione già ampiamente arata dalla più accorta dottrina proprio all'indomani del varo delle disposizioni varate nel luglio 2009 (51).

Merita, piuttosto, di essere anche solo velocemente sottolineato il percorso virtuoso compiuto dal giudice delle leggi proprio sulla base di una davvero nitida, esaustiva e stimolante ricostruzione dei «principi» violati operata dal giudice rimettente.

Ed infatti, il compendio delle disposizioni costituzionali evocate dal Tribunale di Catania - artt. 2, 3, 29, 31 e 117 primo comma Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 12 CEDU) - mostrava come fosse forte nel rimettente l'idea che il diritto a contrarre matrimonio assurgesse a diritto fondamentale «dell'uomo» da assicurare «senza distinzione di sorta» e che l'art. 116 c.c. avesse irragionevolmente imposto una pesante limitazione della libertà matrimoniale tanto a carico degli stranieri irregolari che degli italiani che con queste intendevano coniugarsi. In definitiva, per il collegio siciliano lo *status* di regolare sotteso alla facoltà di contrarre matrimonio appariva discriminatorio in quanto legato ad una mera condi-

#### **Nota:**

(51) V. sul punto, P. Morozzo della Rocca, *I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ.*, in *Fam. e dir.*, 2009, X, 945; Citti W. (a cura di), *Il nuovo art. 116 del c.c. dopo l'entrata in vigore della legge n. 94/2009 e la condizione di regolarità del soggiorno del cittadino extracomunitario ai fini della capacità matrimoniale in Italia. Dubbi di compatibilità della normativa con il diritto comunitario, costituzionale e gli obblighi internazionali di cui all'art. 12 della CEDU*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

zione personale e non all'esigenza di salvaguardia di altri valori costituzionali rilevanti di pari grado.

È così interessante notare come la risposta del giudice costituzionale, ampiamente confermativa dell'impianto argomentativo proposto dal giudice remittente, si sia virtuosamente arricchita del precedente della Corte europea già ricordato, giunto successivamente all'ordinanza di rimessione, più che mai capace di smentire le voci di chi non aveva colto nel precetto di cui all'art. 12 CEDU alcun elemento utile per confermare la distonia dell'art. 116 c.c. con il diritto fondamentale dell'uomo - cittadino, straniero regolare e non - a contrarre matrimonio (52).

Corte cost.n. 245/2011, in definitiva, approfondendo la prospettiva tracciata da Corte cost.n. 61/2011, conferma che il godimento dei diritti fondamentali non può essere negato agli stranieri neppure se irregolari o clandestini, non potendosi nemmeno giustificare, nello specifico, una limitazione al diritto dello straniero a contrarre matrimonio in Italia in ragione del pericolo dei matrimoni di comodo ai quali la disciplina ordinaria interna aveva già dedicato particolare attenzione.

La limitazione automatica, generale ed indiscriminata al diritto a contrarre matrimonio finisce col configgere, così, con il nucleo dei diritti riconosciuti a *tutti gli uomini*. Così facendo, la Corte costituzionale sembra affermare che quello alle nozze sia un *super diritto* che può incontrare limitazioni meno incisive di quelle riconosciute ad altri valori, in questo modo confermando l'esistenza di un *nucleo duro* di diritti che la dottrina (53) non ha mancato di criticare proprio in ragione della difficoltà di individuare una "scala" di valori tutti fondamentali per l'uomo.

#### Quattro conclusioni non definitive...

Orbene, non resta, a quasi 4 anni dalle "prime" sentenze gemelle (54) ed a meno di due anni dalle "secondo sentenze gemelle" (55) della Corte costituzionale, che delineare qualche considerazione (solo *in progress*) sulle sentenze che si è qui cercato di esaminare, pur con i limiti rappresentati dall'unicità del commento e dalla varietà delle materie trattate.

La prima è destinata a nuovamente scandagliare i rapporti fra giudice comune e Corte costituzionale. La Corte costituzionale va sempre di più assurgendo a protagonista (quasi assoluta) del processo di attuazione dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU.

