

**IL SEGUITO INTERNO DELLE PRONUNCE DELLA CORTE EDU: LA GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE COSTITUZIONALE E DEI GIUDICI COMUNI. ANALISI DEI CASI***

SOMMARIO: 1.- Evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale sulla forza e l'efficacia delle norme della Cedu. 2.- Di alcuni casi di interpretazione adeguatrice. 3.- Sulla pretesa intangibilità del giudicato. 4.- Il diritto vivente e il ruolo del giudice.

**1. EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE
COSTITUZIONALE SULLA FORZA E L'EFFICACIA DELLE NORME DELLA CEDU**

La giurisprudenza nazionale si è per lungo tempo dibattuta in una situazione di incertezza circa il valore e l'efficacia da attribuire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Incertezza dovuta alla difficile individuazione del posto da assegnare nel sistema delle fonti normative alla CEDU, che pur avendo la veste formale di semplice fonte di grado primario, ha, però, la specifica finalità di tutela dei diritti fondamentali delle persone, e quindi integra l'attuazione di valori e principi fondamentali protetti dalla stessa Costituzione italiana.

La giurisprudenza civile della Corte di Cassazione ha per lungo tempo affermato, in prevalenza la portata non precettiva delle norme CEDU e l'impossibilità di una immediata applicazione in ragione della loro genericità e specificità.

L'art. 5, n. 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, in virtù del quale "ogni persona vittima di un arresto o detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto alla riparazione", prevede un generico diritto alla riparazione, senza ulteriori specificazioni circa la disciplina di tale istituto, per cui la suindicata disposizione non ha portata precettiva e non si presta ad un'applicazione immediata ed assume soltanto il valore di un impegno degli Stati contraenti a darvi attuazione, attraverso strumenti apprestati dal diritto interno (*Sez. 3, n. 254 del 12/01/1999, Rv. 522216*).

Le pretese violazioni delle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 848 del 1955), in ragione della genericità o aspecificità di dette norme di riferimento, devono necessariamente far capo alla normativa interna vigente al momento delle violazioni medesime, onde

* Lezione tenuta il 18 marzo 2011 al Corso di perfezionamento su "Il contenzioso dinanzi alle Corti europee" presso L'Università degli Studi di Milano coordinato dalla Prof.ssa Barbara Randazzo.

l'eventuale, mancata conformità di tale normativa ai principi della Convenzione non può comportare una responsabilità immediata per lo Stato alla stregua del diritto interno (ex art. 2043 cod. civ.), bensì solo la deferibilità dello Stato stesso agli organismi di controllo politico e giurisdizionale contemplati dalla Convenzione ed all'unico fine della responsabilità internazionale pattiziamente assunta e con le conseguenze stabilite dalla Convenzione stessa (come, ad. es. l'equa soddisfazione della parte lesa, prevista dall'art. 50 della Convenzione). Peraltro, dalla presenza di norme interne che siano, in ipotesi, lesive della Convenzione medesima non può mai discendere la responsabilità dello Stato ex art. 2043 cod. civ., difettando il requisito della "iniuria", bensì solo una responsabilità derivante dalle norme internazionali all'uopo pattuite e nei limiti della pattuizione medesima (Sez. 1, **Sentenza** n. 8503 del 14/06/2002, Rv. 555051).

Soltanto sporadiche decisioni avevano attribuito alle norme della Convenzione forza abrogatrice di quelle dell'ordinamento interno. Così Sez. U, n. 7662 del 10/07/1991, Rv. 473064, avevano affermato che «l'art. 6 della Convenzione europea "dei diritti dell'uomo", resa esecutiva con legge 4 agosto 1955 n. 848, ove prevede la pubblicità delle udienze, trova applicazione anche nei procedimenti disciplinari a carico di magistrati, e, quindi, implica l'abrogazione dell'art. 34 secondo comma del R.D.L. 31 maggio 1946 n. 511, nella parte in cui dispone che la discussione sulle incolpazioni si svolga "a porte chiuse" (salva restando la possibilità di una deroga a detta pubblicità, nel caso concreto, quando sussistano specifiche esigenze che la richiedano)».

In ogni caso, l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Anche se, in alcune decisioni, si trova l'affermazione, che le norme in questione - introdotte nello ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione - non possono ritenersi abrogate da successive disposizioni di legge interna, poiché esse derivano da una fonte riconducibile ad una competenza atipica e - come tali - sono insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria (Sez. 1, n. 6672 del 08/07/1998, Rv. 517049). Tale affermazione era stata presa da una decisione della Corte costituzionale (sentenza n. 10 del 1993), la quale aveva escluso che il legislatore potesse modificare o abrogare a piacimento la normativa CEDU, in quanto fonti atipiche, ma si tratta di decisione che non è stata seguita da altre pronunce dello stesso tenore, essendosi la Corte costituzionale piuttosto orientata nel senso di una utilizzazione della Convenzione e della giurisprudenza della Corte EDU come argomento di rafforzamento della sua interpretazione del contenuto di un parametro costituzionale interno.

Ancora nell'anno 2003 le Sezioni Unite civili affermavano che la normativa recata dalla Convenzione (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848) è stata introdotta nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria dell'atto contenente il relativo ordine di esecuzione, onde ha valore di fonte normativa primaria e, con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ritenevano che, pur non potendosi prescindere da essa, le relative decisioni costituissero soltanto « precedenti autorevoli e rilevanti supporti interpretativi al fine di assicurare una tutela effettiva ai diritti contemplati dalla Convenzione, nell'ambito da questa considerato » (Sez. U, n. 6853 del 06/05/2003, Rv. 562666).

Bisogna arrivare all'anno 2005 per trovare la chiara affermazione della immediata rilevanza nel diritto interno delle norme della CEDU. Infatti, le Sezioni Unite civili affermarono il seguente principio di diritto: «in tema di equa riparazione per la irragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001, la fonte del riconoscimento del relativo diritto non deve essere ravvisata nella sola, citata normativa nazionale, coincidendo il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge nazionale con la violazione della norma contenuta nell'art.6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955, e, pertanto, di immediata rilevanza nell'ordinamento interno. Ne consegue che il diritto all'equa riparazione del pregiudizio derivato dalla non ragionevole durata del processo, verificatosi prima della entrata in vigore della citata legge n. 89 del 2001 va riconosciuto dal giudice nazionale anche in favore degli eredi della parte che abbia introdotto prima di tale data il giudizio del quale si lamenta la durata eccessiva, con il solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di

Strasburgo e dalla stessa dichiarata ricevibile» (Sez. U, n. 28507 del 23/12/2005, Rv. 586701). In tale sentenza, inoltre, si ribadisce una precedente pronuncia (Sez. U, 26/01/2004, n. 1340, Rv 569678), con la quale si riconosce il ruolo fondamentale della Corte di Strasburgo, «alla cui giurisprudenza è tenuto a conformarsi il giudice nazionale», il quale deve «interpretare ed applicare il diritto interno, per quanto possibile, conformemente alla Convenzione e alla giurisprudenza di Strasburgo».

