



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. II

(ESTRATTO)

**ROBERTO CONTI**

**IL RILIEVO DELLA CEDU NEL “DIRITTO VIVENTE”: IN  
PARTICOLARE, IL SEGNO LASCIATO DALLA  
GIURISPRUDENZA “CONVENZIONALE” NELLA  
GIURISPRUDENZA DEI GIUDICI COMUNI**

21 MAGGIO 2015

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Roberto Conti**

**Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni\***

**ABSTRACT: *The importance of the ECHR in "living law": in particular, the signal of the "conventional" jurisprudence in the jurisprudence of common judges.***

***The paper examines the relation between the italian and conventional standards of the safeguard of the fundamental rights. In particular, it is examined the issue concerning the extension of the effects of the European Court of Human Rights judgments in relation with the res judicata.***

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Come attuare le sentenze della Corte europea dei diritti umani nei confronti dei soggetti vittoriosi. – 3. Gli effetti *riflessi* delle sentenze della Corte europea sui casi di identica “condizione sostanziale”. – 4. Qualche breve considerazione sul “doppio binario” inaugurato dalla giurisdizione interna sugli effetti della giurisprudenza CEDU. – 5. La rilevabilità d’ufficio del vizio di convenzionalità. – 5.1. La *disfida* fra Corte costituzionale e Sezioni Unite in tema di udienza pubblica nei procedimenti per l’applicazione di misure di prevenzione e per ingiusta detenzione. – 5.2. Contrasto fra norma interna e CEDU: rilevabilità *ex officio*. – 6. Un ulteriore seguito alla tutela delle coppie dello stesso sesso “in attesa” del legislatore: il risarcimento del danno fra utopia e realtà.

1. *Premesse*

Indagare sulle ricadute prodotte dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo nella giurisprudenza dei giudici comuni si colora di tratti di *inumanità* marcati, sia in relazione alla vastità dei campi e dei settori coinvolti, sia in ragione del carattere ancora sperimentale che una ricerca di questo tipo può avere, a distanza di pochi anni dalla definizione, operata dalla Corte costituzionale, dei *principia* che governano i rapporti fra il diritto interno e la CEDU.

È dunque troppo presto per verificare la cifra di queste ricadute, non essendo ancora maturato quel ‘fattore tempo’ che consente alla giurisprudenza per l’un verso di metabolizzare le novità e per l’altro di sedimentare i propri orientamenti, di stabilizzarli, di “strutturarli” in relazione ai casi che vengono portati all’attenzione del giudice.

Ma non per questo l’indagine sulla protezione ‘in concreto’ dei diritti di matrice convenzionale e delle ricadute prodotte dal diritto vivente della CEDU in favore del proprietario, del pensionato, dell’arrestato, dell’imputato, del condannato, del carcerato, del giornalista, del confiscato, del rifugiato, del preminente interesse del minore, della persona che attende di vedersi riconosciuto uno *status* di famiglia rispetto al proprio orientamento sessuale risulta meno feconda, meno utile.

Anzi, tale indagine consente di cogliere la tensione della giustizia interna verso un obiettivo di progressiva e convinta adesione ad un’idea di giustizia che tale può definirsi in quanto realizzata nel pieno rispetto dei diritti fondamentali.

Il compito assegnatomi è in apparenza di tipo (soltanto) ricognitivo-compilativo, riguardando l’incidenza della giurisprudenza convenzionale su quella comune domestica.

Se, dunque, sembrano collocarsi al di là dei confini posti dal titolo le tematiche che guardano ai rapporti fra le fonti e ai rapporti fra giudice comune e Corte costituzionale, direttamente orientandosi allo studio dell’impatto prodotto dalla giurisprudenza della Corte dei diritti umani sulla concreta tutela apprestata dal giudice comune rispetto ad una o più sarà, tuttavia, proprio tale indagine a rendere ineludibile l’esame di alcuni nodi problematici “di sistema” che rimangono, ancora oggi, nemmeno tanto sullo sfondo.

---

\*Relazione svolta alle Giornate di studio dal titolo *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, Messina 21-22 novembre 2014, destinata alla pubblicazione anche nel volume degli atti.

Anticipando i risultati di tale indagine può infatti dirsi che è proprio il meccanismo di operatività della CEDU nel sistema interno come delineato dalla Corte costituzionale, a partire dalle “prime” sentenze gemelle, a condizionare il pieno dispiegamento di quella giurisprudenza sovranazionale nei processi esaminati dal giudice comune, rimanendo in via esclusiva in capo alla Corte costituzionale il potere di verificare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale proposta sotto il paradigma di cui all’art. 117, c. 1, Cost.

L’indagine che verrà compiuta a proposito del tema relativo alla pubblicità delle udienze nei procedimenti svolti in camera di consiglio, sul quale si sono fronteggiate due visioni totalmente diverse di intendere l’efficacia e il ruolo della CEDU e della Corte europea fra i giudici nazionali- in entrambi i casi il massimo e “supremo” organo giurisdizionale di legittimità e la Corte costituzionale - dimostra quanto sia ancora lungo il *cammino* da percorrere sulla strada del pieno dispiegamento dei diritti fondamentali di matrice convenzionale nell’ordinamento interno. Cammino nel quale lo strumento della richiesta di parere preventivo, se mai il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU diventerà efficace, potrà giocare un’importanza non marginale.

Fin d’ora può dirsi, infatti, che l’utilizzazione dello schema proprio del sindacato di costituzionalità per la verifica della compatibilità di una norma interna con quella convenzionale finisce con l’incidere sul *modo stesso* di operare dei diritti fondamentali.

Non meno evidente risulterà l’esigenza di tornare a riflettere sul modo con il quale in concreto la CEDU è destinata ad operare nell’ordinamento interno, scrutinando alcuni “seguiti” in materia di procreazione medicalmente assistita e di diritto alla propria identità.

Una riflessione a parte sarà parimenti destinata all’esame della questione relativa all’estensione degli effetti di sentenze rese dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nei confronti di soggetti che non hanno attivato il controllo di convenzionalità innanzi al giudice di Strasburgo e che lamentano una lesione dei propri diritti fondamentali ancorché ad essa si opponga una decisione giudiziaria coperta da giudicato. Questione di recente fatta oggetto di decisioni assai importanti delle Sezioni Unite penali.

Ancora una volta, l’esame degli effetti della giurisprudenza convenzionale nel sistema interno cela, dunque, micidiali questioni di ordine generale- per dirla con Antonio Ruggeri-, fra le quali assumono una rilevanza peculiare quelle correlate alla possibilità – o al divieto- che la norma convenzionale resa precisa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo possa operare – in caso di contrasto il diritto interno – in via immediata innanzi al giudice comune o solo per il tramite del controllo di costituzionalità.