Questa posizione di *primato* rispetto al giudice comune è stata dallo stesso giudice costituzionale for-

temente voluta sulla base di una lettura delle disposizioni costituzionali - artt.2,10,11,117 primo comma Cost. - che in altra sede si è cercato di considerare criticamente, sommessamente prospettando una possibile "lettura alternativa" di tali disposizioni (56) che la dottrina più accorta e persuasiva ha da tempo finemente tratteggiato (57).

Allo stato si può soltanto considerare che la posizione del giudice costituzionale non sembra in alcun modo in grado di paralizzare un assai commendevole attivismo giudiziario soprattutto della Cassazione penale, tutto proteso a scardinare uno dei più significativi postulati fissati dalla Corte, rappresentato dalla natura subcostituzionale delle norme CEDU e dalla loro incapacità a costituire parametro direttamente ed immediatamente precettivo per l'operatore interno.

In questa direzione, ancora dopo Corte cost.n. 113/2011 le Sezioni Unite penali della Cassazione (sent.n. 27918 del 14 luglio 2011) hanno icasticamente prospettato la capacità delle norme CEDU di costituire direttamente ed immediatamente parametro immediatamente vincolante per il giudice comune.

In tale prospettiva, affrontando il tema della rilevanza delle dichiarazioni rese da un testimone fuori dal dibattimento (58), Cass.n. 27918/2011 ha riconosciuto che l'art. 6 CEDU integra "una norma specifica e dettagliata, una vera e propria *regola di diritto* - recepita nel nostro ordinamento tramite l'ordine

#### Note:

(52) Secondo S. Rossi, *Il matrimonio "clandestino" e la Corte costituzionale*, in [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0236\\_rossi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0236_rossi.pdf), 4, l'elaborazione della giurisprudenza della CEDU non consentiva di «... desumere indicazioni pregnanti sull'illegittimità della preclusione alla celebrazione del matrimonio fondata su qualità estranee al cosiddetto statuto matrimoniale».

(53) Ruggeri A., *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, Testo rielaborato e corredato di una bibliografia essenziale di una relazione svolta al Convegno su La tutela e i diritti della persona, migrante, a cura dell'UGCI, Messina 27 maggio 2011, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

(54) Sulle quali v. R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 73 ss.

(55) R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit.,92; Id., *Corte costituzionale e CEDU:qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in questa *Rivista*, 2010, 5, 624.

(56) R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit.

(57) A..Ruggeri, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

(58) Il tema è stato già affrontato in R..Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.,317 ss.

di esecuzione contenuto nell'art. 2 della legge 4 agosto 1955 n. 848-”.

Nel far ciò il giudice di legittimità ha ritenuto di dovere precisare che tale disposizione, “essendo stata recepita con un atto avente forza di legge, ha anch'essa, quanto meno, forza e valore di legge”. Tale affermazione non è finalizzata a contestare la capacità della medesima disposizione di farsi *anche sotto altri profili* parametro di costituzionalità ossia da norma interposta, ai sensi dell'art. 117 primo comma Cost. Ecco perché l'art. 6 CEDU, secondo le Sezioni Unite, non è una norma principio, generica ed aspecifica e dunque insuscettibile di automatica ed immediata applicazione da parte del giudice, ma si atteggia, piuttosto, come disposizione “specificata e dettagliata dalla giurisprudenza della Corte EDU, «sicché non vi sono ostacoli alla sua immediata operatività ed alla sua diretta applicabilità da parte del giudice italiano».

Nel fare tale affermazione le Sezioni Unite hanno significativamente richiamato la sentenza *Polo Castro* del 23 novembre 1988 con la quale le stesse Sezioni Unite penali avevano poste le basi dell'immediata efficacia della norma CEDU e della sua capacità di prevalere sulle disposizioni nazionali con la stessa contrastanti.

