DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione tematica

Rel. n. 65 **Roma, 7 luglio 2011**

Rapporti tra la giurisprudenza della Corte di cassazione e la giurisprudenza della Corte EDU

SOMMARIO:

1.- Premessa: il quadro concettuale nel cui contesto opera, in rapporto alla Corte EDU, il giudice comune italiano.

2.- Il "dialogo" tra Cassazione civile e Corte di Strasburgo.

2.1.- La vicenda del personale "A.T.A." (la sentenza "Agrati" della Corte EDU).

2.2.- Il "Collegato lavoro".

2.3.- L'autodichia della Presidenza della Repubblica.

2.4.- L'equa riparazione per la durata irragionevole del processo.

2.5.- La tutela del minore e la disciplina dell'immigrazione.

2.6.- La materia dell'espropriazione per pubblica utilità dopo le "sentenze gemelle" della Corte costituzionale.

3.- Problemi attuali dei rapporti tra la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione e la giurisprudenza della Corte EDU: considerazioni introduttive.

3.1.- *Segue*: le recenti "aperture" della Cassazione all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo.

3.2.- *Segue:* interpretazione conforme e circolarità dei "saperi" giurisprudenziali: esame di alcuni nodi problematici.

4.- Gli effetti del "giudicato" europeo sul giudicato interno.

4.1.- *Segue*: il ricorso straordinario per cassazione.

4.2.- *Segue*: la revisione del processo a seguito della pronuncia n. 113/2011 della Corte costituzionale.

5.- Le prospettive *de iure condendo*.

6.- Il problema delle letture dibattimentali delle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari.

1.- Premessa: il quadro concettuale nel cui contesto opera, in rapporto alla Corte EDU, il giudice comune italiano.

● Nelle Relazioni sull'amministrazione della giustizia degli ultimi anni è ormai uso soffermarsi sul fenomeno, in continua evoluzione, del "dialogo" tra giudici nazionali e sovranazionali, espressivo dello svolgersi di un "nuovo rapporto tra giurisdizione e territorio", tale da far acquisire al giudice italiano "un respiro europeo" e da far divenire il nostro ordinamento parte di un sistema sovranazionale (sia UE che C.E.D.U.), "a rete" e non più "a piramide", con riscontri nuovi nell'assetto

costituzionale (sia nella riforma dell'art. 111, secondo comma, Cost., che in quella dell'art. 117, primo comma, Cost.).

Si assisterebbe, dunque, ad una "metamorfosi dei confini" e ciò in ragione dell'incidenza stessa della globalizzazione "sulla semantica giuspolitica", là dove lo stesso processo di globalizzazione <<è spesso descritto con l'immagine della Ent-grenzung (de-limitazione e s-confinamento), nella misura in cui i confini territoriali perdono la tradizionale funzione di differenziazione e si deterritorializzano, venendo tracciati confini socio-spaziali ulteriori a partire dalla moltiplicazione degli spazi dell'azione sociale>>.[1]

Tra due poli, che, dunque, non sempre si attraggono virtuosamente, si colloca l'esercizio della giurisdizione, reso ancor più complesso proprio dallo "sconfinamento" del diritto, dalla sua globalizzazione, dall'inverarsi di diritti non più soltanto generati e tutelati nell'ambito territoriale dello Stato, ma frutto di fonti diversificate e risiedenti "oltre lo Stato", che originano una c.d. "tutela multilivello"[2], a maggior garanzia delle posizioni soggettive, ma non per questo sempre agevole da far funzionare senza che si deteriorino i delicati ingranaggi dell'articolato meccanismo giudiziario.

Di qui, per l'appunto, l'esigenza, o meglio la necessità, del dialogo, ascendente e discendente, tra giudici nazionali e giudici sovranazionali; un dialogo del quale, in questa sede, si darà sinteticamente conto in relazione al "versante C.E.D.U.".

● A tal riguardo va subito osservato che la tessitura del rapporto tra l'ordinamento italiano e la giurisdizione relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.) ha assunto una trama del tutto nuova a seguito delle sentenze (c.d. "gemelle") n. 347 e 348 del 2007 della Corte costituzionale, sicché, per delinearne i contorni attuali, occorre appunto muovere dalla "svolta" costituita da dette pronunce e dalle successive conferme che le stesse, sempre nell'ambito della giurisdizione costituzionale, hanno ricevuto.

---

[1] A. Di Martino, *Il territorio: dallo Stato-Nazione alla globalizzazione (sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto)*, Milano, 2010, 282-283.

[2] A. Ruggeri, *Riconoscimento e tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di formazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, relazione dell'11 maggio 2007, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Che di "svolta" si sia trattato non è dato dubitare, se è vero che, per lungo tempo, è stata la stessa essenza di un siffatto rapporto ad essere disconosciuta dal Giudice delle leggi, il quale, operando sul piano delle fonti, ha escluso ogni equiparazione della disciplina C.E.D.U. alla fonte costituzionale, qualificandola come norma internazionale pattizia, fuori dell'ambito di operatività del meccanismo di efficacia dell'art. 10 Cost. (riservato alle norme internazionali generalmente riconosciute) e, a maggior ragione, da quello dell'art. 11 Cost., non comportando essa alcuna limitazione di sovranità[3].

Invero, il passaggio di toni e - ciò che più rileva - di contenuti nella considerazione del rapporto tra ordinamento nazionale e C.E.D.U. ha vissuto una sorta di preludio, in due pronunce della Corte di cassazione, entrambe, sebbene in materie diverse, assertive del potere, in capo al giudice comune nazionale, di disapplicazione della norma interna incompatibile con la C.E.D.U.[4]. Un esito, questo, sicuramente distonico rispetto alla soluzione cui le citate sentenze del 2007 sono poi pervenute, ma nondimeno evocativo di un clima in lenta e, tuttavia, continua maturazione verso quello che sarebbe stato il mutamento da molti definito "epocale".

● Il rango e l'efficacia delle norme C.E.D.U., nonché il ruolo che i giudici nazionali e la Corte EDU rispettivamente rivestono nella interpretazione e nell'applicazione della Convenzione, sono delineati dal più recente orientamento della giurisprudenza costituzionale[5] muovendo dalla considerazione che l'espressione "obblighi internazionali" contenuta nell'art. 117, primo comma, Cost., riferendosi alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost., ha <<colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi>>, con la conseguenza che <<il contrasto di una norma nazionale con una norma

---

[3] Per tutte, si veda la sent. n. 188 del 1980. L'orientamento è stato, peraltro, sempre ribadito sul piano teorico, sebbene più di recente la normativa C.E.D.U. abbia, a volte, assunto il rango di parametro interpretativo dell'art. 2 Cost. ovvero di parametro idoneo ad esprimere "valori metalegislativi comuni", mentre, in talune occasioni, in contraddizione con le premesse concettuali, sia stata utilizzata come concreto parametro di scrutinio (ad es. sent. n. 342 del 1999).

[4] Si tratta di Cass. sez. I civile, 19 luglio 2002, n. 10542, in tema di risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, e di Cass., sez. I civile, 23 dicembre 2005, n. 28507, in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo.

[5] Le citazioni si riprendono dalla sent. n. 311 del 2009, che opera una ricognizione dello "stato dell'arte"; ma successivamente si vedano anche le sentenze: n. 93 del 2010, n. 196 del 2010, n. 1 del 2011, n. 80 del 2011 e n. 113 del 2011.

convenzionale, in particolare della C.E.D.U., si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.>>.

Posta una siffatta premessa a livello di regolazione delle fonti, le modalità operative secondo le quali il rapporto in esame trova svolgimento vedono in prima linea il giudice nazionale, che riveste il ruolo di "giudice comune della Convenzione" e come tale è investito del potere-dovere <<di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti>>[6].

Il *modus operandi* del giudice nazionale in caso di ipotizzato conflitto tra una norma interna ed una norma C.E.D.U. dovrà essere quello di attivarsi, in prima battuta, per giungere, nei limiti di quanto consentito dalla formulazione della disposizione ed alla luce degli ordinari canoni di ermeneutica giuridica, ad una "interpretazione conforme" della norma interna a quella pattizia. In quest'opera, l'interprete dovrà avere riguardo alla <<giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente>>, in modo tale da rispettarne la "sostanza"[7].

Ove, poi, l'interpretazione conforme non giunga all'esito sperato e permanga il supposto conflitto tra le due norme, il giudice nazionale è tenuto a sollevare, in riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. – e, se si tratti di <<norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta>>, anche dell'art. 10, primo comma, Cost. – la questione di legittimità costituzionale della norma interna confliggente.

La giustificazione teorica di siffatto obbligo di attivare il controllo di costituzionalità e di adire il Giudice delle leggi risiede nel <<meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti>> che opera tramite la <<clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost.>>.

---

[6] Il principio dell'interpretazione conforme è stato più volte enunciato dalla Corte di Strasburgo; per tutte, si veda Corte EDU, 27 marzo 2003, Scordino, in *Foro it.*, 2003, IV, 361.

[7] In tal senso, la stessa europea Corte EDU, 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03, ma anche la Corte di cassazione, sez. I civile, 20 maggio 2009, n. 10415 e, da ultimo, Cass., sez. I., sent. n. 14541 del 4 luglio 2011.

● Con ciò si esclude, dunque, che il giudice comune, a differenza di quanto accade per le norme del diritto comunitario ad "effetto diretto", possa <<procedere all'applicazione della norma della C.E.D.U. … in luogo di quella interna contrastante>>. La negazione del potere di "non applicazione" da parte del giudice comune vive in simbiosi, dunque, con l'affermazione del controllo accentrato di costituzionalità della norma interna che si ritenga lesiva della C.E.D.U., siccome, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. (o dell'art. 10, primo comma, Cost.), in contrasto con la Costituzione stessa.

Nella delibazione della sollevata questione di legittimità costituzionale, e prima che si pervenga all'eventuale invalidazione della norma interna, la Corte sarà tenuta a verificare l'esistenza del denunciato contrasto e l'impossibilità di una sua ricomposizione tramite, ancora una volta, l'esegesi della stessa norma interna <<rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo>>, come tale insindacabile, posto che trattasi di funzione ad essa attribuita dall'Italia <<senza apporre riserve>>. Nel far ciò, il Giudice delle leggi dovrà anche constatare che la disciplina nazionale offra, comunque, un minor tasso di tutela rispetto a quanto garantito dalla C.E.D.U., <<dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53>>.

● E' proprio in siffatto specifico contesto che, però, trova spazio, anche in relazione alla C.E.D.U., la "teoria dei controlimiti" e, questa volta, con estensione maggiore di quella che concerne il rapporto tra norma interna e norma comunitaria. Difatti, la Corte costituzionale si è riservata il compito di verificare <<se la norma della C.E.D.U., nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione>>, così da inibire <<l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.>>, con la conseguenza della <<illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento>>.

Sebbene sia lo stesso Giudice delle leggi a definire come "ipotesi eccezionale" una simile evenienza, la sua eventualità non toglie validità all'assunto, il quale, come

accennato, prefigura una più ampia operatività dei "controlimiti" di quanto essi non possano nei confronti del diritto comunitario, rispetto al quale vengono in rilievo – in guisa di "ultima Thule" – non già tutte le norme della Costituzione (come, per l'appunto, avviene in relazione alla C.E.D.U.), bensì soltanto i "princípi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" ed i "diritti inviolabili dell'uomo", dalla stessa Carta Fondamentale garantiti.

● Da ultimo, è necessario precisare come, in forza di quanto affermato dalla recente sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale, la sopravvenienza 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, non ha mutato i termini del "dialogo" come sopra ricostruito.

In breve, la citata pronuncia del Giudice delle leggi ha escluso che possa valere per le norme C.E.D.U., estranee alle materie comunitarie, lo stesso meccanismo – della disapplicazione del diritto interno contrastante – che opera in favore delle norme dell'Unione europea.

In primo luogo, non può desumersi alcun argomento a sostegno della soluzione contraria dalla prevista adesione dell'Unione europea alla C.E.D.U., giacché essa non è ancora avvenuta.

In secondo luogo, il richiamo alla C.E.D.U. contenuto nel paragrafo 3 dell'art. 6 del Trattato – secondo cui 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>> – evoca una forma di protezione già esistente, così da rendere tuttora valide le argomentazioni sulla impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, <<di far derivare la riferibilità alla C.E.D.U. dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come "principi generali" del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione)>>.

Il rilievo si estende, peraltro, anche alla restante fonte di tutela e cioè alla Carta dei diritti fondamentali (cd. Carta di Nizza), il cui presupposto di applicabilità è <<che la

fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo … e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto>>.

In definitiva, rimane ancora valida l'impostazione teorica che adduce l'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla C.E.D.U. dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione). Tale impostazione non è messa in crisi dalla sostituzione della locuzione "rispetta" (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione "fanno parte" (del nuovo testo dello stesso art. 6); infatti, come già affermato dalla citata sentenza n. 349 del 2007, 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 C.E.D.U. 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.

2.- Il "dialogo" tra Cassazione civile e Corte di Strasburgo.

2.1.- la vicenda del personale "A.T.A." (la sentenza "Agrati" della Corte EDU).

● Nella materia civile, il dato più rilevante che è possibile cogliere nell'attualità più immediata è l'emersione di una fase critica di quel percorso dialogico che, alla stregua di un fisiologico funzionamento di un pur complesso circuito interpretativo, dovrebbe connotare i rapporti tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quella delle Corti nazionali di ultima istanza (Corte costituzionale e, appunto, Corte di cassazione).

La recentissima ***sentenza della seconda sezione della Corte di Strasburgo sul caso "Agrati + altri c. Italia", del 7 giugno del 2011***, seppur non ancora definitiva, testimonia di come le difficoltà di uno svolgimento, se non proprio armonioso, quantomeno non configgente delle relazioni tra le anzidette giurisdizioni sia un

obiettivo ancora non compiuto, sebbene l'impianto teorico su cui tali interrelazioni si fondano sia, come si è visto in precedenza, sufficientemente arato.