## *2. Come attuare le sentenze della Corte europea dei diritti umani nei confronti dei soggetti vittoriosi*

Non meno rilevante appare la questione che prende luogo dall’inerzia del legislatore rispetto alle violazioni accertate da sentenze resa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.

Meritevole di attenzione è risultato l’atteggiamento del giudice nazionale rispetto alle violazioni strutturali accertate dalla Corte dei diritti umani essendo emersa, nella giurisprudenza nazionale, una tendenza volta a distinguere gli effetti della pronuncia a seconda che la sentenza europea abbia riguardato direttamente il soggetto che ha subito la violazione in forza di un giudicato interno e si è rivolto alla Corte di Strasburgo dalla posizione di chi non ha direttamente adito la Corte europea ma si trova, per effetto di un giudicato nazionale, in posizione identica a quella ritenuta in altra occasione in contrasto con la CEDU.

Nel caso esaminato dal Tribunale di Roma – [ord. 23 settembre 2013](#) – che ha riguardato gli effetti della sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso [Costa e Pavan c. Italia](#) resa in tema di divieto di diagnosi pre-impianto, al cui interno il giudice europeo aveva parlato di “*incohérence du système législatif italien en matière de D.P.I.*”. Il giudice capitolino, nell’inerzia del legislatore interno, rimasto silente rispetto alla pronuncia della Corte europea malgrado l’obbligo di

adottare misure capaci di eliminare gli effetti dell'accertata violazione (art. 46 CEDU), si è trovato a dovere "misurare" gli effetti della sentenza sopra ricordata non già rispetto a casi simili od omogenei, ma proprio nei confronti dei medesimi soggetti che avevano sollecitato alla Corte europea l'accertamento della violazione del diritto sancito dall'art.8 CEDU – a carico dell'Italia che non aveva consentito alla coppia di accedere alla diagnosi pre-impianto.

In tale occasione il tribunale, sottolineando la peculiarità della vicenda rispetto al prisma dei principi fissati dalla Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento interno e CEDU ha ritenuto essersi formato un "giudicato formale" favorevole alla coppia che non rendeva, pertanto, necessario ricorrere alla Corte costituzionale per fare dichiarare la normativa interna contrastante con la CEDU alla stregua dell'art.117, c. 1, Cost. Ipotesi che, per contro, "... dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale...".

La posizione espressa dal Tribunale di Roma sembra iscriversi, sia pure con i necessari distinguo, nell'orientamento espresso da Cass. pen. n. 16507/2010, *Scoppola*, favorevole a dare immediata attuazione nei confronti della parte vittoriosa a Strasburgo alla decisione della Corte europea, ancorché contrastante con un precedente giudicato interno. Indirizzo che ha ottenuto l'avallo esplicito della Corte costituzionale.

Ed infatti, [Corte cost. n. 210/2013](#), nel decidere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, c. 1, del d.l. n. 341/2000, conv. con modificazioni, nella legge n. 4/2001, sollevata dalle Sezioni Unite penali (ord. n. 41694/12) nell'ambito di un procedimento in cui un condannato alla pena dell'ergastolo aveva chiesto, in fase esecutiva, di beneficiare degli effetti prodotti da Corte dir. Uomo 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ha inteso nettamente distinguere gli effetti del caso *Scoppola* sul medesimo condannato, dalle ricadute dallo stesso derivanti per i casi "identici" dal punto di vista sostanziale anche se già definiti, a livello interno, in modo distonico rispetto alle decisioni rese dal giudice europeo.

Solo rispetto a tali casi la Corte costituzionale, assecondando la posizione espressa dalle Sezioni Unite penali, ha ritenuto che in esito alla declaratoria di incostituzionalità di una disposizione normativa ad effetto retroattivo e sulla cui base era stata pronunciata una sentenza di condanna all'ergastolo di imputati ai quali era applicabile il precedente testo dell'art. 442, c. 2, c.p.p. e che in base a questo avrebbero dovuto essere condannati alla pena di trenta anni di reclusione, il giudice dell'esecuzione è tenuto ad intervenire per eliminare gli effetti di una norma ad effetto retroattivo.

Riprendendo un passo dell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite (ord. n. 41694/2012), la Corte costituzionale è tornata ad esaminare il tema dell'inerzia del legislatore rispetto a violazioni riconosciute dalla Corte dei diritti umani ed ha riconosciuto che "... spetta anzitutto al legislatore rilevare il conflitto verificatosi tra l'ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, privandole di effetti".

A ciò la Corte ha aggiunto che "... se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo alla eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili" – punto 7.3 [sent. n. 210/13](#)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nel ragionamento della Corte costituzionale il problema della "... eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale, ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili ..." non elide la diversità di posizioni fra chi si è rivolto a Strasburgo per evidenziare la discontinuità della decisione interna con i canoni convenzionali e chi, invece, tanto non ha ritenuto di fare, acquietandosi di fronte al giudicato. Secondo la Corte costituzionale, "... esiste infatti una radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà, con la conseguenza che la loro vicenda processuale, definita ormai con la formazione del giudicato, non è più suscettibile del rimedio convenzionale". Tanto impedisce di considerare il giudicato interno automaticamente e sempre recessivo rispetto alla riconosciuta violazione della CEDU in altro procedimento. È vero anzi, ricorda la Corte costituzionale, che "... il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, [...], non è estraneo alla Convenzione, al punto che la stessa sentenza *Scoppola* vi ha ravvisato un limite all'espansione della legge penale più favorevole, come questa Corte ha già avuto occasione di porre in evidenza ([sentenza n. 236 del 2011](#))". Da qui la – duplice – conclusione che "...in linea di principio, l'obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato, e che le deroghe a tale limite vanno ricavate, non dalla CEDU, che non le esige, ma nell'ambito

In definitiva, secondo [Corte cost. n. 210/13](#), nel “...procedimento di adeguamento dell’ordinamento interno alla CEDU, originato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola, il giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile che, come invece accade di regola, limiti gli effetti dell’obbligo conformativo ai soli casi ancora *sub iudice*”.

Con il “seguito” espresso da Cass. S.U. n. 18821/14, cit., il giudice di legittimità, preso atto della caducazione della disposizione interna che aveva reso possibile la condanna all’ergastolo del ricorrente, in violazione dei principi espressi dalla sentenza Scoppola, ad opera di [Corte cost. n. 210/13](#), ha riconosciuto che “...il *novum* introdotto dalla sentenza della Corte EDU [Scoppola c. Italia](#) sulla portata del principio di legalità convenzionale ... in quanto sopravvenuto al giudicato e rimasto quindi estraneo all’orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell’art. 46 della CEDU e degli obblighi internazionalmente assunti dall’Italia – di riconsiderare il punto specifico dell’adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo ...”<sup>2</sup>.