Ora, il richiamo di tale precedente - già espresso nella sentenza *Somogyi* come nel *poker* di sentenza delle Sezioni Unite civili in tema di Legge Pinto-redatte da Ernesto Lupo (59) - non sembra volere creare una frattura visibile fra Corte di legittimità e giudice delle leggi rispetto ai meccanismi di operatività della disposizione CEDU nel sistema utilizzando (in apparenza) la Corte di Cassazione tali principi solo per confermare che il giudice comune ha l'obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme alla CEDU.

È, però, il meccanismo dell'interpretazione convenzionalmente conforme che le Sezioni Unite utilizzano, *apertis verbis*, in modo estremamente ampio, ritenendo pienamente ortodosso il ricorso al canone ermeneutico anche se esso realizza l'ampliamento delle ipotesi di inutilizzabilità probatoria delle dichiarazioni rese in contraddittorio attraverso il parametro rappresentato dalla norma convenzionale per come interpretata dalla Corte europea dei diritti umani.

Sostengono sul punto le Sezioni Unite che quando il tessuto letterale di una disposizione si limita a disciplinare un evento, ma “non esclude” che gli stessi effetti possano valere anche per ipotesi dalla stessa disposizione non contemplate, desumibili in via interpretativa dalle norme o dai principi in materia

o da norme comunque operative nell'ordinamento, non è vietato, ma è anzi dovuto da parte del giudice comune il tentativo di integrare il contenuto precettivo della disposizione interna in modo da renderlo conforme al quadro convenzionale.

In questo modo il principio di precauzione e l'esistenza di una disposizione convenzionale attuata anche attraverso l'art. 111 Cost. riformato, consente il pieno dispiegarsi della tutela offerta dalla norma convenzionale che consente a quella interna di garantire in modo pieno ed efficace i diritti CEDU. Ciò a dimostrazione dell'ormai avviato processo, lento ma inesorabile nel quale il giudice di legittimità vuole disegnarsi il ruolo che gli compete nel terzo millennio, appunto proteso ad omogeneizzare ed armonizzare il diritto interno ai canoni sovranazionali ai quali l'Italia ha convintamente aderito.

Posizione e ruolo che mal si conciliano con una visione “gerarchica” fra Corte delle leggi e Cassazione. In questa direzione, illuminanti appaiono le riflessioni del Primo Presidente della Corte di Cassazione espresse in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011 quando egli sottolinea come «... l'attuale dimensione ordinamentale, più che sul classico rapporto di gerarchia (di norme e di ordinamenti), è più strutturata su quello della integrazione, che coinvolge soggetti pubblici e privati, istituzioni ed imprese, ma, soprattutto, Corti e Giudici». In questa prospettiva Ernesto Lupo coglie in maniera nitida «... L'impossibilità di continuare a configurare i rapporti tra ordinamenti in termini gerarchici» e, per converso, la necessità di creare «... strumenti di cooperazione, che consentano il dialogo, la circolazione di strumenti, la condivisione delle soluzioni». E dunque, «... Le Corti ed i Giudici, e fra essi, per l'Italia, non solo la Corte Costituzionale ma anche i giudici di merito e, soprattutto, la Corte di Cassazione, hanno rappresentato e rappresentano un fattore decisivo di incontro e di dialogo, di condivisione, di integrazione e di cooperazione». La piena consapevolezza che «... I giudici interni non solo rappresentano l'anello centrale della catena interpretativa nella tutela dei diritti, ma sono sempre più al centro dello scenario giuridico europeo» spinge il Primo Presidente a ritenere che «è sul fronte dell'adeguata applicazione del diritto dell'Unione e del diritto CEDU che bisognerà continuare a impegnarsi, perché l'integrazione che passa attraverso la

---

#### Nota:

(59) Sulle quali v., volendo, il commento di R. Conti in questa *Rivista*, 2004,5,600, *CEDU e diritto interno: le Sezioni Unite si avvicinano a Strasburgo sull'irragionevole durata dei processi*.

tutela giurisdizionale prosegua il proprio inarrestabile cammino».