In siffatta ottica, dunque, il nodo critico al quale si faceva cenno sembrerebbe doversi ascrivere al momento operativo dell'applicazione dei principi e dei criteri che presiedono all'ordinato svolgersi del rapporto tra C.E.D.U. e diritto nazionale. Salvo, tuttavia, porsi l'interrogativo se non sia proprio una tale evenienza a suggerire, o se del caso ad imporre, una rielaborazione ermeneutica di quegli stessi principi e criteri, atta a rifondare le basi teoriche di un dialogo che, come da Altri[8] acutamente osservato, ove confinato nei termini segnati dalla citata decisione di Strasburgo, non si presta più ad essere effettivamente definito tale.

La problematica trova peculiare esaltazione nella vicenda che fa da sfondo alla pronuncia della Corte EDU; vicenda in cui si registra il combinarsi di plurimi interventi da parte di entrambe le Corti nazionali di ultima istanza, ciascuna, nell'ambito delle proprie competenze ed attribuzioni, incline a farsi carico delle ineludibili implicazioni poste dalla Convenzione - e, segnatamente, dal suo art. 6 sul processo equo – ma, tuttavia, con esiti definitivi disarmonici rispetto alle determinazioni della Corte internazionale.

L'apparente paradosso che una tale conclusione sembra esibire si chiarisce, almeno in parte, tramite l'esame di come si è atteggiato, nella specifica controversia, il rapporto dialogico tra le Corti, mostrando tratti a volte sofferti e certamente peculiari.

● A seguito del trasferimento del personale scolastico amministrativo, tecnico ed ausiliario (A.T.A.) dagli enti locali allo Stato, disposto dall'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, parte della giurisprudenza di merito aveva ritenuto legittimo, in favore di detto personale, il diritto al solo cosiddetto "maturato economico" sulla base di un accordo della contrattazione collettiva del settore pubblico, recepito con decreto interministeriale 5 aprile 2001, riconoscendo a tale accordo la possibilità di derogare a norme di legge, nonostante la legge derogata, che riconosceva al personale medesimo

[8] Massa, *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in www.forumcostituzionale.it; Ruggeri, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, in www.forumcostituzionale.it

l'anzianità maturata presso l'Ente di provenienza ai fini giuridici ed economici, rinviasse al contratto collettivo solo la disciplina di dettaglio.

Nel 2005 la Cassazione civile (in particolare, **sez. lav. n. 18829 del 27 settembre 2005**) disconosceva la correttezza di siffatta interpretazione, affermando il principio per cui, nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'efficacia derogatoria riconosciuta al contratto collettivo rispetto alla legge (attualmente regolata dall'art. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001) <<presuppone che la legge della cui deroga si tratti non investa la fonte collettiva del compito della propria attuazione, poiché ove ciò accada viene meno il presupposto stesso di operatività della disciplina concernente la suddetta efficacia, senza che a tal fine sia anche necessario che la legge disponga espressamente la propria inderogabilità, diversamente da quel che deve avvenire quando la legge non disponga in alcun modo circa i propri rapporti con successive norme di fonte collettiva>>. In base a ciò si riteneva, nella sostanza, che il dettato legislativo del 1999, in linea di massima di chiara esegesi, non potesse essere derogato dalla contrattazione collettiva, spettando, dunque, al personale A.T.A. il maturato economico sulla base della anzianità pregressa.

Tale approdo nomofilattico veniva confermato da ulteriori pronunce dello stesso giudice di legittimità, sino a che non veniva emanata la legge n. 266 del 2005 (legge finanziaria per il 2006), il cui art. 1, comma 218, stabiliva, tra l'altro, che l'art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 1999 andasse interpretato nel senso che il personale A.T.A. è inquadrato nei ruoli statali "sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999".

L'esito della disposizione di interpretazione autentica era quello di un trattamento economico deteriore per il personale A.T.A. rispetto a quanto avrebbe conseguito in ragione dell'esegesi in precedenza affermata dalla Cassazione.

La norma del 2005 venne, quindi, sottoposta al vaglio di costituzionalità, che essa superò indenne in ragione della declaratoria di infondatezza, recata dalla sentenza n.

234 del 2007 del Giudice delle leggi, delle varie questioni di legittimità costituzionale al riguardo sollevate. In particolare, con la pronuncia appena richiamata, si ritenne che la disposizione censurata, ove considerata espressione di funzione di interpretazione autentica, non potesse considerarsi lesiva dei principi costituzionali di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, giacché essa si limitava ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario, in assenza, peraltro, di un diritto vivente sulla inderogabilità dei criteri enunciati dall'art. 8 della legge n. 124 del 1999. La stessa Corte costituzionale puntualizzava, del resto, che, anche a volerne ammettere il carattere innovativo, ma con efficacia retroattiva, non si sarebbe potuti giungere ad affermare l'irragionevolezza della norma, che non comprometteva né l'imparzialità della pubblica amministrazione, né l'esercizio della funzione giurisdizionale, la quale opera su un piano diverso rispetto a quello del potere legislativo di interpretazione autentica.

Il tracciato segnato dalla Corte costituzionale veniva condiviso, in un primo momento, anche dalla Cassazione civile, che, con la **sentenza n. 677 del 16 gennaio 2008 della sezione lavoro**, riconosceva all'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005 effettiva natura di norma di interpretazione autentica, <<della quale possiede i requisiti essenziali, riscrivendo una regola di giudizio che, lungi dal determinare l'esito di specifiche ed individuate controversie, è destinata ad operare in termini generali per le controversie già avviate come per quelle future, rispetto alle quali assume anche un evidente scopo preventivo>>.

Ma Cass. n. 677 del 2008 non si limitava a siffatta affermazione, giacché enunciava anche il principio di diritto per cui la disposizione di interpretazione autentica anzidetta non configgeva con <<l'art. 117, primo comma, Cost. e, per suo tramite (cfr. Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 2007), con l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con la legge n. 848 del 1955), come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea (Grande Chambre, sentenza del

29 marzo 2006), giacché il legislatore, lungi dal porsi come esclusivo obbiettivo quello di influire sulla soluzione delle controversie in corso ed operando nel senso di armonizzare situazioni differenziate all'origine, ha realizzato un riassetto organizzativo di ampia portata, rendendo palesi le pressanti ragioni di interesse generale che, in materia civile, abilitano, secondo la stessa giurisprudenza della Corte europea, anche interventi retroattivi, tanto più là dove questi, oltre a non vanificare totalmente i crediti già sorti, implichino una rimodulazione del diritto in una delle direzioni in astratto plausibili anche secondo la legge interpretata>>.

Da tale posizione dissentiva, però, la stessa sezione lavoro della Corte di cassazione, la quale, con **ordinanza interlocutoria n. 22260 del 4 settembre 2008**, nuovamente rimetteva alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 1, comma 218, citato, ma questa volta per ipotizzato contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. e, per suo tramite, con l'art. 6, par. 1, C.E.D.U., ritenendo che la norma censurata violasse il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, <<non essendo necessario - alla luce della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo (più di recente, *SCM Scanner de l'Ouest ed autres c. France*, sentenza del 21 giugno 2007, ric. n. 12106/03) - che la disposizione retroattiva sia "esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso", né che tale scopo sia stato comunque enunciato, essendo, invece, sufficiente a ritenere fondato il conflitto con l'art. 6 della Convenzione europea che nel procedimento sia applicata la disposizione denunciata e lo stesso Stato sia parte nel giudizio e consegua, dall'applicazione della norma come interpretata autenticamente, la positiva definizione della controversia>>.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 311 del 2009, dichiarava, però, non fondata la questione, osservando, anzitutto, che già in precedenza aveva ritenuto che l'inquadramento stipendiale nei ruoli statali del personale A.T.A. in ragione del maturato economico costituiva una delle possibili varianti di lettura della norma interpretata e che non poteva essersi formato un legittimo affidamento con riferimento al trattamento retributivo derivante dalla valutazione dell'intera anzianità maturata presso gli enti di provenienza, sia per il tipo di interpretazione adottata in sede di

contrattazione collettiva, sia per il richiamo espresso al principio dell'invarianza della spesa in sede di primo inquadramento del personale proveniente dagli enti locali.

Il Giudice delle leggi rammentava, poi, che, per la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo stabiliti dall'art. 6 della C.E.D.U., sebbene vietino l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito di controversie in atto, tuttavia non vietano in assoluto interventi retroattivi dei legislatori nazionali, con ciò dovendo escludersi la sussistenza di un principio secondo cui la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si porrebbe automaticamente in contrasto con la Convenzione europea. Ciò precisato, la Corte costituzionale affermava, quindi, che, nella specie, il legislatore non aveva travalicato i limiti fissati dalla C.E.D.U., posto che non si era determinata una *reformatio in malam partem* di una situazione patrimoniale in precedenza acquisita, oltre ad essersi salvaguardata l'esigenza di armonizzare situazioni lavorative tra loro differenziate all'origine, conformemente al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico. In definitiva, secondo la sentenza n. 311 del 2009, ricorrevano più ragioni imperative di interesse generale, le quali, nel rispetto dell'art. 6 C.E.D.U., consentono interventi retroattivi: a) l'esigenza di ristabilire una delle possibili direzioni dell'originaria intenzione del legislatore; b) la non vanificazione del tutto dei diritti sorti ed acquisiti sulla base della legge interpretata; c) la conformità di tale interpretazione con la finalità di garantire una generale perequazione di tutti i lavoratori del comparto scuola.

La Cassazione civile, con la **sentenza n. 22751 del 2010 della sezione lavoro**, è ritornata sulla vicenda, confermando l'orientamento già espresso dalla sentenza n. 677 del 2008 e dalla Corte costituzionale nel 2009, altresì puntualizzando che la modifica dell'art. 6 del Trattato dell'Unione, sostituito dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (ratificato con legge 2 agosto 2008, n. 130), non determina la necessità di un riesame della questione, posto che detta norma, nel prevedere che l'Unione "riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7

dicembre 2000 e che aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", precisa che ciò "non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati" e "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze" proprie, "né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione".

● Si è giunti, dunque, ad un assetto esegetico che ha visto collimare le posizioni interpretative del giudice della nomofilachia e della Corte costituzionale, sotto l'impulso oggettivamente proveniente dalla Corte di cassazione; impulso non soltanto sotto il profilo della anticipazione delle ragioni e delle argomentazioni di fondo che hanno sostanziato i comuni approdi ermeneutici infine raggiunti, ma anche sotto l'aspetto, di opposto tenore, di una voce espressiva di quel dissonante orientamento, che non ha trovato accoglimento nella pronuncia del 2009 del Giudice delle leggi, ma la cui linea di fondo è risultata poi essere consentanea a quella della sentenza della Corte EDU del 7 giugno di quest'anno.

● La pronuncia appena richiamata, infatti, ha ribaltato gli esiti immediati dell'impianto ermeneutico appena descritto, negando che l'intervento legislativo del 2005 fosse giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico, così da violare l'art. 6 della Convenzione; al tempo stesso, ha riconosciuto che l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, nel regolamentare in maniera definitiva le controversie, si sostanziasse in una ingerenza nell'esercizio del diritto di proprietà, così da violare l'art. 1 del Protocollo n. 1, per aver imposto un "onere eccessivo e anormale" ai ricorrenti, in tal modo rendendo sproporzionato il pregiudizio alla loro proprietà e rompendo <<il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali>>.

La Seconda sezione della Corte di Strasburgo, nell'assumere siffatta decisione, ha invero ribadito le linee fondamentali della propria giurisprudenza - cui, del resto, entrambe le Corti nazionali di ultima istanza avevano fatto necessario riferimento - ricordando, in primo luogo, che: <<se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti

derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative di interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia (sentenza Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis, cit., § 49, serie A n. 301-B; Zielinski e Pradal & Gonzales e altri cit., § 57). (…) L'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte (v., in particolare, causa Dombo Beheer BV c. Paesi Bassi, dal 27 ottobre, 1993, § 33, Serie A, No. 274, e Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis, § 46)>>.

La Corte EDU ha, inoltre, precisato che, secondo la propria giurisprudenza, <<un ricorrente può addurre la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 solo nella misura in cui le decisioni che contesta sono relative alla sua "proprietà" ai sensi della presente disposizione. La nozione di "proprietà" può concernere sia i "beni esistenti" che i valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti. Affinché un credito possa considerarsi un "valore patrimoniale", ricadente nell'ambito di applicazione dell'articolo 1 del Protocollo 1, è necessario che il titolare del credito lo dimostri in relazione al diritto interno, per esempio, sulla base di una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali. Una volta dimostrato, può entrare in gioco il concetto di "legittimo affidamento" (Maurice c. Francia [GC], n. 11810/03, § 63, C.E.D.U. 2005-IX)>>.

Ed, infine, puntualizzato che, grazie ad una conoscenza diretta della società e dei suoi bisogni, <<le autorità nazionali sono in via di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per determinare ciò che rientra nel concetto di "pubblica utilità". Nel sistema di tutela istituito dalla Convenzione, le autorità nazionali devono quindi decidere per prime se esiste un interesse generale che giustifica la privazione della proprietà. Di conseguenza, esse dispongono di un certo margine di apprezzamento. La decisione di adottare una legislazione restrittiva della proprietà di solito comporta valutazioni di ordine politico, economico e sociale.

Considerando normale che il legislatore disponga di un'ampia libertà di condurre una politica economica e sociale, la Corte deve rispettare il modo in cui egli concepisce gli imperativi di "pubblica utilità" a meno che la sua decisione sia manifestamente priva di ragionevole fondamento (Presse Compania Naviera SA e altri c. Belgio, 20 novembre 1995, § 37, Serie A, n. 332, e Broniowski c. Polonia [GC], n. 31443/96, § 149, C.E.D.U. 2004-V). In linea generale, il solo interesse economico non giustifica l'intervento di una legge retroattiva di convalida (di misure restrittive della proprietà)>>.