Anche la prevalente giurisprudenza penale riteneva che la normativa della CEDU per la sua genericità fosse «insuscettibile di inserimento automatico nell'ordinamento degli Stati contraenti e di immediata applicazione da parte degli organi giudiziari di questi, necessitando viceversa, per la sua realizzazione e completa applicabilità, di una specifica normativa statale che dia esecuzione alla direttiva pattizia, traducendola in puntuali disposizioni interne idonee a porsi come fonti regolatrici di rapporti giuridici e generatrici di obblighi e diritti soggettivi» (Sez. 1, n. 2549 del 16/04/1996, Persico, Rv. 204733). Anche quando si affermava che la suddetta normativa fosse di immediata applicazione si ponevano precisi limiti e condizioni all'applicazione concreta di tale principio, vanificandolo in concreto, con il richiedere che la norma della Convenzione contenesse il modello di un atto completo nei suoi elementi essenziali.

Le norme della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate, sono di immediata applicazione nel nostro Paese e vanno concretamente valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano. La "precettività" in Italia delle norme della convenzione consegue dal principio di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale per cui ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (adattamento automatico), ove invece l'atto internazionale non contenga detto modello le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, per realizzarsi, di una specifica attività normativa dello stato (Sez. U, n. 15 del 23/11/1988, dep. 08/05/1989, Polo Castro, Rv. 181288).

Anche nella giurisprudenza penale si trovano affermazioni relative alla "particolare forza di resistenza" delle norme della CEDU.

La particolare forza di resistenza, rispetto alla normativa ordinaria successiva, della regola di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che tende a premunire l'individuo contro ingerenze arbitrarie da parte dei pubblici poteri, comporta che la disposizione di cui all'art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (T.U. leggi sugli stupefacenti), relativa all'applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero dallo Stato, deve essere interpretata nel senso che l'applicazione pratica di questa ultima non può risolversi immotivatamente nella violazione del principio sancito nella norma convenzionale. Pertanto, poiché, quando uno straniero possiede una famiglia in un Paese determinato, l'esecuzione della misura di espulsione costituisce una ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare quale garantito al paragrafo 1 dell'art. 8 della predetta Convenzione, per ritenere giustificata la violazione di tale diritto, la misura di espulsione deve risultare necessaria in una società democratica. (Fattispecie relativa ad annullamento dell'ordinanza confermativa dell'espulsione con rinvio allo stesso giudice perché proceda all'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto, nel rispetto del principio sancito dall'art. 8 della Convenzione di cui sopra) (Sez. 1, n. 2194 del 12/05/1993, Medrano, Rv. 195661).

Soltanto in una sentenza della Seconda Sezione penale della Corte di Cassazione (n. 43331 del 18 ottobre 2007, Poltronieri), con riferimento all'interpretazione dell'art. 512 c.p.p., sul quale si ritornerà più avanti, si affronta il tema con un approccio sistematico nuovo, in quanto, dopo aver ricostruito la normativa vigente, interpretando la normativa codicistica alla luce del nuovo testo dell'art. 111 Cost., si pone il problema se tale ricostruzione, pur costituzionalmente adeguata, possa dirsi rispettosa delle norme della CEDU e, dopo avere affermato che l'interprete non deve isolarsi in un contesto nazionale, ma deve cercare una "osmosi" tra le

diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale, conclude per una interpretazione adeguatrice alle norme convenzionali del disposto dell'art. 512.

IL 24 ottobre del 2007, la Corte costituzionale deposita due sentenze, **n. 348 e 349 del 2007**, pronunciate in materia di espropriazione e di occupazione acquisitiva, che rivoluzionano gli approcci interpretativi al tema, facendo capo al nuovo testo dell'art. 117 della Cost., come modificato dalla legge cost. n. 3 del 2001, il quale recita al primo comma: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

I principi fondamentali che si desumono da queste sentenze sono i seguenti:

1) L'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, distingue, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali»

Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale.

Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale - pur con le caratteristiche peculiari, da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri.

Con la conseguenza della non riconducibilità delle norme della CEDU all'art. 11 Cost. non essendo individuabile, con riferimento a tali norme pattizie, alcuna limitazione della sovranità nazionale; e della non riconducibilità delle stesse norme nell'ambito di operatività dell'art. 10, comma primo, Cost. con l'espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art. 10. Di questa categoria fa parte la CEDU, con la conseguente «impossibilità di assumere le relative norme quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole (sentenza n. 188 del 1980), ovvero come norme interposte ex art. 10 della Costituzione».

2) Il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost, se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza della Corte costituzionale, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi.

Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta".

3) La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: «La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47».

Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia.

4) Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali.

In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa.

Poiché le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata.

5) Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire la Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma.

I giudici ordinari non hanno mancato, dopo le citate decisioni della Corte, di sollevare molteplici questioni di costituzionalità, che hanno dato occasioni alla Corte costituzionale di ribadire i principi sopra fissati, soprattutto per quanto concerne due punti: quello della applicazione delle norme della Convenzione così come sono interpretate dalla Corte di Strasburgo e quello dell'obbligo del giudice, prima di sollevare questione di costituzionalità, di tentare la strada di una interpretazione adeguatrice delle norme interne.

Su quest'ultimo punto la sentenza **n. 239 del 2009** è particolarmente rilevante anche se dichiara la inammissibilità della questione proposta, in materia di confisca di terreni ed opere abusivamente costruite, perché censura il remittente che pur postulando che l'interpretazione della norma censurata debba mutare a seguito della sopravvenuta giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - nella specie rifacendosi all'orientamento che riconduce la confisca in parola ad una "pena", ai sensi dell'art. 7 della Convenzione - ha ommesso di sperimentare la possibilità di un'interpretazione conforme alla disposizione internazionale, quale interpretata dalla predetta Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con riferimento all'applicazione delle norme della Convenzione così come sono interpretate dalla Corte di Strasburgo, si segnala la sentenza **n. 311 del 2009**, che è una decisione di manifesta infondatezza della questione proposta, ma evidenzia il principio secondo il quale «al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo» e che anche alla stessa Corte costituzionale è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; mentre alla Corte costituzionale compete di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Questa sentenza fornisce, inoltre, alla Corte l'occasione per riassumere e chiarire ulteriormente i principi formulati con le sentenze n. 348 e 349 del 2007, ribadendo che, nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta.

La sentenza **n. 39 del 2008** ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli articoli 50 e 142 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nel testo anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in quanto stabiliscono che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale. La Corte premette che le norme della CEDU devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi, e conclude nel senso che le norme censurate violano gli artt. 117, primo comma, e 3 della Costituzione, in quanto, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha ritenuto dette disposizioni lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza «non necessaria in una società democratica», prevede generali incapacità personali in modo automatico indipendente dalle specifiche cause del dissesto - così equiparando situazioni diverse - e stabilendo che tali incapacità permangono dopo la chiusura del fallimento, assumono, in ogni caso, carattere genericamente sanzionatorio, senza correlarsi alla protezione di interessi meritevoli di tutela.

L'ordinanza **n. 162 del 2009** dichiara manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale della normativa speciale che precludono la devoluzione a collegi arbitrali delle controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali, in quanto, in particolare, non si configura, infine, la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. prospettata in riferimento agli artt. 6 della CEDU e 1 del relativo protocollo addizionale, poiché la garanzia costituzionale dell'autonomia privata non è incompatibile con la prefissione di limiti a tutela di interessi generali, in ragione del rilevante interesse pubblico di cui risulta permeata la materia relativa alle opere di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali e del particolare rilievo sociale delle controversie de quibus .

Un ulteriore sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale è contenuto nella sentenza **n. 317 del 2009**, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 24, 111, primo comma, e 117, primo comma, Cost., l'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato.