### 3. *Gli effetti riflessi delle sentenze della Corte europea sui casi di identica “condizione sostanziale”*

La questione degli effetti prodotti da sentenze c.d. pilota della Corte EDU su vicende coperte da giudicato interno<sup>3</sup> è andata assumendo particolare rilievo nel sistema di tutela penale, ancorché essa riguardi l’atteggiarsi in generale della pronunzie europee nel sistema interno.

In briciole, la questione va posta nei seguenti termini. Se la Corte europea riconosce che la genesi della violazione alla CEDU sta nel difetto strutturale del sistema normativo – o giurisprudenziale – piuttosto che nell’occasionale violazione di un diritto fondamentale ad opera dello Stato o dei suoi organi la stessa, nel riconoscere la violazione, può indicare non soltanto le misure di ordine particolare tese a rimuovere gli effetti della violazione accertata, ma anche quelle di ordine generale che lo Stato potrà approntare per evitare la ripetizione di nuovi giudizi nei suoi confronti.

In realtà, al di là del meccanismo proprio delle “sentenze pilota”, la giurisprudenza della Corte europea non aveva mancato, già da tempo, di evidenziare la valenza generale delle proprie decisioni tutte le volte che le stesse affrontavano situazioni correlate a disarmonie fra i parametri convenzionali e la legislazione interna – Corte dir. uomo, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta* –.

Si tratta, allora, di verificare se la mancata proposizione di un ricorso a Strasburgo – nei termini previsti – ad opera del soggetto che ha subito una violazione a livello interno ormai “coperta” dal giudicato può beneficiare degli effetti della sentenza resa dalla Corte europea su impulso di soggetti che si trovavano nella sua medesima condizione.

In passato ci eravamo spinti a ritenere che un corretto bilanciamento fra esigenza di certezza del diritto e protezione dei diritti fondamentali avrebbe imposto di limitare l’effetto delle decisioni pilota ai processi fino a quel momento non definiti, non potendosi immaginare dei meccanismi ripristinatori della legalità convenzionale violata, a pena di dare vita ad un sistema non in grado di garantire la stabilità che è propria di un processo definito senza che la parte abbia deciso di ricorrere agli strumenti attribuitigli dall’ordinamento per far valere le violazioni CEDU eventualmente prodotte. In questa

---

dell’ordinamento nazionale ...” e che “... nell’ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l’ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato ...”.

<sup>2</sup> Per tale motivo “... l’aver inflitto a un determinato soggetto, la cui posizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella di *Scoppola*, la pena dell’ergastolo anziché quella di anni trenta di reclusione viola il diritto all’applicazione della norma penale più favorevole tra le diverse succedutesi nel tempo in materia di giudizio abbreviato (art. 7 CEDU), violazione che inevitabilmente si riverbera, con effetti di attualità in fase esecutiva, sul diritto fondamentale della libertà”.

<sup>3</sup>B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano 2012, 123 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012 864; v. volendo, anche il mio, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, 480, spec. 452.

prospettiva, la mancata attivazione del ricorso alla CEDU da parte del soggetto leso in una sua prerogativa convenzionale nei termini e con le modalità previste normativamente ci sembrò *consumare* il suo potere di ottenere una pronuncia conforme a CEDU, a meno di mettere a rischio il principio della certezza del diritto che costituisce, parimenti, il fulcro del sistema di tutela convenzionale e costituzionale dei Paesi che aderiscono al Consiglio d'Europa ed all'UE<sup>4</sup>.

Rispetto a tali conclusioni le Sezioni Unite della Cassazione (ord. 19 aprile 2012 n. 34472, *Ercolano*)<sup>5</sup> – ma anche la Corte costituzionale – hanno di recente offerto una chiave di lettura articolata<sup>6</sup> ma in buona parte sovrapponibile<sup>7</sup>.

Anticipando le conclusioni del ragionamento – dal quale rimangono fuori gli istituti processuali che il giudice dell'esecuzione potrà sperimentare per raggiungere l'obiettivo di purgare la pena dai suoi contenuti contrastanti con i *dicta* di Strasburgo – non può dirsi esistente un vero e proprio obbligo generalizzato del giudice di adottare misure volte ad eliminare gli effetti nocivi prodotti da un giudicato interno reso in violazione della norma CEDU che sia risultata da una decisione pilota assunta dalla Corte europea o da altra pronuncia che ha un contenuto non limitato al singolo ricorrente vittorioso<sup>8</sup>. Ciò, secondo la Corte europea, potrà tuttavia accadere quando è l'ordinamento interno a riconoscere la necessità di introdurre dei limiti all'intangibilità del giudicato in vista della tutela di valori fondamentali ritenuti volta a volta di natura prioritaria rispetto al bene che la salvaguardia del giudicato intende preservare.

Ora, nel decidere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, c. 1, del d.l. n. 341/2000, conv. con modificazioni, nella legge n. 4/2001, sollevata dalle Sezioni Unite penali (ord. n. 41694/12) nell'ambito di un procedimento in cui un condannato alla pena dell'ergastolo aveva chiesto, in fase esecutiva, di beneficiare degli effetti prodotti da Corte dir. Uomo 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* – Corte cost. n. 210/13<sup>9</sup>, ha ritenuto corretta l'impostazione di fondo delle Sezioni Unite, negando per l'un verso che la sentenza *Scoppola c. Italia* avesse la natura di "sentenza pilota", ma tuttavia riconoscendo che dalla stessa scaturisce l'obbligo, per lo Stato italiano, di porre riparo alla violazione prodotta dalla normativa interna e di rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i

---

<sup>4</sup> R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 429.

<sup>5</sup> V. la in *Cass. pen.*, 2012, 3992, con note di M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza Scoppola*, e di C. MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, 1325.

<sup>6</sup> Sulla questione delle ricadute della sentenza *Scoppola c. Italia* del settembre 2009 in casi diversi da quello esaminato dal giudice europeo v., diffusamente, F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, *ibidem*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 aprile 2012; G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, *ibidem*, 16 aprile 2012; ID., F. VIGANÒ, *Giudicato penale e diritti fondamentali*, *ibidem*, 18 aprile 2012. Sull'ordinanza di rimessione delle S.U., cfr. altresì G. CARLIZZI, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, 27 ss.