- Dalla ricognizione appena operata, sembra rafforzarsi la convinzione, già in precedenza palesata, per cui lo iato tra l'orientamento della giurisprudenza C.E.D.U. e quello della giurisprudenza nazionale di ultima istanza risieda non già nella considerazione dei principi regolatori del dialogo, ma nella fase di loro applicazione. Notazione, questa, che non rende meno disagevole il sentiero di una ricomposizione armoniosa, giacché, se da un lato non è in discussione la primazia dell'interpretazione del giudice della Convenzione, dall'altro è proprio quest'ultimo a riconoscere – sembrando quasi evocare un principio di sussidiarietà ermeneutica - la maggiore capacità cognitiva e di comprensione delle autorità nazionali rispetto a ciò che rientra nel concetto di "pubblica utilità". Un ambito, questo, che si presta ad essere, almeno in parte, occupato anche dalle Autorità che sono deputate ad interpretare ed applicare la legge, o a dichiararla invalida ove contrastante con la Carta costituzionale.

2.2.- Il "Collegato lavoro".

Ancora nella materia del lavoro, qualche mese prima della pubblicazione dell'esaminata sentenza "Agrati" della seconda sezione della Corte EDU, la Cassazione civile - con **ordinanza interlocutoria n. 2112 del 28 gennaio 2011 della sezione lavoro** - ha ritenuto di investire la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5 e 6, della legge 4 novembre 2010, n. 183, sul c.d. "Collegato lavoro", il quale reca, per i casi di apposizione illegittima di termine al contratto di lavoro, la previsione del pagamento di un'indennità onnicomprensiva, che

esclude la condanna del datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni dalla data di scadenza del termine illegittimamente apposto. Tra i vari parametri evocati (artt. 3, 4, 24 e 111 Cost.), vi è anche quello dell'art. 117, primo comma, Cost., la cui dedotta violazione si accompagna a quella dell'art. 6 C.E.D.U., per l'asserita indebita interferenza del legislatore nei processi in corso. In particolare, l'ordinanza di rimessione, nel richiamare la sentenza n. 311 del 2009, ha sostenuto che le ragioni imperative di interesse generale, la sussistenza della quali sarebbe in grado di giustificare l'incidenza della legge retroattiva sulla giurisdizione, non potrebbero essere apprezzate nel caso di specie, là dove, oltre a non esservi necessità di armonizzazione dei rapporti pubblico e privato, né incertezze interpretative sul tenore delle disposizioni, rilevano soltanto "motivi di opportunità economica", legati al pregiudizio patrimoniale che potrebbe derivare per le imprese obbligate a numerosi risarcimenti in forza di esborsi di misura non prevedibile, con incidenza sugli stessi bilanci preventivi.

La pronuncia, seppure nel suo specifico contesto, sembra quasi anticipare una sintonia dialogica con la Corte EDU tanto da preconizzare almeno parte delle ragioni poi spese dalla sentenza "Agrati" sulla vicenda del personale A.T.A..

2.3.- L'autodichia della Presidenza della Repubblica.

Esemplificativa del dialogo in continuo divenire tra giudice nazionale comune della Convenzione e Corte EDU, frutto sovente di una virtuosa interazione, è anche l'importante **sentenza delle Sezioni Unite civili n. 6529 del 2 marzo 2010**, in tema di autodichia della Presidenza della Repubblica in riferimento alle controversie relative al rapporto di lavoro dei propri dipendenti.

Il riconoscimento dell'autodichia in favore di detto organo costituzionale, diversamente da quanto in precedenza ritenuto da Cass., S.U., sent. n. 12614 del 1998, è passato attraverso la preminente considerazione non solo dei principi fissati dalla

Costituzione[9], ma anche di quelli della C.E.D.U., siccome "integrativi" dei primi. In particolare, le Sezioni Unite hanno assunto l'interpretazione dell'art. 6, par. 1, C.E.D.U. fornita dalla Corte di Strasburgo (con la sentenza 28 aprile 2009, Savino) rispetto all'autodichia della Camera dei deputati, come criterio orientativo per la soluzione della medesima questione riferita, però, alla Presidenza della Repubblica, riconoscendo che i regolamenti presidenziali emanati con i d.P.R. 24 luglio e 9 ottobre del 1996 sono tali da assicurare la precostituzione, l'imparzialità e l'indipendenza dei collegi, previsti per la risoluzione delle controversie anzidette, quali condizioni che presidiano l'esercizio della giurisdizione ordinaria.

2.4.- L'equa riparazione per la durata irragionevole del processo.

● L'obbligo di interpretazione conforme in ambito C.E.D.U., sin dove la norma nazionale lo consenta in base al suo tenore letterale, è stato di recente ribadito da **Cass., sez. I, sent. n. 6878 del 22 marzo 2010**[10], in tema di equa riparazione per la durata irragionevole del processo – ambito di elezione dei rapporti tra giurisprudenza civile nazionale e Corte di Strasburgo - con la rilevante precisazione, in consonanza con l'insegnamento della Corte costituzionale, sull'impossibilità di pervenire alla "non applicazione" della norma interna contrastante con il diritto vivente convenzionale frutto della interpretazione della Corte di Strasburgo, al pari di quanto, invece, è dato in ambito comunitario.

● Ancora in tema, **Cass., sez. I, sent. n. 10415 del 6 maggio 2009** ha rappresentato un esempio paradigmatico di come possa concretamente operare sul "campo" l'interazione tra fonti delineata dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007[11]. Si afferma, nella anzidetta pronuncia[12], la manifesta infondatezza della

[9] E tra questi, oltre quelli che fondano il potere di autorganizzazione dell'organo costituzionale Presidenza della Repubblica, in particolar modo gli artt. 2, 3, 24 e 113 Cost., quale presidio rispetto ad una regolamentazione di giurisdizione autonoma che non crei <<*una categoria di cittadini-lavoratori dotati di tutela debole*>>.

[10] Ed ancor più di recente dalla già richiamata Cass. n. 14541 del 2011.

[11] Seguite poi da ulteriori pronunce, innanzi richiamate.

[12] Confermata, più di recente, da Cass., sez. I, ord. n. 4796 del 26 febbraio 2010 e da Cass., sez. I, ord. n. 478 dell'11 gennaio 2011, più avanti richiamata.

questione di costituzionalità dell'art. 2, comma 3, lettera a), della legge 24 marzo 2001, n. 89, nella parte in cui stabilisce che, al fine dell'equa riparazione, rileva soltanto il danno riferibile al periodo eccedente il termine di ragionevole durata, escludendo che possa ravvisarsi una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento alla compatibilità con gli impegni internazionali assunti dall'Italia mediante la ratifica della C.E.D.U.. A tal fine rileva il rispetto "sostanziale" del parametro fissato dalla Corte di Strasburgo ai fini della liquidazione dell'indennizzo, sicché la modalità di calcolo imposta dalla norma nazionale non viene ad incidere sulla complessiva attitudine della legislazione interna ad assicurare l'obiettivo della "effettività" del ristoro per la lesione del diritto "alla ragionevole durata".

Specifico rilievo assume, quindi, il passaggio argomentativo con il quale, rammentatosi il rango subcostituzionale delle norme C.E.D.U., esse sono tenute al rispetto non soltanto dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma anche delle restanti norme della Carta costituzionale e, tra queste, in primo luogo dell'art. 111, secondo comma, Cost., in base al quale il processo ha un tempo di svolgimento o di durata ragionevole, con il quale potrebbe contrastare <<un obbligo di indennizzo stabilito in relazione ad una fase e ad un tempo [processuali] che necessariamente deve esserci>>.

Ma ancor più riveste interesse l'assunto per cui la prescelta interpretazione è tale da evitare un approfondimento di ulteriori eventuali <<profili di non manifesta infondatezza di illegittimità costituzionale di un'esegesi che, attraverso rigidi automatismi e meccanismi presuntivi di non sicura ragionevolezza, in un sistema economico e di finanza pubblica caratterizzato dalla limitatezza delle risorse disponibili, rischia di porre la norma C.E.D.U. in esame (e l'interpretazione offertane dal giudice Europeo) in contrasto con le norme costituzionali che riconoscono e tutelano i diritti fondamentali, sacrificandone alcuni, di pari, se non superiore livello>>.

La sentenza dimostra, attraverso l'esigenza – per ora soltanto allo stato virtuale – di pervenire ad un bilanciamento tra "diritti", come, a livello di concreta applicazione dei principi, sia realmente ipotizzabile una conflittualità tra fonti, nazionale e

sovranazionale. Tuttavia è la medesima decisione a porre, del pari, in evidenza che, proprio tramite il circolo virtuoso dell'interpretazione conforme, in una dimensione matura dei rapporti tra giudice comune e giudice delle Convenzione, si possano rinvenire i criteri risolutivi di eventuali antinomie.

Peraltro, con la più recente **Cass., sez. I, ord. n. 478 dell'11 gennaio 2011** si è precisato che la modalità di calcolo anzidetta è stata ritenuta dalla stessa Corte di Strasburgo non contrastante con la Convenzione Europea[13].

● Al di là della stessa interpretazione conforme e portatrice di una esegesi diretta delle norme C.E.D.U. è **Cass., S.U., sentenza n. 27348 del 24 dicembre 2009**, la quale ha escluso che, ai fini dell'ammissibilità della domanda di equa riparazione, per il rispetto del termine semestrale previsto dall'art. 4 della legge n. 89 del 2001, possano sommarsi le durate, da un lato, del processo di cognizione e quello di esecuzione regolati dal codice di procedura civile e, dall'altro, di quello cognitivo del giudice amministrativo e il processo di ottemperanza teso a far conformare la P.A. a quanto deciso in sede cognitoria, giacché, rispettivamente, autonomi tra loro sul piano strutturale e funzionale.

L'assunto ha trovato radice in base all'art. 6 della C.E.D.U., per cui il termine di durata ragionevole deve identificarsi <<sulla base delle situazioni soggettive controverse ed azionate su cui il giudice adito deve decidere, che, per effetto della suddetta norma sovranazionale, sono "diritti e obblighi", ai quali, avuto riguardo agli artt. 24, 111 e 113 Cost., devono aggiungersi gli interessi legittimi di cui sia chiesta tutela ai giudici amministrativi>>.

Si tratta di interpretazione non mediata dalla giurisprudenza di Strasburgo, della quale non si rinvengono <<principi vincolanti>> sulla specifica questione, sicché, come

---

[13] Per tutte, si veda Corte eur. Dir. Uomo, 20 aprile 2010, Martinetti e Cavazzuti c. Italia, Requetes n. 37947/02 et 39420/02; Delle Cave et Corrado c. Italie et Simaldone c. Italie (n. 22644/03, p.p. 71-72, CEDH 2009: "*Quant à la circonstance que la loi "Pinto" ne permet pas d'indemniser le requerant pour la duree globale de la procedure mais prend en compte le seul prejudice qui peut se rapporter à la periode excedant le "delai raisonnable" (article 2, alinea 3, lettre a) de ladite loi) (paragraphe 12 ci- dessus), la Cour rappelle qùe un Etat partie à la Convention dispose d'une marge d'appreciation pour organiser une voie de recours interne de facon coherente avec son propre systeme juridique et ses traditions, en conformitè avec le niveau de vie du pays ... La circonstance que la methode de calcul de l'indennisation prevue en droit interne ne correspond pas exactement aux criteres enonces par la Cour n'est pas decisive pourvu que les juridictions "Pinto" parviennent à octroyer des sommes qui ne soient pas deraisonnables par rapport à celles allouées par la Cour dans des affaires similaires*").

osservato dalla Cassazione, <<occorre allora procedere ad un esame diretto del dato normativo sovranazionale, per rilevare se da esso emerga una nozione di "processo", cui hanno diritto i cittadini degli Stati aderenti alla Convenzione, vincolante pure per il diritto interno e che comporti comunque una considerazione complessiva o unitaria dei due indicati procedimenti giurisdizionali ovvero consenta di tenere distinti gli stessi; a tale nozione devono conformarsi i singoli ordinamenti degli Stati convenzionati e i giudici operanti in Italia, se non in contrasto con la Costituzione>>.

2.5.- La tutela del minore e la disciplina dell'immigrazione.

Un rilievo non indifferente assume la prospettiva del bilanciamento tra esigenze di tutela del nucleo familiare e del minore e quelle di disciplina dei flussi migratori, che **Cass., S.U., sent. n. 21799 del 20 ottobre 2010** mutua anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, in forza della quale propria la necessaria considerazione di detto bilanciamento ha condotto a disconoscere come diritto assoluto quello alla vita privata e familiare, siccome suscettibile di essere sacrificato sulla base di "politiche statali di regolamentazione dell'immigrazione". Ciò in forza di una serie di criteri di natura elastica <<al fine di bilanciare il diritto *au respect de sa vie priveé et familiare* di cui all'art. 8 della Convenzione con il limite al suo esercizio costituito dall'ingerenza dei pubblici poteri consentita dal comma 2, sostanzialmente subordinandola ai parametri della "proporzionalità" e "necessità" (Corte Edu, 24 novembre 2009, Omojudi; 22 marzo 2007, Maslov; 18 ottobre 2006, Unerv; 27 ottobre 2005, Keles; 17 aprile 2003, Ylmaz;11 luglio 2002, Amrollahi; 20 novembre 1999, Baghli)>>.

Bilanciamento che, tuttavia, non ha inibito una lettura più aperta dell'art. 31 del T.U. sull'immigrazione (d.lgs. n. 286 del 1998 e successive modificazioni) - concernente la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psicofisico - tale da non postulare <<necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi

danno effettivo, concreto, percepibile ed obbiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psicofisico deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto>>.

2.6.- La materia dell'espropriazione per pubblica utilità dopo le "sentenze gemelle" della Corte costituzionale.