Questa sentenza, dopo avere ricordato la nuova formulazione dell'art. 175 c.p.p. introdotta dal D.L. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito con modificazioni in legge 22 aprile 2005, n. 60, a seguito di due significative pronunce della Corte di Strasburgo (in particolare, la decisione 11 settembre 2003 nel procedimento *Sejdovic c. Italia*, e la successiva sentenza, nello stesso procedimento, in data 10 novembre 2004) con le quali si censurava la legislazione italiana per l'eccessiva difficoltà di provare il difetto di conoscenza e si segnalava un «problema strutturale connesso ad una disfunzione della legislazione italiana», prendeva atto del «diritto vivente» costituito dalla sentenza delle Sezioni Unite penali n. 6026 del 31 gennaio 2008, che aveva interpretato il disposto del citato art. 175 nel senso che l'impugnazione proposta dal difensore, di fiducia o di ufficio, nell'interesse dell'imputato contumace, preclude a quest'ultimo, una volta che sia intervenuta la relativa decisione, la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione e ciò sulla base del principio di unicità del diritto di impugnazione e in considerazione della necessità di bilanciare la difesa dell'imputato contumace ed il principio di ragionevole durata del processo, di cui l'unicità dell'impugnazione sarebbe diretta proiezione.

La Corte costituzionale perviene alla dichiarazione di incostituzionalità osservando che «la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU - nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione - l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale - nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice - di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale ». In altri termini, con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa: il confronto fra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie. In questa ottica, la Corte costituzionale esclude la possibilità di un bilanciamento del diritto di difesa del contumace inconsapevole con il principio di ragionevole durata del processo, « giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata».

La sentenza **n. 93 del 2010** dichiara costituzionalmente illegittimi, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., l'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e l'art. 2- ter della legge 31 maggio 1965, n. 575, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica. Le censurate disposizioni, prevedendo che le misure di prevenzione siano applicate in esito ad un procedimento camerale senza la partecipazione del pubblico, violano, infatti, l'art. 6, par. 1, della CEDU poiché, nonostante l'incidenza diretta, definitiva e sostanziale delle misure *de quibus* su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale, il patrimonio e la stessa libertà di iniziativa economica, non contemplano la possibilità per l'interessato di chiedere un dibattito pubblico, ledendo il principio di pubblicità delle udienze giudiziarie, costituzionalmente rilevante anche in assenza di un esplicito richiamo in Costituzione.

La sentenza **n. 138 del 2010** dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143- bis e 156- bis cod. civ., impugnati, in relazione agli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. Quanto alla dedotta violazione dell'art. 117, primo comma,

Cost., vengono in rilievo, quali norme interposte, per il principio di specialità, l'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo cui «Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto»; e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea per il quale «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Entrambe le citate disposizioni, nell'affermare il diritto di sposarsi, rinviano alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Pertanto, a parte l'esplicito riferimento agli uomini ed alle donne, è comunque decisivo il rilievo che anche tale normativa non impone la piena equiparazione delle unioni omosessuali e delle unioni matrimoniali tra uomo e donna. Con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento. Con questa sentenza la Corte per la prima volta prende in considerazione la Carta di Nizza recepita dal Trattato di Lisbona, ma ritiene non necessaria, ai fini del giudizio, affrontare i problemi che l'entrata in vigore del Trattato pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali.

La sentenza **n. 187 del 2010** dichiara costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., l'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118. La sentenza osserva che Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove si versi, come nel caso di specie, in tema di provvidenza destinata a far fronte al sostentamento della persona, qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe per risultare in contrasto con il principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Pertanto, la norma de qua, che interviene direttamente e restrittivamente sui presupposti di legittimazione al conseguimento delle provvidenze assistenziali, viola il limite del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali imposto dall'evocato parametro costituzionale, poiché discrimina irragionevolmente gli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato nel godimento di diritti fondamentali della persona riconosciuti ai cittadini.

La sentenza **n. 196 del 2010** dichiara costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., l'art. 186, comma 2, lett. c), cod. strada, come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. b), del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125, limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale». Il riferimento all'art. 240, secondo comma, cod. pen. - contenuto nella censurata disposizione, che prevede, in caso di condanna o di patteggiamento per il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool, l'obbligatoria confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato - determina l'applicazione retroattiva della confisca anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2008, secondo il regime proprio delle misure di sicurezza che, ai sensi dell'art. 200 cod. pen., sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Ma l'applicazione retroattiva di una misura propriamente sanzionatoria viola il principio di irretroattività della pena sancito dall'art. 7 della CEDU ed esteso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo.

Il rapporto delle norme della CEDU con l'ordinamento interno potrebbe subire importanti modifiche a seguito dell'entrata in vigore il 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008, n. 130, che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea.

L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, nel testo in vigore sino al 30 novembre 2009, stabiliva, al paragrafo 2, che l'«Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario».

L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea è stato, peraltro, incisivamente modificato dal Trattato di Lisbona, in una inequivoca prospettiva di rafforzamento dei meccanismi di protezione dei diritti fondamentali.

Il nuovo art. 6 esordisce, infatti, al paragrafo 1, stabilendo che l'«Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La norma prosegue prevedendo, al paragrafo 2, che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; per chiudersi, al paragrafo 3, con la statuizione in forza della quale «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Alla luce della nuova norma, dunque, la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea fa capo a tre fonti distinte: in primo luogo, alla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, alla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, ai «principi generali», che - secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato - comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Rispetto alla precedente formulazione del citato art. 6 si passa dal semplice «rispetto» da parte dell'Unione dei diritti risultanti dalla CEDU alla «adesione» e alla «incorporazione» («fanno parte»). Ciò ha convinto parte della dottrina che non vi sia più alcun dubbio che il giudice ordinario nazionale abbia ora la possibilità di diretta applicazione della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo nel sistema nazionale (Maurizio De Stefano, «La triplice alleanza delle Corti europee per la tutela dei diritti umani e fondamentali dopo il trattato di Lisbona», in *Giurisprudenza e diritto*) e la stessa convinzione è stata espressa dal Consiglio di Stato con la sentenza della Sez. 4, del 19 gennaio 2010 depositata il 2 marzo 2010, n. 1220.

La Corte costituzionale, però, con la sentenza **n. 80 depositata l'11 marzo 2011** ha affermato, da un lato, che la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta allo stato, ancora improduttiva di effetti per l'assorbente ragione che l'adesione dell'Unione europea alla CEDU non è ancora avvenuta, dall'altro lato, che il richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 riprende lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona, per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale.

Così argomenta la Corte: «Restano, quindi, tuttora valide le considerazioni svolte da questa Corte in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione (come nel caso sottoposto a questa Corte), di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione). Le variazioni apportate al dettato normativo - e, in particolare, la sostituzione della locuzione «rispetta» (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione «fanno parte» - non sono, in effetti, tali da intaccare la validità di tale conclusione. Come sottolineato nella citata sentenza n. 349 del 2007, difatti, già la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia - che la statuizione in esame è volta a recepire - era costante nel ritenere che i diritti fondamentali, enucleabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, facessero «parte integrante» dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario era chiamato a garantire il rispetto (*ex plurimis*, sentenza 26 giugno 2007, C-305/05, Ordini avvocati contro Consiglio, punto 29).»

Neppure può parlarsi, secondo la Corte, di una «trattatizzazione» indiretta della CEDU, alla luce della «clausola di equivalenza» che figura nell'art. 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali a sua volta equiparata ai Trattati, poiché è da escludere che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea: «presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto.»