<sup>7</sup> Proprio con riferimento alla vicenda personale del condannato Scoppola la già ricordata Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, *Scoppola*, ha ritenuto di rideterminare la pena inflitta senza necessità di rivolgersi alla Corte costituzionale per chiedere la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma interna che impediva al predetto di fruire della norma penale più favorevole – art. 7 d.l. 341/2000 –V., invece, con riferimento a un diverso ricorrente Cass., sez. I, 10 gennaio 2012, n. 25227. In tali decisioni l'effetto automatico prodotto sul piano interno dalla sentenza della Corte europea era stato giustificato dalla «esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee» (Cass. n. 16507/2010) vuoi dalla necessità di dare «diretta applicazione nell'ordinamento nazionale della Convenzione europea, nell'interpretazione datane dalla Corte europea» (Cass. n. 25227/12).

<sup>8</sup> Cfr. punto 7.3. sent. n. 210/13 cit.

<sup>9</sup> Sulla quale v. F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU, e Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, entrambe in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), rispettivamente, 19 e 26 luglio 2013, e, pure *ivi*, G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, 1 ottobre 2013; inoltre, E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, cit.; v., inoltre, A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013.

condannati che si trovano nelle medesime condizioni di Scoppola.

Nel ragionamento della Corte costituzionale il problema della “...eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l’illegittimità convenzionale, ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili...” non elide la diversità di posizioni fra chi si è rivolto a Strasburgo per evidenziare la discontinuità della decisione interna con i canoni convenzionali e chi, invece, tanto non ha ritenuto di fare, acquietandosi di fronte al giudicato. Secondo la Corte costituzionale “...Esiste infatti una radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà, con la conseguenza che la loro vicenda processuale, definita ormai con la formazione del giudicato, non è più suscettibile del rimedio convenzionale.”

Ciò impedisce di considerare il giudicato interno automaticamente e sempre recessivo rispetto alla riconosciuta violazione della CEDU in altro procedimento. È vero anzi, ricorda la Corte costituzionale, che “... Il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell’assetto dei rapporti giuridici, [...], non è estraneo alla Convenzione, al punto che la stessa [sentenza Scoppola](#) vi ha ravvisato un limite all’espansione della legge penale più favorevole, come questa Corte ha già avuto occasione di porre in evidenza ([sentenza n. 236 del 2011](#)).” Da qui la – duplice- conclusione che “...in linea di principio, l’obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l’ordinamento interno si è formato il giudicato, e che le deroghe a tale limite vanno ricavate, non dalla CEDU, che non le esige, ma nell’ambito dell’ordinamento nazionale...” e che “...nell’ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l’ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato...”.

In definitiva, secondo [Corte cost. n. 210/13](#), nel “...procedimento di adeguamento dell’ordinamento interno alla CEDU, originato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola, il giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile che, come invece accade di regola, limiti gli effetti dell’obbligo conformativo ai soli casi ancora *sub iudice*”.

Esce in tal modo avvalorata la scelta del giudice di legittimità di dare immediata attuazione alla sentenza Scoppola nei confronti del soggetto vittorioso a Strasburgo<sup>10</sup>. Anzi, è la Corte di Cassazione, quale massimo organo di nomofilachia, a dovere “...determinare l’esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice (art. 30, c. 4, della legge 11 marzo 1953, n. 87), e, nell’ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, spiegarne le ragioni in termini non implausibili”.

In questa prospettiva occorre soffermarsi su quanto affermato, successivamente, da Cass. S.U. n. 18821/14<sup>11</sup>, che costituisce la naturale prosecuzione dell’ordinanza di rimessione della questione decisa da [Corte cost. n. 210/2013](#).

Il giudice di legittimità, preso atto della caducazione della disposizione interna ad opera di [Corte cost. n. 210/13](#), ha riconosciuto che “il *novum* introdotto dalla sentenza della Corte EDU [Scoppola c. Italia](#) sulla portata del principio di legalità convenzionale...in quanto sopravvenuto al giudicato e

---

<sup>10</sup> Riprendendo un passo dell’ordinanza di rimessione la Corte costituzionale riconosce che “... Spetta anzitutto al legislatore rilevare il conflitto verificatosi tra l’ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, privandole di effetti; se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo all’eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l’illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili” punto 7.3 [sent. n. 210/13](#).

<sup>11</sup> V. su tale pronuncia F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola* (Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano), in [www.penalecontemporaneo.it](#); E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola, (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, cit.

rimasto quindi estraneo all'orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell'art. 46 della CEDU e degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia – di riconsiderare il punto specifico dell'adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo...”.

Affermano, ancora, le Sezioni Unite che “...il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorché risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare “dallo stigma dell'ingiustizia una tale situazione”. Da qui la conclusione che “eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi, come si è più sopra precisato, anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo per il caso Scoppola”.

Si sono in tal modo aperte le porte della rideterminazione della pena nei confronti del condannato – “fratello minore” di Scoppola –, al quale è stata così comminata la pena di anni trenta di reclusione, sostituendo quella dell'ergastolo precedentemente inflitta<sup>12</sup>.

Il meccanismo testé descritto è stato successivamente utilizzato dalla Cassazione anche per altri “fratelli minori” di Scoppola, una volta venuta meno la disciplina interna contrastante con la CEDU – cfr. Cass. n. 6004/14, *Papalia* –.

Ora, tirando le fila del discorso, sembra potersi affermare che nell'ambito del diritto penale sostanziale il riconoscimento di un deficit fra norma interna e CEDU riscontrato dalla Corte dei diritti dell'uomo impone, anche per salvaguardare il principio di parità di trattamento tra condannati che versano in *identica posizione*, l'estensione degli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo rese nei confronti di soggetti che hanno subito una condanna in violazione della CEDU acclarata dal giudice europeo sul giudicato interno “non in linea CEDU”.

L'eliminazione del deficit di tutela sostanziale patito a livello interno, pertanto, deve trovare risposta o direttamente, nella fase esecutiva, da parte del giudice comune, quando a ciò non si contrapponga una norma interna contrastante con la CEDU. Ove invece emerga l'esistenza di un impedimento normativo il giudice comune sarà invece chiamato a rivolgersi previamente alla Corte costituzionale per ottenere l'eliminazione della norma contraria alla CEDU, in esito alla quale potrà provvedere in sede esecutiva.

Discorso diverso va fatto rispetto alle violazioni di natura processuale.

Sul punto, è sempre [Corte cost. n. 210/2013](#) a precisare che quanto detto in tema di efficacia riflessa delle sentenze della Corte dei diritti umani “... riguarda esclusivamente l'ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte Europea in materia sostanziale, relativa ad un caso che sia identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva. Le stesse Sezioni Unite hanno avvertito che diverso è il caso di una pena rivelatasi illegittima, esclusivamente perché inflitta all'esito di un giudizio ritenuto dalla Corte EDU non equo, ai sensi dell'art. 6 della CEDU: in questa ipotesi, l'apprezzamento, vedendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l'effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto di fronte ad un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie”<sup>13</sup> – conf. Cass. pen. n. 8350/2014, *Gaddone* –.