● Le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale (per l'appunto, c.d. "sentenze gemelle") – le quali, come in precedenza si è ricordato, hanno tracciato le coordinate dei rapporti tra Corte di Strasburgo e giudici comuni nazionali - sono intervenute nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità su sollecitazione, in particolar modo, della Corte di cassazione[14], incidendo sulla disciplina relativa ai criteri di determinazione dell'indennizzo (quanto all'espropriazione di aree edificabili) e di determinazione del danno (in riferimento alle occupazioni appropriative).
Segnatamente, la sentenza n. 348 del 2007 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del primo Protocollo della C.E.D.U., nella interpretazione ad esso data dalla Corte di Strasburgo, l'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359. In breve, si è affermato che l'indennizzo dovuto dallo Stato in caso di espropriazione non può ritenersi legittimo se non consiste in una somma che si ponga in rapporto ragionevole con il valore del bene. Sicché, la norma denunciata – nel prevedere, in base ad una disciplina originariamente transitoria, ma attualmente a regime in forza della sua riproduzione nel testo unico di cui al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (tanto che, in via conseguenziale, è stata dichiarata l'incostituzionalità anche dell'art. 37, commi 1 e 2, di detto d.P.R.), un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 e il 30 per cento del valore di mercato del bene ed ulteriormente ridotta dall'imposizione fiscale – è priva di un "ragionevole legame" con il valore venale del

[14] Si tratta delle ordinanze di rimessione del 20 e 29 maggio e del 19 ottobre 2006.

bene, così da risultare inidonea ad assicurare un "serio ristoro" e, in definitiva, da vanificare praticamente l'oggetto del diritto di proprietà.

Quanto alla sentenza n. 349 del 2007, l'illegittimità costituzionale ha colpito il comma 7-*bis* dell'art. 5-*bis* (comma introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996), giacché la disposizione, non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, si pone in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla C.E.D.U. e, dunque, con l'art. 117, primo comma, Cost.

Il ridelineato quadro normativo, arricchito non solo da successivi interventi legislativi di rimodulazione della disciplina già oggetto di invalidazione[15], ma anche da recentissimi ulteriori interventi del Giudice delle leggi[16], ha suscitato, come naturale, talune problematiche di riassetto complessivo, che sono state affrontate dalla giurisprudenza della Cassazione ancora una volta in relazione proficua con gli arresti della giurisprudenza di Strasburgo.

● Un primo profilo ha investito l'art. 80 della legge 14 maggio 1980, n. 219 - c.d. "legge su Napoli", concernente il programma straordinario di edilizia residenziale per le zone terremotate - là dove la norma prevede un criterio di liquidazione non dissimile,

---

[15] Il richiamo è alla risistemazione delle conseguenze economiche delle occupazioni illegittime, oltre che dell'espropriazione rituale, per effetto dell'art. 2, commi 89 e 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che in materia di occupazione appropriativa, riguardo ai giudizi ancora pendenti (per le espropriazioni fino al 1996), novellando l'art. 37 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, ha ristabilito la regola risarcitoria del valore pieno del bene, vigente prima del comma 7-bis.

[16] Peraltro, occorre rammentare che la recentissima sentenza n. 181 del 2011 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5-bis, comma 4, del d.l. n. 333 del 1992 citato, in combinato disposto con gli articoli 15, primo comma, secondo periodo, e 16, commi quinto e sesto, della legge 22 ottobre 1971, n. 865, come sostituiti dall'art. 14 della legge 28 gennaio 1977, n. 10; nonché, in via conseguenziale, l'incostituzionalità dell'art. 40, commi 2 e 3, d.P.R. n. 327 del 2001. Il Giudice delle leggi ha, dunque, accolto le questioni di costituzionalità di dette norme, sollevate in riferimento agli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1, primo protocollo, allegato alla C.E.D.U., sul presupposto che esse prevedono 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 indennizzo integrale o, quanto meno, "ragionevole". In estrema sintesi, la Corte costituzionale ha ribadito che, seppur è vero <<che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato e che non sempre è garantita dalla C.E.D.U. una riparazione integrale … Tuttavia, proprio l'esigenza di effettuare una valutazione di congruità dell'indennizzo espropriativo, determinato applicando eventuali meccanismi di correzione sul valore di mercato, impone che quest'ultimo sia assunto quale termine di riferimento dal legislatore (sentenza n. 1165 del 1988), in guisa da garantire il "giusto equilibrio"tra l'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui>>.

quanto allo scostamento dal valore integrale del bene, da quello adottato dalle norme dichiarate incostituzionali dalla ricordata sentenza n. 348 del 2007. Con **sentenza n. 5265 del 28 febbraio 2008, le Sezioni Unite civili** hanno ritenuto manifestamente infondato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Primo Protocollo della C.E.D.U., il dubbio di costituzionalità della disposizione anzidetta che era stato prospettato in ragione della asserita mancanza di un necessario (ragionevole) allineamento dell'indennizzo al valore pieno di mercato del bene espropriato. A tal fine, le Sezioni Unite, in linea con le argomentazioni spese dalla citata sentenza n. 348 del Giudice delle leggi, hanno valorizzato la precisazione, resa dalla sentenza della Grande Chambre del 29 marzo 2006, "Scordino v. Italia", in ordine alla possibile giustificazione di "un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo", nel quadro di "un ampio margine apprezzamento" riconosciuto, per tal aspetto, allo Stato, nel caso di "obbiettivi legittimi di utilità pubblica come quelli perseguiti da misura di riforma economica o di giustizia sociale"; ipotesi da contrapporsi, dunque, a quelle di "espropriazione isolata", per le quali "solo una riparazione integrale può essere considerata in un rapporto ragionevole con il valore del bene". Sicché, proprio nella peculiare categoria di quelle espropriazioni, non "isolate", finalizzate al perseguimento di "obbiettivi sociali" giustificanti, anche nel quadro di tutela della C.E.D.U., la corresponsione di un "indennizzo inferiore al valore di mercato" nella misura che, in base all'apprezzamento del legislatore risulti necessaria per la fattibilità dei programmi di ricostruzione, sarebbe da collocare la "legge su Napoli", giacché volta, in una contingenza drammatica ed eccezionale, a porre rimedio alle conseguenze degli eventi sismici del novembre 1980 e febbraio 1981, con tempestivi interventi in favore delle popolazioni colpite dal terremoto, per la "ricostruzione delle zone disastrate della Basilicata e della Campania".

Peraltro, la stessa sentenza delle Sezioni Unite ha cura di precisare che, ai fini della questione di costituzionalità, non assume rilevanza il fatto che l'art. 37, comma 1, del d.P.R. n. 327 del 2001, come sostituito dall'art. 2, comma 89, della legge n. 244 del 2007, preveda, in via generale, per le espropriazioni finalizzate ad attuare interventi di

riforma economico-sociale, una riduzione (del 25%) più contenuta di quella consentita dalla legge del 1981. Ciò in quanto la legge appena richiamata è connotata dai caratteri della specialità, temporaneità ed eccezionalità; inoltre, perché, in linea di principio, <<l'avanzamento, nel prosieguo della legislazione, del livello di garanzia di un valore costituzionale non comporta l'illegittimità della normativa precedente attestata su un livello inferiore di tutela>>.

● In tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno vantato dal proprietario del fondo asservito alle finalità dell'opera pubblica, **Cass., sez. I, n. 22407 del 5 settembre 2008**[17] ha, anzitutto, escluso che il relativo termine quinquennale contrasti con l'art. 1 del primo Protocollo della C.E.D.U., essendo un'analoga disciplina prevista per qualsiasi illecito lesivo di diritto soggettivo, anche di rango costituzionale. Inoltre, l'inizio della decorrenza del predetto termine prescrizionale è stato collocato in epoca non anteriore alla data di emersione dell'istituto dell'occupazione appropriativa nella giurisprudenza ed alla sua recezione da parte della legge 27 ottobre 1988, n. 458, giacché soltanto allora, in assenza di norme di diritto interno sufficientemente chiare, accessibili, prevedibili, gli effetti dell'istituto sono divenuti normativamente percepibili; a tal fine, si è fatta applicazione - quale principio di diritto intertemporale che va a conformare in termini di diritto vivente la norma europea che lo Stato si è impegnato ad osservare (legge n. 849 del 1955) - di quanto enunciato dalla Corte di Strasburgo in sede di interpretazione dell'art. 1 Protocollo addizionale C.E.D.U., circa la necessità che un'ingerenza di una pubblica autorità nell'esercizio dei diritti del privato sia "legale" e che il "principio di legalità" postuli l'esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, chiare e "prevedibili".

● Una valutazione in termini di conformità a Costituzione (anche rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma) dell'intervento legislativo di novellazione dell'art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001 da parte della legge n. 244 del 2007, si apprezza in **Cass., sez. I,**

[17] Preceduta da Cass., sez. I, sent. n. 20543 del 28 luglio 2008, e seguita da Cass., sez. I, sent. n. 9620 del 22 aprile 2010 e Cass., sez. I, sent. n. 12863 del 26 maggio 2010.

sent. n. 9245 del 9 aprile 2008, secondo cui il nuovo testo dell'art. 37 citato <<ha seguito alla lettera le indicazioni offerte dalla Grande Camera di Strasburgo con la sentenza del 29 marzo 2006 nel caso Scordino contro Italia, che ha avuto un peso determinante (non solo sulla vicenda costituzionale ma anche) sul nostro legislatore, costringendolo a reperire nuovi equilibri nei confronti degli espropriati>>. Si soggiunge, infatti, che il criterio di massima adottato per le espropriazioni di aree edificabili, determinato nella misura pari al valore venale del bene, era, infatti, la regola generale ritenuta congrua dalla Corte di Strasburgo, salvo esigenze particolari di riforme economico-sociali, che avrebbero potuto consentire una riduzione di tale valore. In tal senso, la <<norma novellata appare dunque una fedele riproduzione del disegno a suo tempo tracciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo>>.

Peraltro, mentre la esaminata Cass. n. 9245 del 2008 ritiene che la disposizione dell'art. 37 del T.U. delle espropriazioni trovi applicazione ai rapporti non esauriti per essere ancora in corso la controversia sulla misura dell'indennità, **Cass., sez. I, sent. n. 28431 del 28 novembre 2008** ne sostiene l'operatività soltanto in riferimento alle procedure espropriative soggette al predetto T.U. (cioè quelle in cui la dichiarazione di pubblica utilità è intervenuta dopo la sua entrata in vigore e cioè il 30 giugno 2003), là dove per le procedure soggette al regime pregresso dovrebbe rivivere l'art. 39 della legge 25 giugno 1865, n. 2359, con applicazione dunque del valore di mercato. Al di là delle posizioni non collimanti sullo specifico punto, è interessante evidenziare, tuttavia, come anche la pronuncia da ultimo richiamata faccia leva sulle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sempre la sentenza della Grande Chambre del 29 marzo 2006, "Scordino"), ancorandosi alla medesima soluzione del parametro del conguaglio al valore di mercato.

● Da ultimo, viene in evidenza la più recente **Cass., sez. I, sent. n. 719 del 13 gennaio 2011**, secondo la quale l'indennità di occupazione, anche se determinata con grande ritardo, non deve essere sempre oggetto di rivalutazione monetaria. La pronuncia ricorda, infatti, che l'indennità di occupazione legittima, espressa *ab origine* in valori monetari, costituisce debito di valuta, con la conseguenza che il riconoscimento in via

automatica della rivalutazione monetaria su tale debito costituirebbe violazione del disposto dell'art. 1224, secondo comma, cod. civ., a mente del quale il maggior danno causato dalla mora del debitore spetta soltanto al creditore che ne dimostri la sussistenza. La citata disposizione del codice civile disposizione non vulnera, però, l'art. 117, primo comma, Cost. quanto all'obbligo internazionale, assunto dall'Italia con la sottoscrizione e ratifica della C.E.D.U., in riferimento all'art. 1 del suo Primo protocollo addizionale, posto che la norma non nega il diritto al risarcimento del maggior danno, ma si limita a porre un onere probatorio a carico del creditore.

3.- Problemi attuali dei rapporti tra la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione e la giurisprudenza della Corte EDU: considerazioni introduttive.

Nel corso degli ultimi anni l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità ha registrato numerose ed interessanti aperture all'attività interpretativa svolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Dalle motivazioni delle pronunce, infatti, è possibile ricavare, con sempre maggiore frequenza, un ampio riferimento al quadro dei principi elaborati dalla giurisprudenza delle Corti europee, nella costante ricerca di un difficile punto di equilibrio tra le concorrenti esigenze di garanzia, "interna" ed "esterna", del principio di legalità e della tutela dei diritti fondamentali.

Un continuo intrecciarsi di "rimandi" interni sembra connotare, in particolare, i rapporti fra la Corte Suprema di Cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, alimentandone così intensamente le possibilità di "dialogo", sino a ritenere oramai non più revocabile 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 dove prevede che "Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti*" .[18]

A seguito dell'intervento operato dalla Corte Costituzionale con le pronunce "gemelle" del 24 ottobre 2007, può ritenersi ormai ampiamente acquisita la consapevolezza che le norme della Convenzione EDU – nell'interpretazione ad esse attribuita dalla Corte europea per i diritti dell'uomo – integrano, quali "norme interposte", il parametro fissato dall'art. 117 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, condizionando in tal modo il grado di rilevanza e la stessa valutazione dei profili di legittimità costituzionale delle norme interne. Difatti, nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna ed una norma della Convenzione EDU, il giudice nazionale deve

[18] Cass., Sez. VI, n. 45807,12 novembre 2008 – 11 dicembre 2008, Drassich, Rv. 241753.

preventivamente verificare la possibilità di interpretare la prima in senso conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali parametri di ermeneutica giuridica, e, nel caso in cui tale opzione interpretativa risulti impraticabile, egli, nell'impossibilità di disapplicare la norma interna contrastante, deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo la questione di legittimità costituzionale con riferimento al parametro sopra indicato.

Resta devoluta al solo giudizio della Corte Costituzionale, invece, la verifica di eventuali aspetti di conflitto delle norme convenzionali con altri principi della Costituzione.