La conseguenza è che, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice non è abilitato a disapplicare le norme interne ritenute incompatibili con la normativa della CEDU e rimangono pienamente attuali i principi al riguardo affermati con le sentenze n. 348 e 349 del 2007.

La sentenza n. 80 del 2011 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento davanti al tribunale e alla corte d'appello in materia di applicazione di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in quanto questione già decisa con sentenza n. 93 del 2010; mentre ha dichiarato non fondata la medesima questione sollevata nella parte in cui le suddette norme non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica, poiché i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza, così che «l'avvenuta introduzione nel procedimento di prevenzione, per effetto della sentenza n. 93 del 2010 di questa Corte, del diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai tribunali (giudici di prima istanza) e alle corti di appello (giudici di seconda istanza, ma competenti al riesame anche delle questioni di fatto, se non addirittura essi stessi all'assunzione o riassunzione di prove) è sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla CEDU, senza che occorra estendere il suddetto diritto al giudizio davanti alla Corte di cassazione.»

2. DI ALCUNI CASI DI INTERPETAZIONE ADEGUATRICE

Emblematico di un corretto modo di procedere nell'interpretazione delle norme interne alla luce della Convenzione EDU e del modo di porsi della giurisprudenza della Corte EDU nei confronti degli ordinamenti nazionali è quello dell'art. 512 c.p.p.

La citata sentenza Sez. 2, n. 43331 del 18/10/2007, Poltronieri, pochi giorni prima della pronuncia delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, aveva esaminato la problematica delle dichiarazioni predibattimentali di cui sia data lettura in giudizio per sopravvenuta impossibilità di ripetizione ed aveva ricostruito il sistema codicistico alla luce del nuovo testo dell'art. 111 Cost., ponendo rigorosi limiti all'acquisizione quale prova in dibattimento delle suddette dichiarazioni, affermando, in sintesi, che l'acquisizione in dibattimento dei verbali di dichiarazioni per sopravvenuta impossibilità di ripetizione è subordinata al rigoroso accertamento sia dell'irreperibilità del testimone, previo espletamento di accurate ricerche, sia dell'imprevedibilità dell'irripetibilità dibattimentale durante la fase delle indagini preliminari, sulla base del criterio della prognosi postuma, sia infine dell'estraneità dell'irreperibilità ad una volontaria e libera scelta del testimone di sottrarsi all'esame in contraddittorio. Ma la Corte, pur pervenuta a tali conclusioni interpretative in adesione ai principi costituzionali, non riteneva che il proprio dovere potesse dirsi totalmente adempiuto se non dopo avere verificato che le suddette conclusioni potessero dirsi rispettose delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 3 lett. d, : diritto a un equo processo. In particolare, ogni accusato ha diritto di: esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico), e fossero idonee ad esonerare lo Stato italiano da responsabilità in sede internazionale.

La suddetta sentenza prendeva atto che la Convenzione era interpretata dalla Corte EDU nel senso che i diritti della difesa sono ristretti in maniera incompatibile con le garanzie dell'art. 6 quando una condanna si fonda esclusivamente o in misura determinante su deposizioni provenienti da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né allo stadio dell'istruzione né durante il dibattimento (Craxi c.

Italia cit.; Luca c. Italia cit.; A.M. c. Italia cit.; De Lorenzo c. Italia, 12 febbraio 2004, n. 69264/01; Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005, n. 36822/02). La stessa sentenza, quindi, riteneva che l'interprete non dovesse isolarsi in un contesto nazionale, ma dovesse cercare «quella che è stata chiamata una "osmosi" tra le diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale», e concludeva nel senso che «è conforme ad una interpretazione adeguatrice alle norme costituzionali e convenzionali, ritenere che il disposto dell'art. 526, comma 1 bis, c.p.p., sia una norma di chiusura, che impone una regola di valutazione della prova sempre applicabile anche con riferimento a dichiarazioni che risultino legittimamente acquisite alla stregua della disciplina sulle letture dibattimentali, le quali, quindi, non potrebbero, di per sé sole, fondare la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato».

Tale interpretazione è stata, poi, seguita dalla giurisprudenza successiva, ormai pacificamente orientata nel senso che la regola dettata dall'art. 526, comma primo-bis, cod. proc. pen., vieta al giudice di fondare, in modo esclusivo o significativo, l'affermazione della responsabilità penale su atti di cui è stata data lettura per sopravvenuta impossibilità di ripetizione (Sez. 1, n. 44158 del 23/09/2009, Marinkovic, Rv. 245556; Sez. 5, n. 21877 del 26/03/2010, T., Rv. 247446; Sez. 3, n. 27582 del 15/06/2010, R., Rv. 248053).

Ciò che importa rilevare è non solo il percorso argomentativo della sentenza citata per pervenire ad una interpretazione adeguatrice alla CEDU al di là e "in aggiunta" al sistema codicistico-costituzionale, con un accrescimento complessivo della tutela dei diritti dell'imputato, ma anche il modo di procedere della giurisprudenza della Corte EDU, che prescinde dalle caratteristiche del singolo ordinamento nazionale per andare al cuore della tutela. Nel caso di specie, appunto, alla Corte EDU non interessa che sia garantita la procedura di acquisizione della prova (e, nel sistema delineato, la garanzia apprestata dall'ordinamento italiano è massima), poiché essa non detta regole di esclusione degli elementi di prova, che sono riservate alle leggi e ai giudici nazionali, ma pone limiti alla loro utilizzazione e valutazione in danno dell'imputato.

Altro caso in cui la Corte di Cassazione ha tenuto conto della giurisprudenza della Corte EDU nella ricostruzione del sistema delle garanzie è quello dell'agente provocatore.

La sentenza della Sezione 2, n. 38488 del 28/05/2008, Cuzzucoli, dopo aver ricostruito la speciale disciplina legislativa della figura dell'agente provocatore, che detta precise modalità con le quali deve svolgersi la sua attività e prevede un'espressa causa di non punibilità, ha affermato che nel sistema del nostro codice di rito deve distinguersi. Nel caso in cui l'agente infiltrato agisca in mancanza dei presupposti di legge o esorbiti dai limiti imposti alla sua azione e si ravvisi nel suo comportamento un fatto penalmente rilevante, egli assume la figura di coimputato o di imputato in procedimento connesso o collegato e, pertanto, alle sue dichiarazioni devono applicarsi le regole di assunzione e di valutazione di cui agli artt. 210 e 192 c.p.p. Ma se si esclude la punibilità dell'agente infiltrato per avere agito in conformità ai presupposti e ai limiti imposti dalla legge, questi assume a tutti gli effetti la qualifica di testimone, con la conseguenza della inapplicabilità del disposto degli ultimi articoli citati, nonché degli artt. 62 e 63 c.p.p. La conclusione è che «nella testimonianza dell'agente infiltrato sulle dichiarazioni rese dal soggetto sottoposto all'attività di infiltrazione non possa ravvisarsi un deviazione patologica da un atto tipico, bensì la espressione di un atto tipico eccezionale, che trova la sua base nella disciplina speciale di un istituto preordinato funzionalmente "ad acquisire elementi di prova" con particolari tecniche investigative, sottoposte a individuati presupposti ed a specifiche modalità (v. art. 12 quater D.L. n. 306 del 1992 cit.; nonché, ora, art. 9 L. n. 146 del 2006 cit.). Le suddette dichiarazioni, infatti, sono rilasciate nel corso dell'*iter criminis*, e costituiscono anch'esse un comportamento di fatto che fa parte del contesto criminoso nel quale anche l'agente infiltrato è inserito».