La straordinaria carica di attualità della posizione espressa dal Primo Presidente della Cassazione ha trovato, anche recentemente, piena ed autorevole conferma nella Conferenza di Izmir del 27 aprile 2011 sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo che, conclusasi con una Dichiarazione adottata dai partecipanti alla Conferenza (60), ha invitato il Comitato dei Ministri e la Corte europea dei diritti dell'uomo a prendere in seria considerazione la necessità di introdurre un meccanismo di rinvio fra Corti supreme e Corte di Strasburgo del quale avevano già parlato il gruppo di Saggi nominati dal Consiglio d'Europa per valutare gli effetti dei meccanismi di controllo della Corte dei diritti dell'uomo e del Protocollo n. 14 aggiunto alla CEDU (61).

Proprio i Saggi avevano proposto la possibilità di recepire un meccanismo (*advisory opinions*) che ha qualche assonanza col rinvio pregiudiziale esistente nell'ambito dei rapporti fra giudici nazionali e Corte di Giustizia.

Valuterà dunque il lettore quanto il costrutto delle Sezioni Unite penali - Cass.n. 27918/2011 - sia pienamente rispettoso dei principi espressi dalla Corte Costituzionale a partire dalle "prime" sentenze gemelle fino alla pronunzie qui segnalate.

Resta in ogni caso la sensazione che, al di là delle strade praticate, il tema dell'efficacia diretta dei diritti umani nell'ordinamento interno appare ormai inarrestabile proprio in ragione del suo carattere assolutamente speciale e peculiare.

Ed è proprio la CEDU, in virtù del particolare valore attribuito alla vita umana ed ai presidi stabiliti a sua tutela dal diritto consuetudinario e convenzionale, a dimostrarsi capace non solo di derogare ai principi generali dell'ordinamento internazionale, ma anche di porsi come strumento di protezione universale dei diritti umani di "tutti i cittadini del mondo" (62) contro arbitri e violazioni da parte di uno dei 47 Paesi e di imporsi immediatamente e direttamente negli ordinamenti nazionali, ponendo delle incisive limitazioni alla sovranità-malgrado quanto affermato dalla Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n. 188 del 1980 sino a cc.dd gemelle del 2007 ed alla sentenza n. 80 del 2011 (63) - dei Paesi membri (64).

In definitiva, il canone dell'interpretazione conforme ai valori umani fondamentali indirizza gli ordinamenti verso le giurisdizioni e la loro capacità di farsi artefici e primi tutori della tutela di siffatti valori nei loro Paesi (65).

Nel già ricordato caso *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009 si legge, infatti, ai punti 100 e 101 della motivazione, che «in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione» ed aggiunge che «la funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme». Affermare, allora, come fa la Corte dei diritti umani che «è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto *fonte di diritto*, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale» non è unicamente *verità banale* (66), come scriveva Cappelletti.

Esce così ulteriormente confermata la centralità del ruolo dell'interpretazione giudiziale (67), per cui è profondamente vero che nell'attuale condizione i diritti fondamentali tendono a trovare condizione e sviluppo *prevalentemente* nell'opera giudiziaria e non

**Note:**

(60) In [http://www.coe.int/t/dc/press/news/20110427\\_declaration\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dc/press/news/20110427_declaration_en.asp)

(61) In <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1063779&Site=CM>

(62) A..Cassese, *Sui diritti umani l'Europa detta legge*, in *La Repubblica*, 12 luglio 2011, 29, che ricorda Corte dir.uomo 7 luglio 2011 *Al Jedda c.Regno Unito* (ric. 27021/08) e Corte dir.uomo 7 luglio 2011 *Al Skeidi c.Regno Unito* (ric.n. 55721/07), espressive di un *revirement* nella giurisprudenza della Corte europea che ha esteso l'ambito di applicazione della CEDU ai cittadini degli Stati non contraenti che si trovano sottoposti all'autorità di un Paese contraente.

(63) V. diversamente, L..Salvato, *Profili problematici nell'identificazione dei poteri e dei compiti del giudice "comune" nel sistema di tutela dei diritti fondamentali*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato in memoria di Francesca Morvillo e Giovanni Falcone dalla formazione decentrata della Corte di appello di Palermo del CSM il 21 maggio 2011, sul tema *Trattato di Lisbona, Fonti sovranazionali e diritto interno*, in [www.csm.it](http://www.csm.it), p.8 e nota 31.