Entro tale nuova prospettiva assiologica, risulta sempre maggiore, di conseguenza, l'attenzione dedicata dalla giurisprudenza di legittimità alle possibili ricadute applicative dei principi sanciti dalla Convenzione EDU sull'interpretazione delle norme interne.

3.1.- *Segue*: le recenti "aperture" della Cassazione all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo.

In tal senso basti considerare, a mero titolo esemplificativo, una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamate a decidere <<*se il mutamento di giurisprudenza intervenuto* medio tempore *con decisione delle Sezioni Unite, renda ammissibile la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata*>>. Nel risolvere la questione controversa, la Corte ha stabilito che <<*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, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata* >>.

È significativo rilevare come la giustificazione di tale soluzione interpretativa sia stata basata direttamente sulla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione EDU, il cui art. 7, così come

interpretato dalla stessa Corte europea, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale [19].

La conclusione in tal modo individuata dalle Sezioni Unite poggia sul rilievo che l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone 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 in conseguenza di un intervento del supremo organo di monofilachia, il carattere della stabilità ed integra il <<diritto vivente>>. Tale operazione ermeneutica, secondo la Corte, "*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 sovranazionali 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*".

Se dunque deve escludersi, da un lato, qualunque effetto preclusivo in una situazione in cui una precedente decisione negativa di applicazione dell'indulto, non coperta da giudicato in senso proprio, riposi su una lettura della corrispondente normativa, riconosciuta, in seguito, non in linea con norme internazionali pattizie, dall'altro lato si riconosce, alla luce dei principi generali che ispirano il sistema penale, che non qualsiasi mutamento giurisprudenziale, che attribuisce carattere di novità ad una determinata *quaestio iuris*, legittima il superamento della preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p. Non lo consentirebbe certamente "*una diversa e nuova interpretazione* contra reum *di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l'art. 7 della Convenzione europea sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo (e, per quanto detto, della mutata interpretazione più sfavorevole)*".

Anche sotto altri profili, del resto, la Corte di Cassazione ha sviluppato un'interessante "ermeneutica dialogica" rispetto al quadro delle implicazioni desumibili dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo.

[19] Cass., Sez. Un., n. 18288 del 21/1/2010, dep. 13/5/2010, P.G. in proc. Beschi, Rv. 246651.

Con particolare riferimento al principio del contraddittorio, inteso nella sua più ampia accezione di diritto di partecipazione al procedimento, vanno segnalati due ulteriori interventi delle Sezioni unite.

Nello stabilire il principio secondo cui l'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza, ha diritto di presenziare al giudizio camerale d'appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato, anche se ristretto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice procedente, la Corte di Cassazione ha operato una significativa valutazione di conformità ai principi enucleabili dall'art. 111 Cost., dall'art. 6, comma terzo, lett. *c)*, *d)* ed *e)*, della C.E.D.U., dall'art. 14, comma terzo, lett. *d)*, *e)* ed *f)* del Patto internazionale sui diritti civili e politici e da quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 45 del 1991 [20].

Successivamente, chiamate a decidere, con riguardo all'attuazione del diritto al contraddittorio nell'ambito del subprocedimento cautelare, <<*se il difensore della persona arrestata o fermata possa prendere visione delle richieste in ordine alla libertà personale, con gli elementi su cui le stesse si fondano, trasmesse dal pubblico ministero al giudice della udienza di convalida a norma dell'art. 390, comma 3*-bis, *cod. proc. pen.*>>, le Sezioni unite [21] hanno osservato che "*la possibilità di conoscere <<direttamente>> da parte del difensore, l'integralità degli elementi e degli atti che formano oggetto della richiesta di convalida e di applicazione della misura, a prescindere dalla <<mediazione illustrativa>> del pubblico ministero o del giudice, rappresenta null'altro che la base ineludibile sulla quale poter configurare un contraddittorio <<effettivo>> e, con esso, un effettivo soddisfacimento della funzione difensiva che l'interrogatorio in sede di convalida è destinato a realizzare: giustificandone, per questa via, l'equipollenza normativa all'interrogatorio previsto dall'art. 294 cod. proc. pen.*".

Anche in tal caso, il procedimento ermeneutico seguito dalla Corte di Cassazione si è basato sulla considerazione delle linee interpretative tracciate dalla giurisprudenza della Corte EDU: la Corte di Strasburgo, infatti, ha costantemente avuto modo di

[20] Cass., Sez. Un., n. 35399 del 24/6/2010, dep. 1°/10/2010, F., Rv. 247835-6.
[21] Cass., Sez. Un., n. 36212 del 30/9/2010, dep. 11/10/2010, G., Rv. 247939.

sottolineare che tutti i processi penali devono caratterizzarsi per l'attuazione del contraddittorio e garantire la parità delle armi tra accusa e difesa, poiché questo <<*è uno degli aspetti fondamentali del diritto ad un processo equo. Il diritto a un processo penale in contraddittorio implica, per l'accusa come per la difesa, la facoltà di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte*>>[22]. Per di più, l'articolo 6 § 1 [della Convenzione EDU] esige che le autorità procedenti comunichino alla difesa tutte le prove pertinenti in loro possesso, sia a carico che a discarico [23].

3.2.- *Segue*: interpretazione conforme e circolarità dei "saperi" giurisprudenziali: esame di alcuni nodi problematici.

Emerge dunque con evidenza, dalle considerazioni sinora esposte, come nella sua opera di interpretazione "conforme" alla norma "esterna" il giudice nazionale debba avviare una problematica opera di ricostruzione di un sistema ormai "multilivello", indossando, al contempo, le vesti di giudice della conformità alla Costituzione, di giudice della conformità al diritto dell'Unione europea (già diritto comunitario) e di giudice della conformità alla C.E.D.U.

Muovendosi lungo questo delicato crinale, la giurisprudenza è chiamata a distinguere non solo le questioni problematiche direttamente attinenti agli effetti che, su un processo penale definito con una decisione oramai irrevocabile, può avere una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia riconosciuto che in quel processo vi è stata una violazione di un diritto tutelato dalla C.E.D.U., ma anche le questioni che riguardano gli effetti indiretti, ossia di orientamento interpretativo, che le sentenze della Corte di Strasburgo possono determinare nell'ambito dei processi in corso di svolgimento, e che dunque ineriscono più propriamente alle tecniche ed ai "meccanismi di adeguamento" che i giudici penali italiani possono impiegare per

[22] Corte EDU, *Brandstetter c. Austria*, 28 agosto 1991, §§ 66 e 67.
[23] Corte EDU, *Edwards c. Regno Unito*, 16 dicembre 1992, § 36.

conformare l'interpretazione delle norme del diritto penale nazionale, sostanziale o processuale, alle disposizioni della C.E.D.U.[24].

Un esempio significativo in tal senso può trarsi dall'applicazione del principio di legalità di cui all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, operata nella recente sentenza n. 1235/2010 delle Sezioni Unite[25], la quale, nel ravvisare un rapporto di specialità tra le fattispecie penali tributarie in materia di frode fiscale (artt. 2 ed 8 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74) ed il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, comma 2, n. 1, c.p.), ha affermato 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)".

Seguendo il percorso argomentativo sviluppato dalle Sezioni Unite, nella giurisprudenza della Corte EDU sono riconducibili al suddetto principio i valori dell'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 dall'interpretazione dei giudici. 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.

---

[24] Al riguardo cfr. F. VIGANO', *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Scritti in onore di M. PISANI*, II, a cura di P. CORSO e E. ZANETTI, La Tribuna, 2010.

[25] Cass., Sez. Un., n. 1235, 28 ottobre 2010 – 19 gennaio 2011, Giordano, Rv. 248865 – 69.

La sentenza conclude 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».

Ulteriori, significativi, esempi di questioni problematiche cui può dare luogo la circolarità del dialogo ermeneutico tra le Corti possono ricavarsi dall'esame dei diversi margini di apprezzamento insiti nel giudizio di conformità della norma interna alla norma convenzionale.

Con la sentenza n. 12400 del 28 marzo 2011 la VI sezione della Corte di Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, eccepita in relazione agli artt. 117 Cost. e 7 C.E.D.U., dell'art. 10 della l. n. 251 del 2005 (c.d. ex-Cirielli) nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più favorevoli, per i processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di Cassazione [26].

La Corte, benché riconosca il rango costituzionale della retroattività favorevole, ammette tuttavia – richiamando le sentenze della Corte Costituzionale n. 393 del 2006 e n. 72 del 2008 - la possibilità di limitazioni e deroghe legislative a tale principio, considerate ragionevoli (quindi legittime) "ove sussista contemporaneamente la necessità di salvaguardare interessi contrapposti di analogo rilievo". Ragionevole è giudicata la previsione derogatoria nel caso di specie, sulla base di un bilanciamento svolto tra la *ratio* sottesa all'istituto della prescrizione e gli interessi ("di rilievo costituzionale sottesi al processo, come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei

[26] Cass., Sez. VI, n. 12400, 1 dicembre 2010 – 28 marzo 2011, Massè, Rv. 249165; analogamente, v. Cass., Sez. VI, n. 37753, 28/09/2010, Bonizzoni, Rv. 248602.

destinatari della funzione giurisdizionale") che la limitazione censurata mira a perseguire.

Tale argomentazione – a giudizio della Cassazione – vale anche in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 7 C.E.D.U., dalla cui lettura la giurisprudenza della Corte EDU ha ricavato il principio di retroattività della *lex mitior* [27], ma che può essere legittimamente derogato per soddisfare, come nel caso in esame, esigenze meritevoli di eguale tutela.

Siffatto indirizzo giurisprudenziale, peraltro, si pone in contrasto con l'opposta interpretazione espressa dalla II Sezione della Corte di Cassazione, che con l'ordinanza n. 22357 del 27 maggio 2010 aveva invece già dichiarato la medesima questione di legittimità non manifestamente infondata, rimettendola al giudizio dirimente della Corte Costituzionale (che pertanto dovrà presto pronunciarsi sul punto) [28].

Con tale ordinanza di rimessione, in sostanza, la Corte ha sollecitato il Giudice delle leggi a rivedere, alla luce dei principi fissati nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, l'affermazione contenuta nella precedente pronuncia n. 393/2006 della stessa Corte Costituzionale, laddove si osservava che "Il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* -.....- impone di ritenere che il valore da esso tutelato può essere sacrificato da una legge ordinaria solo 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; cfr. sentenze n. 24 del 2004; n. 10 del 1997, n. 353 e n. 171 del 1996; n. 218 e n. 54 del 1993)".

Già tali considerazioni paiono sufficienti a rivelare come il confronto con la Convenzione europea e gli obblighi da essa scaturenti possa manifestarsi in tutta la sua problematicità, specie se si riflette sulle possibili ricadute interpretative che determinate istanze di tutela possono generare dinanzi al giudice nazionale, stretto appunto tra l'obbligo di interpretazione conforme alla C.E.D.U. e l'obbligo di rispettare

[27] Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.
[28] Cfr. Cass., Sez. II, n. 22357, 27 maggio 2010, De Giovanni e altro, Rv. 247321.

i limiti a questa imposti dalla Costituzione, e segnatamente dal principio di legalità in materia penale (art. 25, comma 2, Cost.) [29].

Nell'attuale scenario di relazioni inter-ordinamentali, dunque, "non v'è una sola fonte apicale del sistema (*rectius,* dei sistemi) né un solo organo di chiusura dello stesso (o degli stessi) bensì una struttura plurale di fonti ed organi, che si fanno reciprocamente rimando nell'opera quotidianamente prestata al servizio dei bisogni elementari dell'uomo" [30].

4.- Gli effetti del "giudicato" europeo sul giudicato interno.

Esaminando in questa sede la prima delle aree problematiche su delimitate, ossia quella riguardante gli effetti diretti che il *decisum* della Corte europea può produrre nell'ordinamento interno, è evidente che uno dei nodi più rilevanti da tempo emersi nell'ordinamento italiano riguarda proprio la tensione creatasi tra il dovere di conformarsi agli obblighi internazionali, ed in particolare alle indicazioni provenienti dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, e l'esigenza di rispetto del principio della intangibilità del giudicato.

Dalle sentenze della Corte europea, come è noto, deriva un obbligo di risultato, spettando allo Stato la scelta dei mezzi più appropriati per rimuovere la violazione della norma convenzionale ed eliminarne le conseguenze in modo da ripristinare lo *status quo ante*.

Recenti tendenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, tuttavia, sembrano spingersi ancor più avanti, fino a suggerire il ricorso a soluzioni di carattere generale nel modo di affrontare i problemi legati a violazioni strutturali della C.E.D.U. da parte di un determinato Stato membro [31], ovvero in relazione a casi eccezionali in cui la natura della violazione potrebbe non lasciare alcuna alternativa sulla natura del

[29] Cfr. V. MANES, *Introduzione,* in AA.VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES - V. ZAGREBELSKY, Giuffrè, 2010, p. 43 ss.

[30] Così, A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani……ovverosia quando la* "certezza del diritto" *è obbligata a cedere il passo alla* "certezza dei diritti", in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 28 giugno 2011, p. 18.

[31] Corte EDU, *Broniowski c. Polonia*, 22 giugno 2004, n. 31443/96; Id., *Hirst c. Regno Unito*, 6 ottobre 2005, n. 74025/01.

rimedio da attuare, incidendo così in misura rilevante sullo spazio di discrezionalità riservato allo Stato.

La questione su indicata ha iniziato a porsi da quando la Corte EDU – a partire dalla celebre sentenza *Stoichkov c. Bulgaria* del 2005 – affermò con decisione che, laddove fosse stata accertata una violazione dell'art. 6 C.E.D.U. in un processo penale svoltosi in uno Stato aderente alla Convenzione, l'obbligo di conformarsi alla sentenza della Corte europea (sancito dall'art. 46 C.E.D.U.) non si sarebbe potuto considerare adempiuto con l'adozione di generiche misure riparatorie ovvero con il pagamento, in favore del titolare del diritto violato, di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione (*ex* art. 41 C.E.D.U.), bensì solamente con il ripristino dello *status quo ante*, ossia ricominciando il processo penale dal momento in cui si era verificata la violazione del diritto all'equo processo.