La stessa sentenza, a questo punto, ritiene doveroso verificare se il sistema legislativo in materia, come sopra delineato, trovi ragioni di contrasto con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, rilevando che la Corte EDU ha affrontato più volte la tematica dell'agente provocatore, affermando, in linea di principio, che "la Convenzione non vieta di fondarsi, in fase di indagini preliminari e quando la natura del reato lo giustifichi, su fonti quali gli informatori segreti", ma "l'intervento di agenti infiltrati deve essere circoscritto e assistito da garanzie" (Texeira de Castro c. Portogallo, 9 giugno 1998 e, da ultimo, Pyrgiotakis c. Grecia 21 febbraio

2008; Malininas c. Lituania, 1° luglio 2008). A tal fine, la Corte EDU sembra distinguere tra la figura dell'agente provocatore e quella dell'agente infiltrato, affermando che "l'interesse pubblico non può giustificare l'uso di elementi acquisiti a seguito di una provocazione della polizia", nel senso che l'agente non si è limitato "ad esaminare in modo meramente passivo l'attività criminosa", ma ha esercitato sul soggetto provocato "un'influenza tale da istigarlo a commettere il reato", che altrimenti non sarebbe stato commesso, in tal modo superando l'attività di un agente infiltrato. Con riferimento alle concrete fattispecie esaminate la Corte EDU ha dichiarato più volte la violazione della Convenzione, per la mancanza di un processo equo, nei casi in cui nulla indicava che senza l'intervento dell'agente provocatore il reato sarebbe stato commesso.

Si può osservare che la Corte di Strasburgo, con tali decisioni, attribuisce riflessi processuali a quello che è l'aspetto sostanziale della fattispecie, dichiarando la mancanza di equità del processo in casi in cui, secondo la giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione, si potrebbe ravvisare un'attività illecita dell'agente infiltrato, per avere superato i limiti imposti alla propria azione sotto copertura, assumendo una condotta avente efficacia causale rispetto al fatto commesso dal provocato. Ciò, però, sempre secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, non esclude, di per sé, il reato del provocato, se non nel caso in cui si possa ravvisare un'inidoneità assoluta dell'attività posta in essere da quest'ultimo rispetto alla produzione dell'evento. La conformità dell'orientamento giurisprudenziale italiano a quello della Corte di Strasburgo sul punto sembra, pertanto, piuttosto una questione di fatto, poiché potrebbe ritenersi che le singole fattispecie di processo non equo considerate dalla Corte di Strasburgo facciano, appunto, riferimento a casi in cui l'attività dell'agente provocatore assumeva rilevanza causale esclusiva nella fattispecie criminosa (si veda per i casi in cui è stata ritenuta la equità del processo: Calabrò c. Italia e Germania, 21 marzo 2002; Pyrgiotakis c. Grecia, cit.; Unel c. Turchia, 27 maggio 2008). Certo è che nel caso in cui la giustizia italiana abbia ritenuto che l'agente infiltrato sia andato al di là dei limiti impostigli dalla legge, tanto da assumere un comportamento penalmente rilevante, soltanto l'assoluzione del soggetto provocato dalle accuse mosse nei suoi confronti dagli agenti provocatori potrebbe escludere del tutto il ricorso alla Corte di Strasburgo, mentre in caso diverso, rimarrebbe la possibilità di un sindacato di quest'ultima sulla equità del processo nella fattispecie concreta.

Profilo strettamente processuale è, invece, quello della utilizzazione e valutazione delle dichiarazioni rese dall'agente infiltrato, che costituisce normalmente una delle principali fonti di prova contro i soggetti provocati o comunque controllati. L'unico limite che emerge dalla giurisprudenza della CEDU è che le dichiarazioni dell'agente infiltrato – non provocatore – devono essere assunte in contraddittorio, in applicazione dell'art. 6 par. 3d della Convenzione, con la conseguenza della incompatibilità con la Convenzione di una condanna fondata esclusivamente o in misura determinante sulle dichiarazioni rese da un testimone che l'imputato non ha mai avuto la possibilità di contro esaminare.

3. SULLA PRETESA INTANGIBILITÀ DEL GIUDICATO

Uno dei più rilevanti problemi emersi nell'ordinamento italiano, significativo della nuova dimensione europea della giurisdizione, concerne il grado di resistenza del giudicato nazionale, proprio in ragione del rapporto tra il dovere di conformarsi agli obblighi internazionali ed in particolare alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio tradizionale della intangibilità del giudicato.

Con l'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, gli Stati contraenti si sono impegnati a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti (art. 46 secondo paragrafo della Convenzione). Le sentenze che accertano una violazione della Convenzione possono far sorgere per lo Stato interessato non solo obblighi di adottare misure di carattere generale, che possono consistere in riforme legislative, in mutamenti giurisprudenziali ed in interventi sul piano amministrativo ed organizzativo, ma anche di adottare misure d'ordine individuale, che possono riportare la

parte lesa nella situazione di fatto e di diritto precedente alla violazione della Convenzione, in applicazione del principio della *restituito in integrum*. Una tipica misura individuale nei casi di violazione dell'equo processo (articolo 6 della Convenzione) è la riapertura delle procedure giudiziarie nazionali. Lo Stato, nella scelta di queste misure, gode d'un certo margine d'apprezzamento, anche se in relazione a casi eccezionali la natura della violazione potrebbe non lasciare alcuna alternativa sulla natura del rimedio da attuare, incidendo così in misura rilevante sullo spazio di discrezionalità riservato allo Stato.

Occorre considerare, inoltre, che l'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte di Strasburgo è stato reso ancor più vincolante dalle modifiche apportate all'art. 46 CEDU dal Protocollo n. 14, firmato il 13 maggio 2004 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010 (la L. 15 febbraio 2005, n. 280, ha autorizzato la ratifica e ha dato esecuzione al Protocollo n. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

La nuova formulazione dell'art. 46 attribuisce, infatti, maggiori poteri al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, prevedendo la possibilità di rivolgersi alla Corte affinché essa si pronunci sulla corretta interpretazione di una sentenza, ove il Comitato ritenga sussistenti delle difficoltà nel controllo della sua esecuzione; negli ultimi due commi introdotti dal Protocollo n. 14, inoltre, si prevede che il Comitato, ove ritenga che uno Stato rifiuti di conformarsi ad una sentenza definitiva pronunciata in una controversia di cui è parte, può deferire la questione alla Corte, dopo averlo messo in mora: se la Corte, a sua volta, accerta una violazione del dovere statutale di conformarsi alle sentenze, rinvia al Comitato dei Ministri, affinché statuisca sul tipo di misure da adottare.

Proprio a seguito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte europea, che aveva affermato l'obbligo dell'Italia di garantire, con le opportune misure, l'integrazione dell'ordinamento a tutela dei diritti dei contumaci (Corte EDU 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*), il legislatore modificò, con d.l. 212 febbraio 2005, n. 17, convertito in legge 22 aprile 2005, n. 60, la disciplina dell'istituto della restituzione in termini nel processo penale (art. 175 c.p.p.), riconoscendo all'imputato contumace il diritto ad essere restituito nel termine per proporre impugnazione, salvi i casi in cui emerga che egli abbia avuto conoscenza del procedimento o del provvedimento, e che abbia volontariamente rinunciato a comparire o a proporre impugnazione.