---

<sup>12</sup> È stata definitivamente superata la posizione espressa sul tema da Cass. pen., n. 6559/2011, *Raffaelli*.

<sup>13</sup> In senso conforme v. la successiva [Corte cost. n. 235/14](#), nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto che ha escluso la rilevanza della q.l.c. sollevata dal remittente in fase di esecuzione pena con riferimento all'art. 4-ter del decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 (Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato), aggiunto dalla legge di conversione 5 giugno 2000, n. 144, ritenendo che l'istante non poteva avanzare la pretesa di fruire dei principi espressi dalla sentenza *Scoppola c. Italia*, non versando in una posizione identica o similare



Un ultima, non marginale, precisazione.

#### 4. *Qualche breve considerazione sul “doppio binario” inaugurato dalla giurisdizione interna sugli effetti della giurisprudenza CEDU*

Elisabetta Lamarque e Francesco Viganò non hanno esitato a esprimere giudizi assai lusinghieri sullo stato dell'arte dei rapporti fra Cassazione e Corte costituzionale in ordine alla concreta e piena attuazione dei diritti fondamentali espressi dalla CEDU e concretamente applicati dalla Corte dei diritti dell'uomo. Ricorrono in un loro assai importante scritto espressioni quali *fraterna condivisione*, *gioco di squadra*, *perfetta consonanza* per descrivere la cifra delle relazioni fra le Corti nazionali rispetto al tema anzidetto.

Tali riflessioni colgono in modo convincente uno degli aspetti di queste relazioni, ma non possono esse stesse fare a meno di prendere in considerazione quanto tale “armonia” sia il frutto, a monte, di una presa di posizione “unilaterale” della Corte costituzionale – anche se in qualche modo “ispirata” da alcune pronunzia del 2004 rese dalle Sezioni Unite civili in tema di Legge Pinto –. Posizione alla quale, come danno atto gli stessi Autori, le giurisdizioni “comuni” hanno sostanzialmente “aderito”, non praticando più la strada del controllo diffuso di convenzionalità.

Ora, è davvero troppo presto per fare un bilancio in ordine a siffatti rapporti. E bene fa Vittorio Manes a ricordarci che il dialogo tra le Corti “è appena all'inizio”<sup>14</sup>. Nulla può dirsi, del resto, in questa sede della [Corte cost. n. 49/2015](#) se non che essa segna – pur confermando l'efficacia rinforzata attribuita alle sentenze “pilota” e “semi-pilota” da [Corte cost. n. 210/13](#) – rilevanti scostamenti rispetto alle coordinate di base fissate nelle sentenze gemelle quanto ai rapporti fra giudici – comuni e non e CEDU – e che conferma, indirettamente, l'esattezza del rilievo.

Rimangono, d'altra parte, notevoli dubbi sul fatto che il controllo di convenzionalità affidato alla Corte costituzionale possa risultare per certi versi (e paradossalmente) troppo ardito per ragioni in altra sede indagate<sup>15</sup> e per i casi di *outruling* da parte della stessa Corte europea<sup>16</sup> e, per altri, poco efficace.

In ogni caso, la legittimazione del “doppio binario”<sup>17</sup> fondata sul riconoscimento dell'immediata disapplicazione della norma interna contrastante con il *dictum* di Strasburgo nei confronti del soggetto vittorioso innanzi alla Corte europea e, invece, sulla negazione dell'operatività di tale effetto per i casi “riflessi”<sup>18</sup> presenta, tuttora, dei lati oscuri.

Sarà la pratica a dimostrare, ad esempio, quanto l'utilizzazione del meccanismo del rinvio alla Corte costituzionale – e al conseguente sistema di “rilevanza” della questione di *convenzionalità* – possa concretamente incidere sull'attuazione dei diritti fondamentali di matrice CEDU.

Il caso della pubblicità delle udienze nell'ambito del procedimento per la riparazione da ingiusta detenzione al quale si è dedicato un precedente paragrafo può rappresentare la spia di una non piena consonanza fra le due Corti nazionali, ma più in generale di una non perfetta concordanza di visioni in ordine all'ampiezza della tutela che la CEDU può offrire. A dire il vero, infatti, c'è in gioco – anche

---

e in ogni caso non avendo la disposizione oggetto di scrutinio natura processuale in quanto “... non attiene all'entità della riduzione di pena conseguente al giudizio abbreviato, ma ai termini di proposizione della relativa richiesta, limitandosi in particolare a ribadire – nel quadro di una disciplina transitoria – l'impossibilità di introdurre il rito alternativo quando il processo si trova davanti al giudice di legittimità, che non è chiamato ad assumere”.

<sup>14</sup> V. MANES, *Il giudice nel labirinto, Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma 2013, 168.

<sup>15</sup> Sia consentito il rinvio al nostro CEDU, *Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, cit., 231 ss.

<sup>16</sup> Il tema da ultimo menzionato è stato affrontato da G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della corte edu in materia penale*, in *Cass. pen.*, 10/2014, 3192 ss.

<sup>17</sup> A. RUGGERI accenna alla questione parlando di “doppio regime” nel già citato *Spunti*, sub § 3.

<sup>18</sup> In dottrina per la possibilità di applicare direttamente la sentenza della Corte europea senza alcun passaggio alla Corte costituzionale anche nei confronti dei soggetti non ricorrenti a Strasburgo: v. A. GAITO - C. SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1201.

– la questione connessa all'estensione delle effetti favorevoli sul condannato di una pronunzia della Corte europea che va ad incidere su norma processuale – poi dichiarata incostituzionale dalla Consulta –.

E a ben considerare, il discorso potrebbe ampliarsi a dismisura se, ammessa la possibilità di fare “cadere” il giudicato interno contrastante con una sentenza CEDU che accerta una violazione di sistema, si volge lo sguardo ad altri diritti fondamentali diversi dalla libertà personale. E solo provocatoriamente potrebbe mettersi sul tappeto il tema degli effetti delle sentenze che hanno accertato la violazione dell'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU in tema di espropriazioni illegittime sui giudicati nazionali che hanno escluso la risarcibilità delle occupazioni acquisitive in ragione della prescrizione dopo le sentenze della Corte europea. *Quid iuris?*<sup>19</sup>

Sarà, dunque, ancora l'esperienza a verificare se effettivamente il doppio binario anzidetto funzionerà in modo proficuo per i casi *riflessi* – qui usando tale ultima espressione in un'accezione ampia – ovvero realizzerà, direttamente o indirettamente, degli effetti “non virtuosi”.