I problemi legati alla concreta realizzazione di questa forma di *restitutio in integrum* si sono posti inizialmente in alcuni casi nei quali la violazione dell'art. 6 C.E.D.U., così come accertata dalla Corte europea, era consistita nello svolgimento di un processo penale in contumacia, conclusosi con una sentenza di condanna: situazioni nelle quali la Corte di Strasburgo ha censurato la circostanza che il processo penale fosse proseguito e si fosse concluso, benché non risultasse che l'imputato avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento, ovvero che avesse rinunciato volontariamente a comparirvi.

In tal senso, è significativo rilevare come, nonostante il susseguirsi di numerosi progetti di modifica presentati in questi ultimi anni dal legislatore per adeguare il sistema penale interno alle declaratorie di iniquità adottate dalla Corte europea, l'unica disposizione modificata risulta ancora l'art. 175 c.p.p., emendato per consentire la riapertura del giudizio nell'ambito dei processi contumaciali: ulteriore spia, questa, dell'opera di supplenza che la giurisprudenza ha dovuto esercitare per far fronte alle numerose problematiche emergenti dalle lacune del sistema positivo.

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

C.E.D.U. dal Protocollo n. 14, firmato il 13 maggio 2004 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010 [32]. 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 una sorta di procedura di infrazione, in base alla quale 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 statuale di conformarsi alle sentenze, rinvia al Comitato dei Ministri, affinché statuisca sul tipo di misure da adottare.

Nel sistema processuale italiano, peraltro, non sono attualmente rinvenibili specifici meccanismi normativi idonei a consentire la revisione della sentenza penale a seguito dell'accertamento della violazione dei diritti fondamentali e delle garanzie dell'equo processo, avvenuta all'interno di un procedimento conclusosi con sentenza definitiva, secondo quanto prevede l'art. 46 della stessa Convenzione, nel testo modificato ad opera dell'art. 16 del Protocollo n. 14, ratificato con la su citata l. 15 dicembre 2005, n. 280.

Il Comitato dei Ministri e l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa hanno più volte stigmatizzato – anche con reiterate risoluzioni e raccomandazioni, emesse proprio in riferimento a specifiche vicende processuali – l'inerzia dello Stato italiano nell'approntare adeguate iniziative riparatorie [33]. Il nostro Paese, infatti, è ormai uno dei pochi a non consentire, fra quelli che aderiscono al Consiglio d'Europa, una vera e propria riapertura del processo penale a seguito di una condanna della Corte europea.

Sin dalla fondamentale Raccomandazione del 19 gennaio 2000, R (2000) 2 – cui ha fatto seguito la Raccomandazione 1684 (2004) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio

[32] Cfr. la L. 15 febbraio 2005, n. 280, che ha autorizzato la ratifica e ha dato esecuzione al Protocollo n. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

[33] V., ad es., con riferimento al "caso Dorigo", la sentenza della Corte Costituzionale, 16 aprile – 30 aprile 2008, n. 129, nella cui motivazione si fa espressamente cenno alla Risoluzione n. 1516 (2006), adottata il 2 ottobre 2006 dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

d'Europa - il Comitato dei Ministri ha sollecitato gli Stati membri a prevedere la celebrazione di un nuovo processo, nel caso in cui la Corte abbia constatato una violazione della Convenzione, ed in particolare quando la parte lesa continui a risentire gravi conseguenze negative a seguito della decisione nazionale (non compensabili con l'equa riparazione), nonché quando risulti dalla sentenza della Corte che la decisione nazionale è contraria ai principi di fondo della Convenzione, o che la violazione constatata è provocata da errori o mancanze del procedimento di una gravità tale da condizionare lo stesso esito del procedimento interno.

In particolare, secondo quanto precisato nell'*Explanatory Memorandum* della Raccomandazione (2000) 2, il concetto di «riapertura» si limita ad ipotesi specifiche caratterizzate dall'intervento delle autorità giurisdizionali, mentre quello di «riesame» riguarda le ipotesi di intervento da parte di autorità non giurisdizionali, in particolare amministrative.

Proprio a seguito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte europea [34], in effetti, il legislatore, come si è accennato, ha radicalmente modificato nel 2005 la disciplina dell'istituto della restituzione in termini (art. 175 c.p.p.), riconoscendo all'imputato contumace tale diritto, salvi i casi in cui emerga che egli abbia avuto conoscenza del procedimento o del provvedimento, e che abbia volontariamente rinunziato a comparire o a proporre impugnazione.

Non si tratta, peraltro, di uno strumento specificamente destinato alla riapertura del processo a seguito della condanna della Corte europea, ma di un istituto di carattere generale, opportunamente ridisegnato dal legislatore in modo da consentire l'attuazione del diritto fondamentale dell'imputato contumace ad avere un nuovo giudizio di merito quando la sua assenza sia dipesa da una causa indipendente dalla sua volontà.

Al di fuori di tali specifiche situazioni, quando si tratti di adempiere all'obbligo di riapertura in senso stretto, ossia quando la Corte europea accerti violazioni processuali diverse da quella ora considerata, la situazione di vuoto normativo ha indotto la

[34] Corte EDU, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, § 46 ss.

giurisprudenza di legittimità a ricercare soluzioni interpretative idonee ad offrire un'adeguata tutela dei diritti fondamentali.

Le difficoltà insorte in sede di applicazione giurisprudenziale nascono dall'esigenza di mettere in discussione le preclusioni del giudicato, irrevocabilmente formatosi sulla vicenda giudiziaria del condannato e ritenuto tradizionalmente intangibile con riguardo agli *errores in procedendo*, cioè a vizi interni al processo che restano, di regola, da esso coperti: da un lato, come si è osservato [35], premono i valori della certezza e della stabilità del giudicato nazionale, affievoliti ma non "relativizzati" dalla giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, che ne ha eroso più propriamente il "dogma"; dall'altro lato, la grave compromissione di diritti fondamentali della persona del condannato nel processo, accertata dalla Corte di Strasburgo all'esito di una valutazione "olistica" della vicenda giudiziaria nel suo complesso, esige un doveroso provvedimento di riparazione.

Al riguardo, gli unici istituti in grado di garantire teoricamente una riapertura del processo coincidono con la revisione (art. 629 ss. c.p.p.) ed il ricorso straordinario per cassazione (art. 625-*bis*, c.p.p.) [36].

Altre soluzioni individuate dalla giurisprudenza di legittimità – ad es., l'imposizione al giudice dell'esecuzione di dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato dichiarato non equo dalla Corte di Strasburgo ai sensi dell'art. 6 della C.E.D.U. [37] – costituiscono rimedi processuali che, se idonei a paralizzare l'esecuzione della sentenza definitiva non equa, non valgono ovviamente ad assecondare il principio della riapertura del procedimento auspicato da Strasburgo e, soprattutto, non emendano quelle violazioni di carattere "processuale", al cui rimedio solo la riapertura del processo è conducente.

Con riferimento all'effettiva praticabilità di tale epilogo decisorio non è mancata, infatti, la formulazione di riserve critiche incentrate sulla inidoneità della soluzione

---

[35] Cfr. F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cassazione penale*, 2011, p. 794.

[36] Un ampio quadro comparativo delle soluzioni adottate nelle legislazioni di diversi Paesi europei è rinvenibile nel saggio di M. GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1844.

[37] Cfr. Cass. Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, Rv. 235447.

interpretativa rispetto all'obiettivo primario della riapertura del processo, sul rilievo che il giudicato di condanna, rimanendo "congelato" ai fini dell'esecuzione, non viene radicalmente eliminato, ma viene a collocarsi in una sorta di "limbo" processuale a tempo indeterminato [38].

Parimenti inappropriato risulterebbe, inoltre, l'impiego del meccanismo della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione, secondo lo schema disegnato dall'art. 175, comma 2, c.p.p., previsto esclusivamente per rimediare alle violazioni della Convenzione europea dei diritti umani, collegate alla disciplina del giudizio contumaciale [39].

Nonostante i possibili percorsi ermeneutici appaiano assai diversificati, non può non rimarcarsi, tuttavia, il coraggioso sforzo compiuto dalla giurisprudenza di legittimità al fine di rinvenire la *regula iuris* più appropriata per la soluzione di specifiche e contingenti situazioni processuali pervenute al suo esame: l'impegno profuso dalla Suprema Corte non solo ha mostrato una spiccata sensibilità per le esigenze di tutela dei diritti fondamentali, ma ha consentito di evitare il rischio che il nostro Paese potesse incorrere in nuove violazioni della Convenzione europea.

4.1.- *Segue*: il ricorso straordinario per cassazione.

Per quel che attiene, in particolare, al ricorso straordinario per cassazione, circoscritto dal legislatore alle sole ipotesi in cui la Corte di Cassazione sia incorsa in un errore di fatto (unanimemente inteso quale mero errore di percezione), la giurisprudenza di legittimità ne ha di recente riconosciuto una possibilità di applicazione analogica [40],

---

[38] Su tali profili e, più in generale, sui problemi dell'adeguamento dell'ordinamento italiano alle condanne per violazioni dell'equità processuale, v. G. UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra C.E.D.U. e Trattato di Lisbona*, in *Argomenti di procedura penale*, III, Giuffrè, 2011, p. 256 ss.; v., inoltre, A. PUGIOTTO, *Vent'anni dopo l'insegnamento di Giovanni Battaglini*, in AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione C.E.D.U.. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di R. BIN e altri, Giappichelli, 2007, p. 193.

[39] Al riguardo, v. Corte Cost., n. 317/2009, in *Legislazione penale*, 2010, p. 71 - analizzata da P. SPAGNOLO, *Consumazione del diritto all'impugnazione e diritto di autodifesa del contumace*, ibidem, p. 29 ss. - che ha dichiarato incostituzionale l'art. 175, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non consente all'imputato, secondo il diritto vivente, di essere restituito nel termine per impugnare la sentenza contumaciale di condanna quando l'impugnazione sia stata già in precedenza proposta dal difensore.

[40] Si tratta della su citata Cass., Sez. VI, n. 45807/2008.

consentita perché in *bonam partem*, revocando una sua precedente sentenza, limitatamente alla diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, che ostava alla declaratoria di estinzione per prescrizione, operata *ex officio* in sede di legittimità, senza aver consentito alla difesa il contraddittorio sulla diversa imputazione [41].

Pur avendo rappresentato una delle più significative applicazioni del principio dell'interpretazione conforme al diritto convenzionale, enunciato dalla Corte Costituzionale con le su richiamate pronunce nn. 348 e 349 del 2007, dall'indirizzo giurisprudenziale in tal modo inaugurato dalla Corte di Cassazione non sono desumibili le concrete modalità con le quali nel giudizio deve essere garantita l'esigenza del contraddittorio, e cioè se basti una generica comunicazione alle parti circa la possibile diversa qualificazione del fatto, o se occorra dare indicazioni più precise in ordine agli esiti della diversa qualificazione giuridica dei fatti contestati.

Inoltre, ferma restando l'esigenza che i criteri di garanzia del contraddittorio vengano rispettati dal giudice anche laddove il mutamento della qualificazione giuridica dei fatti avvenga in uno dei gradi del giudizio di merito [42], è evidente che la *regula iuris* formulata dalla Cassazione nella sentenza ora citata è destinata a valere esclusivamente nell'ambito del giudizio di legittimità, tenuto conto che, a fronte di modifiche della qualificazione intervenute nel corso dei primi giudizi, il diritto di difesa potrebbe reputarsi comunque garantito dalla facoltà di far valere le proprie ragioni in uno dei successivi gradi di impugnazione [43].

---

[41] Nel caso di specie, l'interessato aveva precedentemente proposto ricorso dinanzi alla Corte EDU, che con sentenza dell'11 dicembre 2007 aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 6, punti 1 e 3, lett. *a)* e *b)*, C.E.D.U., per avere la Corte di Cassazione 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 la sua difesa".

[42] In questo senso v., ad es., Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 20500, Fadda, Rv. 247371, in una fattispecie in cui, a seguito della riqualificazione del fatto operata dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 521, comma 1, c.p.p., l'imputato aveva potuto contestare per la prima volta la nuova qualificazione, anche ai fini del diverso termine prescrizionale, solo in sede di ricorso per cassazione.

[43] In senso sostanzialmente conforme alla su citata sentenza n. n. 45807/2008 si è pronunciata Cass., Sez. II, 26 febbraio 2010, n. 14674, Salord, Rv. 246922, ove si è precisato che il giudice di legittimità ha il potere di procedere *ex officio* alla riqualificazione giuridica del fatto, senza necessità di consentire all'imputato di interloquire sul punto allorquando, nel ricorso presentato dallo stesso, tale eventualità sia stata espressamente presa in considerazione, ancorchè per sostenere la diversità del fatto da quello contestato e la conseguente violazione dell'obbligo di trasmissione degli atti al pubblico ministero; v., inoltre, Cass., Sez. I, 18 febbraio 2010, n. 9091, Di Gati e altri, Rv. 246494..

Si tratta, dunque, di una soluzione interpretativa non riproducibile nelle ipotesi in cui la violazione della C.E.D.U. non si sia verificata nel giudizio di cassazione: anche a voler prescindere da ogni altro rilievo, pur in ipotesi prospettabile, quanto all'esigenza di assicurare all'interessato l'effettiva garanzia di un contraddittorio non solo argomentativo, ma anche probatorio, lo schema del ricorso straordinario proponibile, per errore materiale o di fatto, avverso i provvedimenti della medesima Corte di cassazione (*ex* art. 625-*bis* c.p.p.) non appare risolutivo al fine di consentire la riapertura del processo in caso di violazioni di garanzie convenzionali verificatesi non già nel giudizio di cassazione, bensì in quello di merito, ed accertate con sentenze definitive della Corte europea.