(64) Sia ancora consentito il rinvio a R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.,123 ss. e 137 sub nota 185.

(65) R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.,450, sub nota 8 e ss.

(66) M. Cappelletti, *Giudici legislatori?* Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e di Alessandro Pekelis, Milano, 1984.

(67) Cfr. da ultimo Carbone V., *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo:il diritto vivente*, in questa Rivista, 2011,2, 155.

tanto e solo nell'azione del legislatore o della Corte costituzionale (68).

In questa prospettiva, la lettura delle norme interne alla luce dei canoni fondamentali scolpiti nelle *Carte dei diritti fondamentali* rende sempre più marcato il convincimento che il diritto è sempre di più quello dichiarato nelle aule giudiziarie, all'interno delle quali si compiono continue operazioni di bilanciamento (69) e che nello Stato costituzionale l'asse giurisdizionale si è caratterizzato per un notevole rafforzamento (70). Se, come si è visto, vi è un'esigenza diffusa di fornire al destinatario della protezione dei diritti delle risposte sufficientemente precise alle proprie istanze di giustizia e se queste risposte non possono giungere (solo) dalla legge, l'esigenza di procedere ad un'interpretazione che chiarisce il senso della disposizione in relazione alle diverse fonti che devono trovare applicazione finisce con il diventare consustanziale all'operato del giudice (71). È poi chiaro che non ancora integralmente scandagliato appare il tema dell'interpretazione delle Carte internazionali che tutelano i diritti umani da parte dei giudici nazionali (72).

Ed anche alcune espressioni utilizzate dalla Corte costituzionale sembrano il frutto di posizioni ancora non definite né definitive, per un verso rivolte a ridurre l'ambito delle sentenze della Corte europea in ragione del loro carattere casistico (sent.n. 236/2011) (73) e, talaltra, a valorizzarne gli aspetti sistematici (sent.n. 181/2011). (74). Il che, in definitiva, chiama la dottrina ad ulteriormente approfondire i contenuti del "giudicato" che promana dalla Corte dei diritti umani (75).

Tutto ciò impone la seconda riflessione, incentrata sulla rivisitazione del concetto di certezza del diritto e sul ruolo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (76).

Per far ciò non si può che muovere da quanto la dottrina più acuta sul tema delle relazioni interordinamentali ha recentemente evidenziato, osservando lo sviluppo, tuttora in movimento, delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali sui rapporti fra ordinamento interno e CEDU (77).

In questa prospettiva, il tema del giudicato interno (78) che cede il passo alla giurisprudenza della Corte dei diritti umani altro non è se non la quasi ovvia reazione dell'ordinamento nazionale al mancato ri-

(69) R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 249 ss. e 254 ss.

(70) A. Ruggeri, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in "Itinerari" di una ricerca su I sistema delle fonti, XIII, Studi dell'anno 2009, Torino, 267: «se (...) il cuore pulsante dell'ordinamento, in ambito nazionale come pure in ambiti a questo trascendenti, è dato dal riconoscimento dei diritti fondamentali (...), non si vede come possa considerarsi ammissibile una ricostruzione dell'ordine delle fonti che faccia a meno del costante riporto delle fonti stesse (*rectius*, (...) delle *norme*) ai diritti e, in genere, ai principi fondamentali dell'ordinamento. Questa operazione, tuttavia, non può farsi *in vitro*, ma solo *in vivo*, ragionando appunto non già delle fonti (e dei loro rapporti) bensì delle *norme*.

(71) V. Carbone, *I giudici e la globalizzazione dei diritti e delle tutele*, in questa *Rivista*, 2011, 5, 676 ss.

(72) A proposito delle regole di interpretazione della CEDU v., volendo R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 214 ss. e 233 e ss.