Nel sistema processuale italiano, però, non sono previsti specifici rimedi idonei a consentire la revisione della sentenza penale definitiva a seguito dell'accertamento della violazione dei diritti fondamentali e delle garanzie dell'equo processo. Gli unici istituti in grado di consentire teoricamente una riapertura del processo penale sono la revisione (art. 629 ss. c.p.p.) ed il ricorso straordinario per cassazione (art. 625-bis, c.p.p.).

In ordine al primo dei due istituti, l'impossibilità di impiegarlo quale rimedio straordinario per adempiere all'obbligo imposto da una pronuncia della Corte EDU è stata confermata dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza **n. 129/2008**, che ha, tuttavia, rivolto 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 della CEDU».

Per quel che attiene, invece, al ricorso straordinario per cassazione (art. 625 bis c.p.p.), circoscritto dal legislatore alle sole ipotesi in cui la Corte di cassazione sia incorsa in un errore di fatto, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto una possibilità di applicazione analogica, consentita perché *in bonam partem*.

In un primo caso, la Cassazione ha revocato una sua precedente sentenza, limitatamente alla diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, che ostava alla declaratoria d'estinzione per prescrizione, operata *ex officio* in sede di legittimità, senza aver consentito alla difesa il contraddittorio sulla diversa imputazione, affermando il principio secondo il quale « in tema di correlazione tra sentenza ed accusa contestata, la regola di sistema espressa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*), secondo cui la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata all'imputato anche in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio*, è conforme al principio statuito dall'art. 111, secondo comma Cost., che investe non soltanto la formazione della prova, ma anche ogni questione

che attiene la valutazione giuridica del fatto commesso. Ne consegue che si impone al giudice una interpretazione dell'art. 521 comma primo cod. proc. pen. adeguata al *decisum* del giudice europeo e ai principi costituzionali sopra richiamati.» (Sez. 6, n. 45807 del 12/11/2008, **Drassich**, Rv. 241754). Con la sentenza di revoca la Corte di Cassazione disponeva una nuova trattazione del ricorso, riportando nella motivazione e nel dispositivo la riqualificazione dei fatti corruttivi come reati di corruzione in atti giudiziari. Nella successiva sentenza di rigetto del ricorso, in tal modo, la Corte poteva affermare il principio secondo il quale «nel giudizio di legittimità, il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico deve ritenersi soddisfatto, quando l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice "ex officio" sia stata rappresentata al difensore dell'imputato con un atto del Collegio, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa.» (Sez. 6, n. 36323 del 25/05/2009, **Drassich**, Rv. 244974).

In un altro caso, la Corte di Cassazione ha sostituito la pena inflitta con quella ritenuta equa dalla Corte Europea, sostituzione attuata in cassazione per ragioni di economia dei mezzi processuali e di ragionevole durata del procedimento, affermando il seguente principio: « è ammissibile il ricorso straordinario, ex art. 625 bis cod. proc. pen. preordinato ad ottenere, in esecuzione di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - che abbia accertato la non equità del trattamento sanzionatorio determinato, con sentenza definitiva, in violazione degli art. 6 e 7 C.E. - la sostituzione della pena inflitta con quella ritenuta equa dalla Corte europea, sussistendo il diritto del ricorrente ad ottenere una modifica della pena in attuazione della legalità della Convenzione ed il corrispondente obbligo positivo del giudice - che, investito del ricorso, abbia preso atto dell'iniustizia e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte europea - di determinarne la quantificazione in misura rispondente alla legalità della Convenzione europea» (Sez. 5, n. 16507 del 11/02/2010, **Scoppola**, Rv. 247244). Nella specie, per dare attuazione alla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, **Scoppola** c. Italia, la S.C. ha revocato in parte qua la sentenza della Corte di cassazione che ha formato il giudicato, ha annullato senza rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio, la sentenza del giudice di merito che aveva modificato la pena inflitta al ricorrente - a seguito di giudizio abbreviato, originariamente determinata in trent'anni di reclusione - in quella dell'ergastolo, in virtù dell'entrata in vigore dell'art. 7, comma secondo, D.L. n. 341 del 2000, conv. con modif. nella L. n. 4 del 2001, che ha modificato l'art. 442, comma secondo, ultimo periodo, secondo un'applicazione ritenuta retroattiva dalla Corte europea - ed infine ha provveduto a determinare direttamente la pena in trent'anni di reclusione.

La citata sentenza Scoppola della Corte EDU ha affermato che l'art. 7 della Convenzione, che stabilisce il principio del divieto di applicazione retroattiva della legge penale incorpora anche il corollario del diritto dell'accusato al trattamento penale più lieve. Tale affermazione ha trovato seguito nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha ritenuto non manifestamente infondata, in riferimento all'art. 117 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma terzo, della legge n. 251 del 2005, 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 (Sez. 2, n. 22357 del 27/05/2010, Rv. 247321). E' da sottolineare che con tale ordinanza di rimessione la Corte di Cassazione in sostanza sollecita il giudice delle leggi a rivedere, alla luce dei principi fissati nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007, l'affermazione, contenuta nella sentenza della stessa Corte costituzionale n. 393 del 2006, della possibilità che il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* sia sacrificato da una legge ordinaria in favore di interessi di analogo rilievo (quali -a titolo esemplificativo - quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valore di primario rilievo).

Quando si tratti di adempiere all'obbligo di riapertura in senso stretto, avendo la Corte europea accertato violazioni processuali diverse da quelle ora considerate, con riferimento a casi in cui l'iniustizia della decisione atteneva al profilo della formazione della prova o dell'accertamento della responsabilità penale, la situazione di vuoto normativo ha indotto la giurisprudenza di legittimità a ricercare soluzioni interpretative idonee ad offrire un'adeguata tutela dei diritti fondamentali ed una soddisfacente esecuzione alle sentenze della Corte EDU, fino a dichiarare la ineseguibilità del giudicato nel caso **Dorigo**.

La Corte europea, con decisione del 9.9.1998, aveva accolto il ricorso del Dorigo dichiarando la mancanza di equità del processo a causa della violazione dell'art. 6 p. 3 lett. d) della Convenzione in quanto l'accusato non aveva potuto esercitare il diritto di interrogare o di fare interrogare i testimoni a carico.

Il Comitato dei Ministri aveva più volte constatato l'inadempienza dell'Italia all'obbligo di dare esecuzione alla decisione della Corte e di riaprire il processo nei confronti del Dorigo (Resolution interimaire in data 19.2.2002), invitando le autorità italiane ad adottare, nel più breve tempo, le misure che permettessero di eliminare le conseguenze della violazione e deplorando il fatto che, ad oltre sei anni dalla constatazione della violazione, non fosse stata ancora adottata alcuna misura, benché "la reouverture de la procedure incriminee reste le meilleur moyen d'assurer la restituio in integrum dans cette affaire" (Resolution interimaire del 10.2.2004). Plurime e persistenti inottemperanze da parte delle autorità italiane alle decisioni della Corte europea erano state censurate dall'Assemblea Parlamentare - anche con espresso riferimento al caso Dorigo ("nombreuses affaires, dont Dorigo c. Italie") - con rapporto n. 11020 (2006), con raccomandazione n. 1764 (2006) e con risoluzione n. 1516 (2006): in quest'ultima deliberazione era stata deplorata la prolungata inerzia dell'Italia, per la ragione che, nonostante i numerosi solleciti dell'Assemblea stessa e del Comitato dei Ministri, non era stata presa alcuna misura al fine di ripristinare il diritto dei ricorrenti ad un processo equo.