Anche in altra vicenda giudiziaria, tuttavia, la Suprema Corte ha riconosciuto l'ammissibilità del ricorso straordinario *ex* art. 625-*bis* c.p.p., in quanto preordinato ad ottenere, in esecuzione di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[44], la sostituzione della pena inflitta con quella ritenuta equa dal giudice europeo: si è ritenuto sussistente, in tal caso, il diritto del ricorrente ad ottenere una modifica della pena in attuazione del principio di legalità stabilito dall'art. 7 della Convenzione, con il corrispondente obbligo positivo del giudice di determinarne la quantificazione, al fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli scaturenti dalla violazione accertata. Di conseguenza, la Corte di Cassazione ha revocato *in parte qua* la propria precedente sentenza ed ha annullato senza rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio, la

[44] Con decisione depositata il 17 settembre 2009 (*Scoppola c. Italia*), la Grande Camera della Corte EDU accoglieva il ricorso, affermando: *a)* che l'art. 7, par. 1, della Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo; *b)* che, pertanto, nell'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione dell'art. 7, par. 1, C.E.D.U. l'applicazione della pena più sfavorevole al reo; *c)* che costituisce altresì violazione dell'art. 6, par. 1, C.E.D.U., relativo al diritto ad un processo equo, l'applicazione retroattiva delle nuove regole di determinazione della pena introdotte dal d.l. n. 341 del 2000 per il giudizio abbreviato, essendo stato deluso il legittimo affidamento che l'imputato aveva riposto su una riduzione di pena in sede di scelta del rito speciale. Statuita l'iniquità del giudicato di condanna, la Corte di Strasburgo, pur formalmente lasciando allo Stato membro "un potere di apprezzamento" quanto alle modalità esecutive della pronuncia, rilevava che al ricorrente – proprio in ragione della constatata violazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione, per l'applicazione retroattiva del d.l. n. 341 del 2000 – risultava irrogata una pena (l'ergastolo) superiore rispetto a quella massima nella quale egli rischiava di incorrere al momento in cui aveva chiesto ed ottenuto di essere giudicato secondo il rito abbreviato (trent'anni di reclusione). In conseguenza – secondo la Corte di Strasburgo – competeva allo Stato italiano, per mettere fine alla violazione dei citati parametri della Carta EDU, "assicurare" che la reclusione perpetua inflitta fosse sostituita da una pena conforme ai principi enunciati: quindi, non eccedente i trent'anni di reclusione. Su tali profili v. il commento di G. ICHINO, *L' "affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione delle Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 841 ss.

sentenza del giudice di merito, provvedendo a determinare direttamente la pena in trent'anni di reclusione [45].

Nel caso ora menzionato, peraltro, la questione si poneva in termini differenti, dato che l'iniquità della decisione non atteneva ai profili della formazione della prova in contraddittorio, o dell'accertamento della responsabilità penale, o, ancora, della qualificazione giuridica dei fatti, ma riguardava il solo trattamento sanzionatorio: non si è ritenuto necessario, dunque, procedere ad un nuovo giudizio di merito, ma è stata considerata sufficiente una modifica della pena nel senso indicato dalla sentenza, modifica che ben può essere operata da parte del giudice dell'esecuzione, ma che la Corte ha operato direttamente, senza annullamento con rinvio, nel rispetto del principio dell'economia dei mezzi processuali e del conseguente principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento.

Proprio perché la violazione riguardava un'ingiusta quantificazione della pena − la cui equa entità è stata invece determinata dal giudice europeo − la Corte di Cassazione ha ritenuto superfluo tanto un nuovo giudizio di merito, quanto affidare «il compito di sostituire la pena inflitta» al giudice dell'esecuzione: ad entrambe le alternative ostava, infatti, il principio di economia dei mezzi processuali.

Pur trattandosi di una soluzione corretta da un punto di vista logico (coerente, cioè, con i *dicta* da realizzare nella vicenda processuale) e sostanzialmente rispondente ad evidenti esigenze di giustizia, la decisione tuttavia presta il fianco a possibili obiezioni incentrate sul suo dubbio fondamento normativo, per quel che attiene alla congruità del mezzo processuale utilizzato per compiere tale complessa operazione (l'art. 625-*bis* c.p.p) e alla rispondenza del caso di specie ai presupposti normativi richiesti: l'unico sfondo normativo al quale potrebbe accostarsi la soluzione adottata sembra essere, secondo alcuni [46], il rimedio revocatorio dell'art. 673 c.p.p., il quale, tuttavia, opera solo quando alla condanna definitiva subentri l'*abolitio criminis* o la declaratoria di

[45] Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola, Rv. 247244.

[46] Cfr., al riguardo, le osservazioni critiche di P. GAETA, *"Controllo di convenzionalità" e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale*, Relazione tenuta all'Incontro di studio organizzato dal C.S.M., sul tema: *"L'interpretazione giudiziale fra certezza ed effettività delle tutele"*, Agrigento, 17-18 settembre 2010, in www.csm.it, p. 32 ss.

illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ipotesi ritenute ultronee al caso di specie.

4.2.- *Segue*: la revisione del processo a seguito della pronuncia n. 113/2011 della Corte costituzionale.

In ordine al primo dei due istituti su menzionati, invece, l'impossibilità di impiegarlo quale rimedio straordinario per adempiere all'obbligo convenzionale di riapertura era stata inizialmente confermata dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza 24 aprile 2008, n. 129, non senza rinunciare, tuttavia, a 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 della C.E.D.U.* ".

Pur a distanza di tempo, tuttavia, tale esortazione non ha avuto seguito e la Corte costituzionale, posta nuovamente di fronte ad «un *vulnus* non sanabile in via interpretativa», è stata costretta a porvi rimedio.

Con la sentenza del 7 aprile 2011, n. 113, la Corte costituzionale ha condiviso la scelta del giudice *a quo* di individuare la sede dell'intervento additivo nell'art. 630 c.p.p. e ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, introducendo nel nostro ordinamento processuale, come statuisce il dispositivo di tale pronuncia, «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 C.E.D.U., per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo», che abbia accertato l'avvenuta violazione delle garanzie fondamentali riconosciute dalla Convenzione in tema di equo processo, prospettando l'esigenza della *restitutio in integrum* in favore dell'interessato mediante la rinnovazione del giudizio.

In particolare, l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. è stata dichiarata con riferimento al parametro espresso dall'art. 117, comma 1 Cost., assumendo come norma interposta, in correlazione all'art. 6, l'art. 46 C.E.D.U., modificato per effetto

dell'entrata in vigore, il 1° giugno 2010, del Protocollo n. 14 alla Convenzione, ratificato e reso esecutivo in forza della l. 15.12.2005 n. 280.

Nella prospettiva seguita dalla Corte Costituzionale, infatti, la revisione comporta, quale mezzo straordinario di impugnazione a carattere generale, la riapertura del processo – ciò che implica una ripresa delle attività processuali in sede di cognizione, estesa anche all'assunzione delle prove – e costituisce pertanto l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di «maggiore assonanza» al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale all'art. 46, par. 1, C.E.D.U.

Pur nell'indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, il Giudice delle leggi ha ritenuto non contraria al dettato costituzionale la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza delle garanzie previste dall'art. 6 C.E.D.U. e dall'art. 111 Cost., quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo: ciò ha fatto, in linea con l'orientamento tracciato sin dalle pronunce nn. 348 e 349 del 2007, escludendo ogni contrasto della "norma interposta" – ossia, l'art. 46, par. 1, C.E.D.U., così come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte europea – con il quadro dei principi delineato dalla nostra Costituzione.

E' agevole rilevare, tuttavia, come la soluzione "additiva" prescelta dalla Corte costituzionale, pur coraggiosa e di ampio respiro argomentativo, risulti anch'essa parziale e inadeguata per la complessiva "*tenuta del sistema*" [47].

Emerge a grandi linee dalla pronuncia un modello processuale atipico di revisione, che necessita di una specifica regolamentazione, sulla base di criteri direttivi che vengono solo in parte enunciati dalla Corte Costituzionale, e la cui piena formulazione presuppone non solo un intervento mirato da parte del legislatore, ma anche quelle indicazioni di principio che possono trarsi dall'indispensabile apporto interpretativo dell'elaborazione giurisprudenziale.

---

[47] Cfr. G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte Costituzionale,* in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 28 giugno 2011, p. 4 s.; al riguardo v., inoltre, S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali,* in www.penalecontemporano.it, 18 maggio 2011, p. 1 ss.

Nella stessa motivazione, infatti, la Corte riconosce a vario titolo:

a) che l'opzione a favore dell'istituto della revisione si giustifica per la *inesistenza di altra e più idonea* sedes *dell'intervento additivo*»;

b) che l'ipotesi di riapertura del processo per il vincolo nascente dalla Convenzione risulta «*eterogenea*" rispetto agli altri casi di revisione attualmente contemplati dalla norma dell'art. 630 c.p.p. e «*fuoriesce dalla logica*» a questi sottesa;

c) che dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale potrebbe derivare una «*carenza di disciplina*» in ordine a determinati rapporti, spettando di conseguenza al giudice comune trarre dalla decisione «*i necessari corollari sul piano applicativo*», avvalendosi degli strumenti ermeneutici a sua disposizione.

Sebbene le regole del giusto processo debbano essere dettate dal legislatore (art. 111, comma 1, Cost.), resta pertanto affidata alla valutazione dei giudici comuni una serie di apprezzamenti nella fase applicativa, in ordine a diversi aspetti problematici che la stessa Corte costituzionale non ha mancato di evocare. Basti solo pensare, ad esempio, alle disposizioni relative alle condizioni di ammissibilità della richiesta (che l'art. 631 c.p.p. pone in relazione al solo proscioglimento del condannato a norma degli artt. 529, 530 o 531), alle conseguenze in caso di accoglimento della stessa (art. 637, commi 2 e 3, c.p.p., le cui previsioni fanno riferimento, rispettivamente, al solo proscioglimento, che il giudice non può pronunziare esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio), ovvero al principio (che qui sarebbe derogato) per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato.

V'è inoltre da considerare che non solo il giudice dovrà, in linea generale, procedere ad un "vaglio di compatibilità" delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione, ma dovrà tener conto, in particolare:

1) dell'effettiva necessità della riapertura del processo mediante lo strumento della revisione, in rapporto alla natura della violazione accertata e alle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta;

2) della compatibilità logico-giuridica delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione con l'obiettivo perseguito, che è quello di porre il condannato nelle medesime

condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza delle violazioni accertate, non già di rimediare ad un difettoso apprezzamento fattuale da parte del giudice, sulla base di elementi esterni al giudicato;

3) della possibilità di "tradurre" le cause di non equità del processo accertate dalla Corte europea in vizi processuali alla stregua del diritto interno, con l'adozione nel nuovo giudizio di tutti i conseguenti provvedimenti volti ad eliminarli.

Il legislatore, ovviamente, resta libero, a sua volta, di disciplinare diversamente il meccanismo di adeguamento alle sentenze della Corte di Strasburgo, anche mediante l'introduzione di un «autonomo e distinto istituto", come pure di dettare norme su «specifici aspetti» di esso.

Infine, sono da considerarsi parimenti riservate alla discrezionalità del legislatore le ulteriori scelte circa i limiti, i modi e le condizioni per la riapertura del processo, collegate all'entità delle conseguenze prodotte dalla decisione interna e all'incidenza su quest'ultima della violazione accertata.

5.- Le prospettive *de iure condendo*.

In tal senso, collocando il piano delle riflessioni in una prospettiva *de iure condendo*, appare significativa, ad esempio, la scelta seguita dallo *Human Rights Act*, che nel 1998 ha introdotto il diritto della Convenzione nel sistema interno del Regno Unito, stabilendo all'art. 2, par. 1, che le Corti nazionali devono "tener conto" della giurisprudenza della Corte europea "ogni volta che nell'opinione della corte o del tribunale, essa è rilevante nel procedimento in cui la questione è sorta".

Al riguardo, comunque, pare difficile prefigurare l'introduzione di meccanismi basati su rigidi automatismi procedurali, ove si consideri che spesso il giudice europeo utilizza, con riferimento al caso concreto, il criterio valutativo della "proporzione", o

quello della "necessità", ovvero, ancora, quello del bilanciamento tra diritti convenzionali diversi [48].

La gamma delle possibili violazioni dell'art. 6 C.E.D.U. appare talmente variegata e multiforme da sconsigliare in partenza soluzioni rigide, suggerendo invece il ricorso ad uno strumento riparatorio "modellato in termini sufficientemente flessibili e duttili per tenere conto delle particolari esigenze del caso": il nuovo giudizio, dunque, dovrebbe assicurare il rispetto delle garanzie convenzionali, in ragione del tipo di vizio denunciato e dei termini e della sede della rinnovazione, restando infine impregiudicato l'esito del nuovo processo (ovviamente, nei limiti in cui possa di fatto lasciarlo impregiudicato il tipo di violazione commessa) [49].

Basti solo considerare, in questa sede, l'ipotesi in cui l'iniquità rilevata dalla Corte europea non trovi rispondenza in vizi processuali regolati dalla legge interna: il giudice nazionale ha proceduto in modo formalmente rituale, ma, ciò nondimeno, si è consumata una situazione giudicata in concreto lesiva delle garanzie difensive (ad es., nel caso in cui venga concesso il termine prescritto dalla legge, ma questo si riveli, in concreto, del tutto inadeguato ad una difesa effettiva).

E' questo, probabilmente, il punto di maggior frizione tra le garanzie convenzionali e le garanzie interne, perché pone in gioco il rapporto tra le diverse logiche sottese al quadro convenzionale ed al diritto interno.