(73) Ed invero, l'utilizzo del canone letterale operato da Corte cost.n. 236/2011 rispetto alla sentenza *Scoppola c. Italia* del Settembre 2009 non finisce di convincere allorché si è cercato di valorizzare elementi della motivazione chiaramente correlati al caso di specie, omettendo di individuare il "principio" che pure la Corte sembrava avere innovativamente tracciato rispetto al tema della retroattività della norma più favorevole. In questo senso, del resto, non si può dimenticare come la CEDU v. tra le tante, Corte dir. uomo 7 gennaio 2010 *Rantsev c. Cipro e Russia* (ric.n. 25965/04) - non manchi di sottolineare - che «finally, the Court reiterates that its judgments serve not only to decide those cases brought before it but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (...) Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout" the community of the Convention States».

(74) R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 249 ss. e 254 ss.

(75) cfr., ancora, P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi*, cit., 216 ss.

(76) R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 471, ss.

(77) A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani...ovverossia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere alla certezza dei diritti*, cit., par.2: "... Come dire che la certezza del diritto deve farsi da canto, nella scala costituzionale dei valori, davanti alla certezza dei diritti costituzionali, vale a dire alla loro effettività, quale risulta in forza dei riconoscimenti fatti a beneficio dei diritti stessi dalla Corte europea. E, poiché l'una certezza non è, se non col costo di una palese forzatura, separabile dall'altra, entrambe in realtà costituendo i due profili inautonomi di un solo valore nel quale si specchia l'unitario volto della Costituzione quale fonte primigenia dell'ordinamento, *norma normans* ma non *normata*, si potrebbe ancora meglio dire che il solo significato possibile, sensato, della certezza del diritto (anche costituzionale!) è quello che si rende tangibile attraverso la sua conversione (piena, senza condizioni) in certezza dei diritti fondamentali (e - può aggiungersi, seppure qui non rilevi specificamente - dei doveri inderogabili di solidarietà). V'è certezza del diritto, insomma, *fintantoché* e *dove* v'è garanzia dei diritti. "

(78) A. Ruggeri, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2010/12/ruggeri1.pdf>, par.7 del dattiloscritto.

### Note:

(68) G. Sorrenti, *La Costituzione "sottintesa"*, Relazione svolta al Seminario dal titolo *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 42 del dattiloscritto

spetto di un precipuo obbligo al quale tutte le Autorità interne sono chiamate a sottostare. Ed anche il superamento dei giudicati della Corte costituzionale sulle questioni non affrontate alla luce della CEDU - che pure emergono esaminando le relazioni tra Corte cost. n. 113/2011 e Corte cost.n. 129/2008 ed il *revirement* di Corte cost. n. 181/2011 rispetto a Corte cost. n. 261/2007 rispetto al tema del v.a.m. - trovano spiegazione in un movimento circolare che vede lo stesso giudice costituzionale dialogare con le Corti sovranazionali e rivedere i propri "giudicati" (79) in una prospettiva di implementazione dei diritti fondamentali che si gioca all'interno del perimetro costituzionale, così dimostrando la vivacità ed apertura della Costituzione e del suo Interprete principale ai diritti fondamentali a prescindere dalla fonte dalla quale gli stessi pro-manano (80)

La logica del "prendere o lasciare" la giurisprudenza della Corte europea che la Consulta continua a riaffermare con convinzione in ragione della "forza" del precedente della Corte di Strasburgo si stempera, silenziosamente, allorché la stessa Corte costituzionale si avvede di doversi discostare dai tracciati della giurisprudenza CEDU, attraverso variegate tecniche argomentative alcune delle quali, per come dimostrato da Corte cost.n. 236/2011, appaiono confermare quanto si era già espresso in passato in uno specifico approfondimento (81)..

La partita, sembra chiaro, continua a giocarsi fra le Corti nazionali con modalità ed intenti variegati.

La *scala reale* di sentenze della Corte costituzionale ribadisce principi già espressi in passato nelle sentenze gemelle affiancandone altri, pur sempre in linea con la postulata incapacità della norma della CEDU di produrre gli effetti di immediata applicabilità sul diritto interno ad essa contrastante.