A seguito di richiesta del P.M. diretta a fare dichiarare dal giudice dell'esecuzione la inefficacia (o ineseguibilità) sopravvenuta della sentenza irrevocabile di condanna, sul presupposto che questa avesse cessato di costituire titolo legittimo di detenzione per effetto della decisione della Corte europea con cui era stata affermata la non equità del processo, la Corte di Cassazione riteneva che la richiesta stessa dovesse essere qualificata come atto propulsivo di un incidente di esecuzione e inquadrata nella previsione dell'art. 670 c.p.p., avendo per oggetto l'accertamento di una situazione idonea ad impedire, provvisoriamente o definitivamente, l'esecuzione del titolo e concludeva dichiarando la inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza irrevocabile pronunciata nei confronti del Dorigo, disponendone la immediata liberazione. Nell'adottare tale decisione, la Corte di Cassazione formulava il seguente principio di diritto: «Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo» (Sez. 1, n. 2800 del 01/12/2006, dep. 25/01/2007, Dorigo, Rv. 235447). La Corte considerava inaccettabile, alla luce dei principi di legalità, di coerenza e di razionalità, dai quali è permeato l'intero ordinamento, che la persistenza della detenzione del Dorigo potesse trarre titolo dal conclamato inadempimento degli obblighi sanciti dalla Convenzione, così disconoscendo la precettività delle norme della Convenzione e la forza vincolante della decisione della Corte per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Già in precedenza, nel caso **Cat Berro**, la Corte di cassazione, dopo avere rilevato che la Corte di Strasburgo, con decisione del 28/8/1991, aveva riconosciuto la violazione dell'art. 6 della Convenzione in quanto nel giudizio di appello non era stato riconosciuto all'accusato il diritto di difendersi personalmente, annullava l'ordinanza del giudice dell'esecuzione con la quale era stata rigettata l'istanza del condannato volta ad ottenere la dichiarazione di ineseguibilità dell'ordine di esecuzione della sentenza di condanna, affermando il principio secondo il quale « in presenza di una decisione della Corte di Strasburgo che, accertata la violazione dell'art. 6 CEDU nello svolgimento in contumacia di un processo, ritenga che la carcerazione del condannato conseguente a giudicato si stia eseguendo in violazione dell'art. 5, comma secondo, lett. a, della Convenzione, il giudice non può dichiarare *de plano* (art. 666, comma secondo, cod. proc. pen.) inammissibile la richiesta di annullamento dell'ordine di esecuzione, senza aver prima valutato, nel contraddittorio tra le parti, se sussista nell'ordinamento interno la possibilità di immediata applicazione della decisione della Corte di Strasburgo, ritenendola preclusiva dell'esecuzione di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato "non equo", pure in assenza nell'ordinamento nazionale di una norma *ad hoc* che consenta di sospendere l'esecuzione e dare ingresso a un nuovo processo».

Il giudice dell'esecuzione, decidendo in sede di rinvio, rigettò l'istanza di Cat Berro, ritenendo che non fosse previsto alcuno strumento giuridico in forza del quale il giudice dell'esecuzione potesse incidere sulla esecutività della sentenza di condanna, provocando la riapertura del procedimento, e la Corte di Cassazione, investita nuovamente della questione affermò che «in caso di condanna pronunciata all'esito di un giudizio contumaciale giudicato non equo dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, il condannato, onde ottenere la rinnovazione del giudizio, può avvalersi unicamente dell'istituto della rimessione in termini per la proposizione dell'impugnazione, come disciplinato dall'art. 175, comma secondo e 2 bis cod. proc. pen., rimanendo per converso escluso che egli possa ottenere la declaratoria di non eseguibilità della condanna, semplicemente proponendo incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen., senza nel contempo avanzare, come tra l'altro previsto dal comma terzo dello stesso art. 670, anche richiesta di restituzione in termini» (Sez. 5, n. 4395 del 15/11/2006, dep. 02/02/2007, Cat Berro, Rv. 235446).

In tal modo, la Corte di Cassazione, in contrasto con la decisione assunta nel caso Dorigo ed anche con la prima decisione presa nel caso Cat Berro, non riteneva possibile la dichiarazione di ineseguibilità del giudicato, ravvisando, come unico strumento utile per adeguarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo quello offerto dal nuovo testo dell'art. 175 c.p.p. Tale rimedio, peraltro, risulta utilizzabile soltanto nel caso di processo *in absentia* e non in casi diversi in cui la Corte di Strasburgo abbia accertato lo svolgimento di un processo "non giusto" per profili attinenti alla formazione della prova o, in generale, all'accertamento della responsabilità penale.

Principio identico a quello espresso, da ultimo, nel caso Cat Berro, è stato formulato nel caso **Ay**, che riguarda, appunto un'ipotesi di giudizio contumaciale giudicato non equo dalla Corte EDU. Il principio è stato così massimato: «in caso di condanna pronunciata all'esito di un giudizio contumaciale giudicato non equo dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, il condannato non può ottenere la declaratoria di non eseguibilità della condanna limitandosi a proporre incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen., ma, per ottenere la rinnovazione del giudizio, deve avvalersi unicamente dell'istituto della rimessione in termini per la proposizione dell'impugnazione, come disciplinato dall'art. 175, commi secondo e secondo-bis stesso codice, restando riservato al giudice italiano il potere di valutare la ricorrenza dei presupposti di diritto interno per l'accoglimento dell'istanza» (Sez. 1, n. 8784 del 12/02/2008, Ay, Rv. 239141).

Anche nel caso **Somogy** viene riconosciuto nell'art. 175 c.p.p. il rimedio idoneo a dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU, nei casi in cui sia stato riconosciuto il carattere non equo del processo celebrato *in absentia*, ma la sentenza si basa su presupposti interpretativi diversi da quelli dei casi Ay e Cat Berro, poiché afferma in linea di principio che «i precisi obblighi nascenti dalla Convenzione, e recepiti dalla più recente normativa interna, portino necessariamente a concludere che, in materia di violazione dei diritti umani (e in particolare in presenza di gravi violazioni dei diritti della difesa), 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» (Sez. 1, n. 32678 del 12/07/2006, Somogy, Rv. 235035)

Il citato caso Cat Berro ha avuto, peraltro, ulteriori sviluppi, in quanto l'interessato riproponeva istanza di ineseguibilità della sentenza di condanna sulla base dei più recenti indirizzi giurisprudenziali (le sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale), che avrebbero dovuto portare ad una reinterpretazione del quadro normativo e in particolare del disposto dell'art. 670 c.p.p., così da renderlo conforme alle statuizioni dell'art. 5 della CEDU. Ma, pervenuto il procedimento in cassazione, la Corte dichiarava inammissibile l'incidente di esecuzione proposto con riferimento a richiesta già respinta con provvedimento definitivo, ove fondato sui medesimi presupposti di fatto e di diritto del precedente, escludendo che costituisse fatto nuovo idoneo a rimuovere la preclusione del giudicato esecutivo la formazione di orientamento giurisprudenziale che abbia condotto a statuire diversamente sull'eseguibilità del giudicato allorché la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo abbia riconosciuto il carattere "non equo" del processo (Sez. 1, n. 23817 del 11/03/2009, Cat Berro, Rv. 243810).