Esclusa in radice ogni possibilità di disapplicazione della norma interna in caso di contrasto con la norma convenzionale, dovendo il giudice nazionale sollevare questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 Cost., ove non sia prospettabile un'interpretazione "convenzionalmente" orientata, una parte della dottrina suggerisce di interpretare le norme sulla invalidità nel senso di dare spazio, oltre alla tipicità, anche alla lesività delle nullità[50]. Seguendo tale percorso ermeneutico,

---

[48] Cfr. V. ZAGREBELSKY, *I precedenti delle corti sovranazionali: la circolazione orizzontale degli argomenti tra le corti e l'influenza dei precedenti sovranazionali nella giurisprudenza del giudice nazionale e nella tecnica di redazione dei suoi provvedimenti*, Relazione al Convegno di studi organizzato dal C.S.M. su *"La struttura della motivazione penale e il valore del precedente"*, Roma, 30 maggio 2011, p. 10 ss.

[49] Al riguardo cfr. R. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne,* in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 28 giugno 2011, p. 8 ss., secondo cui alla varietà delle censure europee deve corrispondere una varietà di risposte da parte dell'ordinamento interno.

[50] Cfr. F.M. IACOVIELLO, *cit*., p. 814 s.

si potrebbe giungere in sostanza ad affermare che l'art. 178 c.p.p. si completerebbe alla luce dell'art. 6 C.E.D.U. nell'interpretazione (e nell'applicazione) datane dalla Corte europea, con la conseguenza di ritenere nulli anche gli atti processuali tipici, ma in concreto lesivi.

Una diversa opinione dottrinale, invece, ritiene che possa più facilmente ipotizzarsi – per la verità, più per il tramite di un'interpretazione convenzionalmente conforme che di un'integrazione normativa – "di dare rilievo solo alle nullità che presentino in concreto un carattere lesivo, sia perché ciò non parrebbe contrastare con il principio di tassatività (il perimetro delle fattispecie tipiche rimarrebbe infatti invariato, essendo richiesto solo l'ulteriore requisito della concreta lesività), sia perché sfoltirebbe a tutto beneficio del principio di ragionevole durata del processo la fitta selva delle nostre garanzie formali" [51].

Muovendosi, di contro, all'interno della diversa prospettiva, l'idea di estendere l'ambito delle nullità a situazioni non tipiche, purché concretamente lesive, "sembra colpire al cuore il principio di tassatività, aprendo la porta alla più assoluta incertezza applicativa, e quindi, in definitiva, all'arbitrio del giudice" [52].

Sembra dunque improrogabile un intervento del legislatore – del resto già orientatosi in tal senso, prima con un disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 3 agosto 2007 e, successivamente, con un disegno di legge approvato il 6 febbraio 2009 – secondo l'auspicio dalla Corte Costituzionale formulato con le citate sentenze n. 129/2008 e n. 113/2011, e dalla stessa Corte di Cassazione condiviso nella pronuncia n. 45807/2008, sopra menzionata.

La necessità di un intervento "di sistema" del legislatore (di cui la stessa sentenza n. 113/2011 ribadisce, del resto, il largo margine di discrezionalità) dovrebbe essere orientato non solo a ripristinare la legalità processuale violata, ma anche ad uniformare le procedure interne, rendendo azionabile il diritto al nuovo processo anche nei casi in

---

[51] Cfr. R. KOSTORIS, *cit.*, p. 11

[52] Così, ancora, R. KOSTORIS, *cit.*, p. 11 s., secondo cui non si potrebbe neppure pensare che il rimedio consista nella semplice somministrazione in via equitativa da parte del giudice della riapertura della provvidenza negata, senza eliminare le conseguenze negative che la sua mancanza ha riverberato sul processo e che sono caducabili, secondo le regole interne, solo attraverso il meccanismo dell'invalidità (principale e derivata).

cui l'accertata violazione della Convenzione riguardi la lesione di garanzie di ordine sostanziale, che abbia avuto influenza decisiva sull'esito del giudizio [53].

In tal senso pare imprescindibile partire dalla considerazione delle indicazioni contenute nella Raccomandazione R (2000)2 del Comitato dei ministri, secondo la quale per procedere alla riapertura del processo occorrerebbe che:

a) la vittima continui a soffrire conseguenze negative molto gravi a seguito della decisione nazionale, le quali non possano essere compensate dall'equa soddisfazione e non possano essere rimosse se non attraverso il riesame o la riapertura del processo;

b) che la decisione nazionale sia nel merito contraria alla Convenzione, cioè si ponga in conflitto con uno dei diritti materiali che vi sono sanciti (si allude a violazioni di diritto penale sostanziale, che, però, in certi casi possono anche dar luogo al contempo a violazioni dell'equità processuale, come è recentemente avvenuto nel cd. "caso Scoppola"), oppure che la violazione sia dovuta a vizi processuali, purché di tale gravità da generare seri dubbi sul risultato del procedimento.

Nel primo caso, la riapertura servirebbe a rimuovere la decisione in contrasto con la garanzia tutelata a livello convenzionale; nel secondo mirerebbe a ripristinare le *chances* processuali a suo tempo negate alla vittima per effetto della violazione.

In definitiva, occorre disegnare uno strumento processuale orientato a soddisfare la duplice esigenza di consentire al nostro sistema di uniformarsi ad una decisione della Corte europea e, nello stesso tempo, di evitare quanto più è possibile di vanificare i risultati dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria, tenendo conto della prospettiva sottesa al giudizio di bilanciamento già operato dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione in relazione ai superiori valori di libertà e di dignità della persona propri di ogni cittadino, che non possono non essere ritenuti prevalenti rispetto alle esigenze, pur costituzionalmente rilevanti, di certezza e di stabilità sulle quali tradizionalmente poggia la funzione assegnata al principio d'intangibilità del giudicato [54].

---

[53] G. CANZIO, *cit.*, p. 5 s.

[54] Cfr., ancora, la su citata pronuncia n. 45807/2008.

6.- Il problema delle letture dibattimentali delle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari.

Proseguendo nella disamina dei rapporti tra le giurisprudenze delle due Corti, un ulteriore nodo problematico può intravedersi con riferimento alla possibile valutazione di incompatibilità tra l'art. 6 C.E.D.U. (nella parte in cui stabilisce il diritto dell'accusato ad interrogare o fare interrogare i testimoni a carico) e la disciplina codicistica delle letture dibattimentali dei verbali di dichiarazioni rese durante la fase delle indagini, prevista dagli artt. 512 e 512-*bis* c.p.p., che, come è noto, rappresenta una delle eccezioni alla regola del contraddittorio fissate dall'art. 111, comma 5, Cost.[55].

Come è noto, la Corte di Strasburgo ritiene che i diritti dell'imputato siano limitati in modo incompatibile con le garanzie della Convenzione quando una condanna si basi, unicamente o in misura preponderante, su deposizioni rese da persone che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase delle indagini né in quella dibattimentale [56].

Delle conseguenze di tale possibile frattura tra le norme del codice e quelle della Convenzione, e del tentativo di cercare ragionevole punto di equilibrio, sono riconoscibili significative manifestazioni nelle pronunce con le quali la Corte di Cassazione ha sostenuto che, in tema di valutazione della prova testimoniale, la dichiarazione accusatoria della persona offesa acquisita ai sensi dell'art. 512 c.p.p. deve trovare conforto, per sostenere l'accusa, in ulteriori elementi individuati dal giudice, con doverosa disamina critica, nelle risultanze processuali [57].

Linea interpretativa, questa, sviluppata in adesione ad una più risalente decisione con la quale la Suprema Corte, muovendo dal valore precettivo delle *regulae iuris* contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, aveva affermato che le dichiarazioni

---

[55] Sulla disciplina del contraddittorio e delle dichiarazioni unilaterali nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea v. G. UBERTIS, La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo, in Argomenti di procedura penale, III, Giuffrè, 2011, p. 205 ss.; P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, n. 3, p. 28 ss.

[56] Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, 10 gennaio 2005, Accardi c. Italia; ID., 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia; ID., 15 maggio 2010, Ogaristi c. Italia.

[57] Così, da ultimo, Cass., Sez. V, 26 marzo 2010, n. 21877, T., Rv. 247446.

acquisite mediante lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. – interpretato nel quadro dei principi desumibili dal sistema costituzionale (art. 111 Cost.) e da quello convenzionale (art. 6), alla luce della giurisprudenza della Corte europea - devono essere valutate dal giudice di merito con ogni opportuna cautela, non solo conducendo un'indagine positiva sulla credibilità soggettiva ed oggettiva, ma anche ponendo in relazione la testimonianza con altri elementi emergenti dalle risultanze processuali [58].

Ancor più esplicita la motivazione di una successiva pronuncia della Suprema Corte, ove si è asserito che le dichiarazioni predibattimentali assunte dal pubblico ministero ed acquisite mediante lettura per sopravvenuta impossibilità di ripetizione non possono costituire il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione di colpevolezza quando la ragione che ha reso impossibile la ripetizione dell'esame consiste nella libera scelta del dichiarante di sottrarsi al contraddittorio [59].

In tal caso la Corte ha significativamente rammentato come la norma che disciplina la utilizzabilità ai fini della decisione delle prove, ossia l'art. 526, comma 1-*bis*, c.p.p., dispone che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato e del suo difensore" (…), enunciato linguistico, che parla di "colpevolezza" "provata" "sulla base" e che ben si presta ad essere interpretato nel senso che il divieto opera solo nelle situazioni in cui la prova costituisce il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione di colpevolezza.

"Basterà ricordare sul punto che la disposizione è stata introdotta dalla l. n. 63 del 2001 a mò di traduzione codicistica (con aggiustamenti esclusivamente formali) del precetto recato dalla seconda parte dell'art. 111 Cost., co. 4, come novellato a seguito della Legge Costituzionale n. 2 del 1999, la quale a sua volta si proponeva di rendere espliciti a livello costituzionale i principi del giusto processo enunziati dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come elaborati dalla Giurisprudenza della Corte di Strasburgo. E per giurisprudenza costante della Corte EdU l'assenza di

[58] Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 43331, Poltronieri, Rv. 238199; v., inoltre Cass., sez. III, 15 giugno 2010, n. 27582, R. Rv. 248052.

[59] Cass., Sez. I, 23 settembre 2009, n. 44158, Marinkovic, Rv. 245556.

contraddittorio è incompatibile con la Convenzione solo nell'ipotesi in cui le dichiarazioni della persona alla quale l'imputato o il difensore non hanno potuto porre domande costituiscano la base esclusiva della condanna o contribuiscono in maniera determinante ad essa (tra molte: sent. 13.10.2005, Bracci v. Italia; sent. 20.4.2006, Carta v. Italia; sent. 19.10.2006 Majdallah v. Italia; sent. 8.2.2007 Kollcaku v. Italia, e i precedenti in tutte citati)".

Permangono, ciò nonostante, talune incertezze nella giurisprudenza di legittimità, poiché in una successiva e più recente pronunzia la Suprema Corte ha puntualizzato che la sopravvenuta ed imprevedibile irreperibilità dei soggetti le cui dichiarazioni siano già state ritualmente acquisite in sede predibattimentale e dei quali non possa dirsi provata la volontà di sottrarsi all'esame dibattimentale rientra nei casi di "accertata impossibilità oggettiva" che, *ex* art. 111 comma 5 Cost., derogano alla regola della formazione della prova nel contraddittorio delle parti: con la conseguenza che, in tal caso, non rileva la prospettata violazione dell'art. 6, par. 3, lett. *d*) C.E.D.U. (come interpretato dalle pronunce della Corte di Strasburgo) in quanto, come si evince dalle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007, le norme della predetta Convenzione, ancorché direttamente vincolanti, nell'interpretazione fornitane dalla Corte di Strasburgo, per il giudice nazionale, non possono tuttavia comportare la disapplicazione delle norme interne con esse ipoteticamente contrastanti, se e in quanto queste ultime siano attuative di principi affermati dalla Costituzione, cui anche le norme convenzionali devono ritenersi subordinate, condizione soddisfatta, nella specie, dall'applicabilità dell'art. 111 comma 5 Cost. [60].

Occorre peraltro osservare che, in talune pronunzie, la S.C. ha precisato che il divieto di provare la colpevolezza sulla base delle dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore non opera nel caso in cui sia incerta o equivoca la volontarietà della sottrazione da parte del dichiarante, in quanto, nell'impossibilità di accertare i fattori impeditivi del confronto

[60] Cass., Sez. V, 16 marzo 2010, n. 16269, Benea, Rv 247258; v., inoltre , Cass., sez. I, 6 maggio 2010, n. 20254, Mzoughia, Rv. 247618).

dibattimentale, non può ritenersi sussistere il requisito della "libera scelta", cui è subordinato dal codice di rito vigente il divieto di utilizzazione [61].

Su alcuni dei profili problematici sopra evidenziati, ed in particolare sui criteri di individuazione dell'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale che legittima il ricorso all'art. 512-*bis* cod. proc. pen., paiono prevedibili, dunque, ulteriori sviluppi interpretativi della giurisprudenza di legittimità[62].

(Redattori: Gaetano De Amicis; Enzo Vincenti)

Il direttore

(Mario Rosario Morelli)

[61] Cass., Sez. III, 2 marzo 2010, 12634, Conti e altro, Rv. 246814, con riferimento a dichiarazioni predibattimentali di una teste - cittadina extracomunitaria stabilmente residente in Italia all'epoca dei fatti - relative ad un procedimento per reati in materia di stupefacenti, delle quali era stata data lettura a causa della sua irreperibilità, motivata dal timore per l'omicidio del convivente.

[62] Al riguardo v. G. UBERTIS, *op. ult. cit.*, p. 212, secondo cui, in assenza di un intervento legislativo o di una evoluzione della giurisprudenza in materia, sarebbe necessario un intervento della Corte Costituzionale sulle norme regolatrici dell'istruzione dibattimentale e della testimonianza indiretta, volto ad eliminare la possibilità di usare in maniera determinante per la decisione *contra reum* elementi di prova dichiarativa ottenuti senza l'intervento dell'imputato, cui non sia stato concesso di esaminare la relativa fonte e cui non sia addebitabile la "condotta illecita" di cui all'art. 111, comma 5, Cost.