L'approfondimento del tema del *distinguishing*, più che confermare la tesi sostenuta dalla Corte costituzionale, sembra rafforzare l'idea, già espressa in passato, che meglio di altri il giudice (comune) nazionale, all'interno del giudizio ad esso demandato, potrà e dovrà vagliare l'incidenza della normativa sovranazionale rispetto alla fattispecie concreta, potendo all'evidenza accadere che la norma interna vada interpretata ed applicata in relazione alla singola vicenda, in un modo che l'applicazione della norma interna non produca un risultato disutile per il titolare del diritto. Da ciò si comprende che non sempre l'intervento caducatorio e definitivo della norma interna può ritenersi il risultato migliore per garantire l'applicazione della CEDU. (82)

Piuttosto, è nel giudizio concreto che l'autorità

chiamata ad evitare la violazione della CEDU è tenuta ad improntare il proprio operato al rispetto della Convenzione.

Ciò che finisce col dimostrare la bontà della premessa dalla quale si è partiti, appunto rappresentata dall'inidoneità del solo controllo di costituzionalità a garantire la tutela del sistema introdotto dalla Convenzione che guarda più alla protezione del singolo che alle garanzie di sistema.

E non pare potersi revocare in dubbio che solo il giudice della controversia, mediante un processo interpretativo fondato su basi assiologiche, può offrire al titolare del diritto quella tutela che, caducando la disposizione normativa, potrebbe produrre effetti questa volta sì davvero sproporzionati ed indesiderati, come la stessa Corte costituzionale sembra ora avvedersi (83).

In definitiva, ancorché risultino sempre odiose le generalizzazioni sembra emergere, almeno a livello

**Note:**

(79) Almeno in modo marcato ciò sembra accadere nel caso del v.a.m. che è caduto sotto la scure di Corte cost. n. 181/2011 per contrasto "anche" dell'art. 42 terzo comma Cost.

(80) Cfr. ancora A. Ruggeri, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), dicembre 2010.

(81) Conti R., *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, 23 ottobre 2010, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

(82) In questo senso, del resto, R.E. Kostoris, *La revisione del giudicato*, cit., 8 osserva: «...Alla varietà delle censure europee deve corrispondere cioè una varietà di risposte da parte dell'ordinamento interno. In fondo, lo adombra la stessa Corte costituzionale, quando, collegando la declaratoria di illegittimità alla mancata previsione nell'ambito della revisione di una riapertura del processo giudicato iniquo, aggiunge che quest'ultima va intesa come concetto di genere»; cioè, sembra di capire, come strumento suscettibile di estrinsecarsi in forme applicative diverse a seconda delle peculiarità dell'ipotesi considerata.

(83) Pirrone, *op. ult. cit.*, 239, il quale pure osserva, in modo assolutamente condivisibile, che "la regola posta dall'art. 35, del previo esperimento dei ricorsi interni fa sì che al giudice statale sia affidata, in primo luogo ed in via ordinaria, la garanzia dei diritti sanciti dalla convenzione." Parimenti, in caso di acclarata violazione - ad opera della Corte europea - della CEDU da parte dello Stato, "il giudice interno dello Stato responsabile, conformandosi (ex art. 46 par.1) alla sentenza, adottando cioè tutti i provvedimenti che il proprio ordinamento gli consente di adottare, potrà, non soltanto garantire un'adeguata riparazione al ricorrente, ma in molti casi evitare la ripetizione della violazione, e la conseguente proposizione di nuovi ricorsi contro il proprio paese, per la medesima questione, dinanzi alla Corte." Né tale posizione della Corte costituzionale, mi fa osservare acutamente Antonio Ruggeri, giova alla tavola dei valori costituzionale e, segnatamente, agli artt. 2 e 3, nel loro fare sistema con gli artt. 10 e 11 Cost. e con gli altri valori già incardinati nel test costituzionale, semmai attribuendo alla CEDU ed al diritto vivente della Corte europea una valenza forse superiore a quella che quel giudice va non a caso predicando, attento più di altri ad evitare fratture "di sistema" fra gli ordinamenti nazionali e la CEDU.