Ma anche la barriera del giudicato esecutivo era destinata a cadere, poiché con successiva sentenza a Sezioni Unite la Corte affermava il ben diverso principio secondo il quale il mutamento di giurisprudenza,

intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, di una richiesta in precedenza rigettata (Sez. U, n. 18288 del 21/01/2010, Beschi, Rv. 246651). La Corte fa leva sul principio di legalità e sulla importanza del c.d. diritto vivente, affermando che «s'impone una interpretazione sistematica dell'art. 666 c.p.p., comma 2 alla luce delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), con particolare riferimento al principio di legalità penale di cui all'art. 7, così come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria, in modo da soddisfare l'esigenza di una interazione dialogica tra attività ermeneutica del giudice nazionale e di quello europeo, nella prospettiva della più completa tutela dei diritti fondamentali della persona. [...] La richiamata norma, apparentemente "debole" e scarsamente "incisiva" rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia), presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti, resi progressivamente espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha esteso la portata della disposizione, includendovi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia *in malam partem* (cfr. sentenza n. 32492/96, caso Coeme e altri e/ Belgio), il principio implicito della retroattività della legge meno severa (sentenza Grande Camera 17/9/2009, caso Scoppola c/ Italia), e ha enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di "legalità materiale", in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione. [...] Per effetto dell'esplicito riferimento al "diritto" ("law") - e non soltanto alla "legge" - contenuto nell'art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso Kruslin c/ Francia; 12/2/2008, caso Kafkaris c/ Cipro; 15/11/1996, caso Cantoni c/ Francia; 25/5/1993, caso Kokkinakis c/ Grecia)». La conseguenza di tali premesse argomentative non può che essere la necessità «di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente". Tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che - come si è detto - ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva».

Tale sentenza, pur distinguendo il c.d. giudicato esecutivo dal giudicato in senso proprio, non manca di avvertire, sulla base anche delle sentenze della Corte di Giustizia, che il giudicato nazionale ne esce "relativizzato" «in situazioni particolari in cui le corrispondenti modalità di attuazione siano strutturate in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile il concreto esercizio di diritti previsti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)».

Un'altra importante applicazione del principio di legalità di cui alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo si trova nella recente sentenza della Sezioni Unite n. 1235 del 28/10/2010, dep. 19/01/2011, Giordano, la quale, nel ravvisare un rapporto di specialità tra le fattispecie penali tributarie in materia di frode fiscale (artt. 2 ed 8, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74) ed il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen.), afferma che il principio di specialità, inteso come relazione logico-strutturale fra norme, è idoneo a risolvere tutte le problematiche concernenti il concorso di norme, mentre il c.d. principio di consunzione o di assorbimento, oltre ad essere privo di fondamento normativo, è tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, il quale trova fondamento «anche nell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (oltre che nell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, oggi espressamente richiamata nel corpus comunitario attraverso l'art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007). Nella giurisprudenza della Corte EDU al suddetto principio si collegano i valori della accessibilità (*accessibility*) della norma violata e della prevedibilità (*foreseeability*) della sanzione, accessibilità e prevedibilità che si riferiscono non alla semplice astratta previsione della legge, ma alla norma "vivente" quale risulta dall'applicazione e dalla interpretazione dei giudici; pertanto, la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale. Il dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità, sempre secondo la Corte EDU, è, dunque, la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa, prevedibilità che si

articola nei due sotto principi di precisione e di stretta interpretazione». La sentenza conclude, pertanto, nel senso della «necessità del rigoroso rispetto del principio di legalità e dei conseguenti principi di determinatezza e tassatività, anche con riferimento alla materia del concorso apparente di norme incriminatrici. Certamente, non può trascurarsi l'esigenza sottesa alla giurisprudenza che fa ricorso al criterio della consunzione, cioè il rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale, ma tale rispetto è assicurato da una applicazione del principio di specialità, secondo un approccio strutturale, che non trascuri l'utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la *ratio* delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità, come intesa dalla giurisprudenza della Corte EDU».

4. IL DIRITTO VIVENTE E IL RUOLO DEL GIUDICE

Al concetto di "diritto vivente" fece ricorso la Corte Costituzionale per la prima volta nella sentenza n. 276 del 1974 (e successivamente sent. n. 11 del 1981), cioè la "norma non quale appare in astratto, ma quale operante nella quotidiana applicazione dei giudici"; così che il giudizio di legittimità costituzionale della norma non si basa sul testo letterale della disposizione, ma sulla interpretazione giurisprudenziale della stessa, in tal modo si perviene alla interpretazione adeguatrice delle norme ordinarie in conformità ai principi costituzionali.

Lo spazio del diritto vivente si è andato sempre più allargando in Italia anche in funzione di un fenomeno patologico, quello del moltiplicarsi di una produzione legislativa priva di sistematicità, qualitativamente di basso livello dal punto di vista della tecnica di redazione degli atti normativi, spesso costituita da leggi emanate in situazioni contingenti o anche temporanee, con la conseguenza di accentuare la conflittualità e, quindi, di aumentare la richiesta di intervento della giurisdizione. In un complesso legislativo incerto, contraddittorio, ancorato a principi e valori diversi da quelli costituzionalizzati, il giudice non è più "bocca della legge", ammesso che mai lo sia stato in passato anche in un sistema di regole rigide e chiuse e in una società molto meno dinamica di quella attuale, ma non può esimersi dal dovere di applicare con imparzialità regole giuridiche, pur quando queste siano limitate o lacunose, e di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti.

La sfera di operatività del diritto vivente si è andata sempre più ampliando sotto la spinta della "globalizzazione" dei diritti e della relativa tutela, ormai richiesta non più solo alle Corti nazionali, ma anche a quelle sopranazionali, non solo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, ma anche la Corte di Giustizia di Lussemburgo. La Corte di Giustizia ha consolidato il suo ruolo di giudice dei diritti e delle libertà fondamentali con il Trattato di Lisbona, che, all'art. 6, come si è detto, riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, già "Carta di Nizza", che assume "lo stesso valore giuridico dei Trattati", inoltre, prevede (al terzo comma) che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Con una recentissima sentenza del 1° marzo 2011, proc. C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basseliers c. Conseil des Ministres, la Corte di Giustizia, applicando la Carta dei diritti ha dichiarato incompatibile con gli artt. 21 e 23 della Carta stessa una direttiva comunitaria in materia di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto concerne premi e prestazioni assicurative.

Si produce, in tal modo, una commistione dei sistemi di tutela dei diritti dell'uomo, quello facente capo alla Corte di Giustizia e quello della Corte EDU. Quali possano essere le forme di coordinamento, sulle quali ancora si discute, certo è che il risultato non potrà essere che quello di una crescita globale, nel senso

dell'ampliamento della tutela dei diritti fondamentali, non potendo essere, come ha chiarito la Corte costituzionale (sent. n. 317 del 2009), una causa di diminuzione della tutela.

Il giudice italiano è, dunque, chiamato a confrontarsi con una normativa sopranazionale, che è tenuto a conoscere e ad applicare in un continuo, indispensabile, dialogo non più soltanto con il Giudice costituzionale, bensì, anche, con la Corte Europea dei diritti dell'uomo e con la Corte di Giustizia.

Il Giudice italiano acquista una dimensione europea in un sistema (sia UE che CEDU) non gerarchico ma con ampie interconnessioni e con riscontri nell'assetto costituzionale (artt. 10, 11, 111 e. 117, primo comma, Cost.), e diventa attivo protagonista della costruzione di un ordinamento caratterizzato da principi garantistici comuni ai cittadini europei.

Si tratta di una fondamentale evoluzione del ruolo del giudice: da giudice che assicura il rispetto della legalità a giudice che garantisce la tutela dei diritti.