Se è vero, come si sostiene, che l'immediata efficacia della sentenza CEDU nei confronti del soggetto vittorioso impedisce che la tutela convenzionale risulti meramente *eventuale* – per effetto del “passaggio” alla Corte costituzionale- non è forse lecito chiedersi perché questa “eventualità” – correlata agli esiti del giudizio di costituzionalità – debba giustificarsi nei confronti dei soggetti che hanno comunque subito una violazione ad un loro diritto di matrice convenzionale? C'è il rischio che i titolari di tali diritti siano considerati *figli di un Dio minore*?

A tale ultima espressione, che Antonio Ruggeri ha mutuato da Francesco Viganò<sup>20</sup>, è sufficiente affidare la sintesi del pensiero che lo stesso Autore ha con vigore e a più riprese rappresentato per sostenere il pieno e diffuso dispiegamento degli effetti dei diritti fondamentali –anche se convenzionali – ad opera del giudice comune, soprattutto quando vi è stato, a monte, un pronunciamento della Corte europea – ancorché non rivolto al soggetto che reclama la tutela –. Pensiero e riflessioni ai quali, fondandosi su una “... prospettiva che ha nei valori fondamentali la stella polare che illumina il cammino degli operatori fino alla meta in cui la giustizia può rivelarsi, conformemente alla propria indeclinabile vocazione, autenticamente giusta, siccome effettivamente idonea, alle condizioni complessive di contesto, ad offrire un servizio ai bisogni elementari e più intensamente avvertiti dell'uomo”, mi sentirei di aderire, per quel nulla che vale, *toto corde...*

E ciò anche se rimane qualche dubbio su una svalutazione del giudicato interno non direttamente collegata all'esperimento dei mezzi di tutela assicurati dalla CEDU per ricorrere “contro” le decisioni dei giudici nazionali.

### 5. La rilevabilità d'ufficio del vizio di convenzionalità

La tensione della giurisdizione, in tutte le sue componenti, verso la piena attuazione dei diritti fondamentali si riverbera sulla questione, di capitale importanza, della rilevabilità *ex officio* del contrasto fra norma interna e CEDU. Tema che assume tratti di marcata problematicità nel giudizio di Cassazione.

La questione si intreccia, per alcuni versi, con i principi fissati dalla Corte costituzionale in ordine ai rapporti fra le fonti e ai rapporti fra giudice comune e Corte costituzionale quando in discussione è il tema del contrasto fra norma interna e CEDU.

In buona sostanza, l'aver incanalato il controllo di convenzionalità nell'ambito del sindacato accentrato della Corte costituzionale attraverso il meccanismo della norma interposta all'interno del parametro costituzionale (art. 117, c. 1, Cost.) ha inevitabilmente imposto di applicare alle richieste

---

<sup>19</sup> E ancora, quali effetti potrà produrre la recente ordinanza di rimessione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – n. 3/2015 – che ha ipotizzato un *vulnus* della disciplina interna in tema di revocazione delle sentenze del giudice amministrativo (e civile) laddove non consente di adeguare la situazione interna definita con forza di giudicato ai principi divergenti affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella medesima vicenda?

<sup>20</sup> V.la riportata in A. RUGGERI, *Spunti*, cit., sub § 4.

di caducazione della norma interna provenienti dal giudice comune il meccanismo di verifica della rilevanza e non manifesta infondatezza della questione.

5.1. *La disfida fra Corte costituzionale e Sezioni Unite in tema di udienza pubblica nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione e per ingiusta detenzione*

In questo meccanismo sono rimaste, recentemente, incagliate per ben due volte le Sezioni Unite penali che avevano sollecitato, a più riprese, la caducazione della disciplina positiva che non prevede l'udienza pubblica nell'ambito del procedimento per ingiusta detenzione disciplinato dall'art. 315 c. 3 c.p.p. – il quale rinvia alla disciplina processuale in tema di riparazione dell'errore giudiziario –.

A fermarsi sulla soglia dell'inammissibilità sono state dapprima [Corte cost. n. 80/2011](#) e, più recentemente, [Corte cost. n. 214/2013](#)<sup>21</sup>.

La questione nasce dal fatto che secondo l'interpretazione della giurisprudenza convenzionale fornita da [Corte cost. n. 93/2010](#)<sup>22</sup> la garanzia dell'udienza pubblica nei procedimenti in camera di consiglio non appare necessaria, per l'un verso, rispetto a peculiari ed eccezionali circostanze che caratterizzano la causa – situazioni che hanno ad oggetto questioni altamente tecniche e, per l'altro, nel giudizio di legittimità, proprio per le caratteristiche che ne contraddistinguono la funzione<sup>23</sup>.

È in questo contesto che si inserisce [Corte cost. n. 80/2011](#)<sup>24</sup>, chiamata a verificare l'estensibilità delle conclusioni prospettate dalla [sent. n. 93/2010](#) alla fase di legittimità del procedimento di prevenzione. Emerge, così, una rottura fra la posizione espressa dal giudice rimettente – la Corte di Cassazione – e la Corte costituzionale proprio sul ruolo che la pubblicità delle udienze avrebbe dovuto giocare anche nel giudizio di legittimità.

A stare alla posizione espressa nell'ordinanza di rimessione dalla Cassazione l'esigenza della pubblicità delle udienze patrocinata dalla Corte di Strasburgo quanto ai procedimenti in materia di misure di prevenzione «... andrebbe riconosciuta... non soltanto in relazione ai giudizi di merito, ma anche con riguardo al giudizio di cassazione, senza che rilevi, in senso contrario, la circostanza che di quest'ultimo non venga fatta menzione nella citata sentenza della Corte europea. Se pure è vero, infatti, che la Corte di Strasburgo ha affermato in più occasioni che il diritto a un'udienza pubblica può essere escluso quando debbano trattarsi esclusivamente questioni di diritto, essa ha, tuttavia,

---

<sup>21</sup> Sulla sentenza v. G. LEO, *Una questione inammissibile in tema di pubblicità delle udienze nel procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione (ancora a proposito degli effetti delle sentenze della Corte edu nell'ordinamento interno)*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Il tema è diffusamente e puntigliosamente esaminato, sia pure in una prospettiva non condivisa da chi scrive, da V. PETRALIA, *Problemi sistematici tra Cassazione, Consulta e Cedu*, in *Questione giustizia on line*.