tendenziale, un atteggiamento prudente della Cassazione civile - ed il pensiero va non solo alla vicenda culminata nella sentenza n. 181/2011 della Corte costituzionale, ma anche a precedenti arresti che pure chi scrive non ha mancato di esaminare criticamente (84) - sulla portata della CEDU, a fronte di un contegno euroentusiasta - ma non per questo meno rigoroso - della Cassazione penale del quale si è dato adeguato conto in questo commento.

Una finale considerazione merita Corte cost. n. 245/2011, indiscutibilmente dimostrativa di quel "dialogo fecondo" fra giudici nazionali e giudici delle Corti europee, al quale ci è capitato di dedicare una riflessione alla quale sembra proficuo rinviare (85). La straordinaria sintonia fra l'ordinanza di rimessione del giudice catanese, la sentenza della Corte europea dei diritti umani e Corte cost.n. 245/2011 sembra contenere più di un elemento capace di confermare come l'incessante partita sull'affermazione dei diritti dell'uomo continuerà ad avere come protagonisti intelligenti ed attenti tutti quei giudici, nazionali e non, capaci di incarnare il modello di giudice del terzo millennio.

Ancora una volta, la prospettiva gerarchica pur sempre astrattamente affermata dalla Corte costituzionale cede il passo alla forza dei diritti che trovano nel "sistema" delle Carte nazionali e sovranazionali dei diritti il loro giusto spazio (86). E ciò fa proprio mettendo a nudo la figura dell'immigrato qualificato come *persona*, dotandolo di «... una dignità che in modo impellente ci interroga ed alla quale non sia-

mo ancora riusciti a dare una persuasiva, appagante e in tutto sincera risposta» (87)

Non resta, allora, che attendere i successivi sviluppi di questo dialogo, ancora una volta certi che i circuiti di legalità che pongono i diritti fondamentali al centro del sistema continueranno a produrre risultati sempre più fecondi per la protezione dei valori fondamentali.

---

#### Note:

(84) Cfr., sul tema di computo della durata ragionevole dei processi di cognizione, di esecuzione e di ottemperanza, Cass.S.U. n. 27365/2009 e 27348/2009, in *Danno resp.*, 2010, 7, 717, con nota di chi scrive, *La ragionevole durata del processo fra giudizio di merito, esecuzione e ottemperanza*. V anche Cass. sent. n. 788/2006, in tema di elettorato passivo ed interdizione dai pubblici uffici - da cui discende, com'è noto, la privazione *ope legis* del diritto di elettorato attivo e passivo in caso di condanna all'ergastolo o alla reclusione di anni cinque che è stata ritenuta in contrasto con le disposizioni convenzionali da Corte dir.uomo, Cass. 18.1.2011 *Scoppola c. Italia* - ric. n. 126/05-

(85) V., ancora R. Conti *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice.*, cit., 297 ss.

(86) A. Ruggeri, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, Testo rielaborato e corredato di una bibliografia essenziale di una relazione svolta al Convegno su *La tutela e i diritti della persona migrante*, a cura dell'UGCI, Messina 27 maggio 2011, in, cit., 15 del dattiloscritto: «...Le Carte dei diritti e le norme internazionali in genere, dunque, nella parte in cui riconoscono diritti fondamentali agli stranieri (o anche agli stranieri), pur laddove si reputi che dispongano in deroga rispetto a singoli principi fondamentali dell'ordinamento, possono ugualmente avere accoglienza e farsi valere in ambito interno, ove si ammetta che per effetto di esse è l'insieme dei principi stessi ad esserne ancora di più salvaguardato e promosso, fissandosi ancora più in alto, alla luce del metaprinzipio della dignità della persona umana, il punto al quale si situa ed afferma la Costituzione come "sistema"»

(87) A. Ruggeri, *Note.*, *op.ult.cit.*, 32 del dattiloscritto.