<sup>22</sup> [Corte cost. n. 93/2010](#) era stata chiamata a valutare la compatibilità della normativa interna, che non prevedeva nel procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione innanzi al giudice di merito l'udienza pubblica, con la giurisprudenza granitica della Corte dei diritti umani, formatasi sul caso *Bocellari* – Corte dir. uomo, 13 novembre 2007, *Bocellari Rizza c. Italia* –. In quell'occasione la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva sancito che il rito camerale italiano per l'applicazione di misure di prevenzione, di cui all'art. 4 della legge n. 1423 del 1956, si pone in contrasto con l'art. 6, par. 1 CEDU nella parte in cui non prevedeva «la possibilità di ottenere un pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello». Investita della questione sotto il profilo della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., la Corte costituzionale ha ritenuto l'illegittimità della norma, superando i dubbi autorevolmente espressi in dottrina sulla fondatezza della stessa. Dubbi che si appuntavano, in sintesi, sul carattere casistico della giurisprudenza europea, sul valore modesto che doveva attribuirsi ai principi affermati dalla Corte dei diritti umani – al cui indirizzo non si lesinavano nemmeno giudizi particolarmente critici –, sulla necessità di operare comunque un corretto bilanciamento con altri valori costituzionali posti a base delle regole del processo penale. E tuttavia, [Corte cost. n. 93/2010](#) è stata di diverso avviso.

<sup>23</sup> V. la recente [Corte cost. n. 135/2014](#): «... La stessa Corte europea ha, d'altra parte, ritenuto che alcune situazioni eccezionali, attinenti alla natura delle questioni da trattare – quale, ad esempio, il carattere «altamente tecnico» del contenzioso – possano giustificare che si faccia a meno di un'udienza pubblica. In ogni caso, tuttavia, l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della durata, deve essere «strettamente imposta dalle circostanze della causa».

<sup>24</sup> Per un primo commento alla sentenza, reperibile anche sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), v. B. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte Costituzionale*, in [Consulta OnLine](#).

anche precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può giustificarsi solo se in primo grado la pubblicità sia stata garantita».

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

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

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

V'è allora solo da constatare che la diversità di vedute fra giudice comune e giudice delle leggi era già la spia di una diversità di prospettive fra le due Corti che viene ancora di più enfatizzata dalle Sezioni Unite della Cassazione penale con l'ordinanza 18-25 ottobre 2012 n. 41694, *Nicosia*<sup>25</sup>.

Ora, la questione di legittimità costituzionale (ri)proposta alla Corte costituzionale in relazione al procedimento per ingiusta detenzione si caratterizzava ancora una volta per il fatto che l'imputato, nel corso del giudizio, non si era mai doluto del mancato svolgimento con le forme dell'udienza pubblica il relativo procedimento, nemmeno prospettando tale questione innanzi al giudice di legittimità. Ciò che ha imposto alle S.U. un particolare esame del profilo di rilevanza della questione.

Errato sarebbe stato, secondo il remittente, esaminare la questione considerandola alla luce dei principi espressi in tema di efficacia delle sentenze che dichiarano l'incostituzionalità di una legge, incapaci di spiegare effetti sulle situazioni giuridiche ormai esaurite, non suscettibili, cioè, di essere rimosse o modificate, quali il giudicato, l'atto amministrativo non più impugnabile, l'operatività della sanzione della decadenza, e la preclusione processuale.

Ora, la prospettiva che limita la portata retroattiva della caducazione della norma dichiarata incostituzionale, sostengono le Sezioni Unite, non può essere traslata al piano degli effetti prodotti sulla norma interna – anche se processuale – dal contrasto con una disposizione della CEDU, giustificandosi “...soltanto nel quadro di un raffronto, per così dire ‘nazionale’ tra la fonte normativa ed il parametro costituzionale di riferimento, ma non tiene conto, a parere di queste Sezioni Unite, del ben diverso assetto che quello scrutinio e quel raffronto ricevono ove venga in discorso – quale normativa interposta – un principio di natura convenzionale, quale può essere il diritto al ‘giusto processo’, per come interpretato – in riferimento alla normativa ‘nazionale’ – dalla Corte di Strasburgo”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> G. ROMEO, *Alla Corte costituzionale la questione della mancanza di pubblicità nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>26</sup> Secondo le Sezioni Unite “... La pronuncia di quella Corte, infatti, nella ipotesi in cui, come nel caso L., additi e censure, non un concreto ‘difetto’ di quello specifico processo, ma una carenza strutturale del quadro normativo ‘domestico’, di talché qualsiasi giudizio similare finirebbe ineluttabilmente per compromettere il principio convenzionale, non può non produrre una efficacia espansiva ‘esterna’ rispetto al caso giudicato, riverberandosi quale canone di illegittimità di ogni processo in corso di trattazione che risultasse attinto da quel difetto di tipo ‘strutturale’.

Sulla base di tali presupposti e tenuto conto degli obblighi incombenti sullo Stato contraente in forza dell'art. 46 CEDU<sup>27</sup>, le S.U., forti della natura sistemica della violazione accertata dalla giurisprudenza convenzionale nei confronti del sistema interno in tema di rito camerale, hanno ritenuto che "... La 'rilevanza' della questione di legittimità costituzionale che miri a rimuovere gli effetti di una disposizione processuale che contamini la giustizia del processo, secondo i *dicta* della Corte Europea, non può dunque modellarsi sulla falsariga degli effetti che scaturiscono da categorie endoprocessuali che regolano l'*ordo iudiciorum* giacché, ove così fosse, il processo – strutturalmente 'ingiusto' – sarebbe destinato a proseguire e concludersi senza alcuna possibilità di 'purgazione', al contrario agevolmente conseguibile proprio attraverso l'incidente di costituzionalità. Il che, a tacer d'altro, comporterebbe per la persona il cui diritto al 'giusto processo' è stato compromesso, la necessità di ricorrere alla Corte di Strasburgo (con gli effetti ampliativi del relativo contenzioso, che quella Corte, come si è visto, ampiamente censura), e per il giudice – nella specie, quello di legittimità, e dunque l'organo di ultima istanza chiamato a 'misurare la conformità del processo ai diritti fondamentali ed irrinunciabili della persona – l'impossibilità di rendere il processo (non ancora 'esaurito'), compatibile con quei diritti." La circostanza che l'imputato non avesse sollecitato doglianze sul punto nel corso del giudizio di merito, in definitiva, non escludeva la necessità di eliminare la norma interna "...proprio in considerazione dei già segnalati effetti che scaturiscono dalla sentenza della Corte EDU nel caso [Lorenzetti](#), la quale, avendo accertato la violazione strutturale del principio convenzionale, determina la necessità che i processi, ancora pendenti, si conformino ad essa, previa declaratoria di illegittimità costituzionale in parte qua delle norme nazionali con quel principio".

La posizione di totale chiusura di [Corte cost. n. 214/2013](#) – pur salutata favorevolmente in dottrina<sup>28</sup> – è stata espressa sottolineando il deficit di rilevanza della questione proposta, in ragione della soltanto ipotetica volontà dell'interessato di reclamare, nell'eventuale giudizio di rinvio successivo all'accoglimento della quesitone di legittimità costituzionale, la necessità dell'udienza pubblica<sup>29</sup>.

Ora, se è vero che le Sezioni Unite sembrano essersi "adeguate" alla soluzione espressa dalla Corte costituzionale<sup>30</sup> non è chi non veda come il "filtro" utilizzato dalla Corte costituzionale appaia in qualche modo poco omogeneo rispetto alla *sostanza* della questione che le Sezioni Unite aveva posto al suo cospetto.

---

<sup>27</sup> Sugli effetti delle sentenze resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno v. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2010, 960 ss.; E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della cassazione civile e penale*, in [www.appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf](http://www.appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf), 2007; S. MARCOLINI, *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2007, 3492 ss.; F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008; P. PUSTORINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte edu e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 678 ss.

<sup>28</sup> V. PETRALIA, *Problemi sistemici nei rapporti fra Corte di Cassazione, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.

<sup>29</sup> Alla decisione espressa dalla Corte costituzionale hanno poi dato seguito alcune pronunzie del giudice di legittimità – Cass. n. [1538](#) del 22/10/2013, ritenendo che in tema di procedimento di riparazione per ingiusta detenzione, in difetto di allegazione riguardo alla proposizione da parte del ricorrente di istanza di partecipazione all'udienza camerale in sede di merito, il profilo di nullità de procedimento "non partecipato" per contrasto con il principio dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU non può essere preso in considerazione per difetto di interesse del ricorrente a dedurlo. In motivazione, la Corte ha richiamato le statuizioni di irrilevanza adottate dalla Corte Costituzionale nelle [sentenze n. 80 del 2011](#) e [214 del 2013](#) sulle questioni sollevate in tema di contrasto tra gli artt. 315 e 646 cod. proc. pen. e gli artt. 111 e 117 Cost. Cass. pen., n. [24356](#) del 04/06/2014, *Clark*, nel ritenere non è manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 666, 667, IV c., e 676 cod. proc. pen. per contrasto con gli artt. 111, c. 1, e 117, c. 1, Cost. in riferimento all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, nella parte in cui non consentono che la parte possa richiedere al giudice dell'esecuzione lo svolgimento dell'udienza in forma pubblica relativamente ai procedimenti in tema di applicazione della confisca, ha dato atto in motivazione che la persona sottoposta a confisca aveva chiesto lo svolgimento dell'udienza nella forma pubblica.

<sup>30</sup> V. informazione provvisoria relativa a Cass., Sez. un., 28 novembre 2013, *Nicosia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Il giudice remittente aveva, in definitiva, ancora una volta evidenziato che “dal suo punto di vista” il controllo di convenzionalità non poteva mancare nel caso concreto, in cui l’interessato, pur non avendo affermato di volere godere del diritto alla udienza pubblica, non era stato messo in condizioni di poterlo fare perché...la legge glielo aveva impedito.

Da un lato una visione – quella delle Sezioni Unite – ancorata al ruolo *pro-attivo* del giudice nazionale rispetto alla CEDU, capace di interrogarsi sulla piena ortodossia del giudizio svolto innanzi alle varie articolazioni del giudiziario ed investito, in definitiva, di un controllo pieno, effettivo e per certi versi anche officioso in ordine alla legalità convenzionale del processo.

Dall’altro la prospettiva del giudice costituzionale, non soltanto legata agli schemi propri del sindacato di costituzionalità ma, soprattutto, non particolarmente interessata a considerare in tutta la loro portata i meccanismi di operatività del controllo di convenzionalità imposti all’autorità giudiziaria nazionale dalla CEDU.

A ben considerare, infatti, la circostanza che l’imputato sia rimasto silente nei due gradi di giudizio di merito rispetto alla questione non poteva, indossando le lenti del giudice di Strasburgo, avere un significato di rinuncia alla garanzia. Non era infatti possibile attribuire un significato univoco al contegno della parte tutte le volte in cui l’ordinamento non mette in condizioni quella stessa parte di potere esercitare un diritto che anzi è lo stesso ordinamento a denegare.

Sul punto non è superfluo ricordare [Corte cost. n. 135/2014](#) che, a proposito di altra questione di legittimità costituzionale sollevata sempre con riferimento al sistema dell’udienza pubblica – ma in ambito particolare<sup>31</sup> – non ha mancato di ricordare la giurisprudenza europea in tema di pubblica udienza e misure di prevenzione –”... la Corte di Strasburgo ha, quindi, ritenuto «essenziale», ai fini della realizzazione della garanzia prefigurata dalla norma convenzionale, «che le persone [...] coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione *si vedano almeno offrire* la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d’appello» –.

Se a ciò si aggiunge che anche con riferimento all’analoga tematica riferita ai procedimenti per ingiusta detenzione è sempre [Corte cost. n. 135/2014](#) a riconoscere che “... la Corte di Strasburgo ha ritenuto essenziale che i singoli coinvolti nella procedura *fruiscono almeno della facoltà di richiedere* la trattazione in forma pubblica dell’udienza innanzi la corte d’appello (competente nel merito in unico grado)”, non è peregrino affermare che il contegno neutro della parte rispetto allo svolgimento dell’udienza in fase di merito – come anche in sede di legittimità – difficilmente poteva giocare un ruolo ai fini di giustificare il semaforo rosso del giudice costituzionale rispetto alla sollevata questione di legittimità costituzionale.

D’altra parte, non può nemmeno sottacersi il fatto che la giurisprudenza europea appare univoca nel riconoscere il ricorso diretto alla Corte europea – senza il previo esaurimento delle vie di ricorso interno (art. 35 CEDU, sul quale si tornerà diffusamente in seguito) – nei casi in cui la violazione alla CEDU dipende dall’esistenza di una norma interna che rende in modo palese ed evidente il contrasto, tanto da escludere che a livello interno l’interessato possa ottenere la tutela della prerogativa allo stesso garantita – cfr. Corte dir. Uomo [Costa e Pavan c. Italia](#), cit. –.

La prospettiva del giudice costituzionale non sembra, dunque, in sintonia con i termini della questione, rispetto alla quale in gioco è unicamente la garanzia convenzionale, nemmeno potendosi in alcun modo considerare il contegno passivo dell’interessato, al quale peraltro è inibita la possibilità di autonomamente sperimentare il controllo di costituzionalità (e che non costituisce, pertanto, elemento rilevante ai fini dell’esaurimento delle vie di ricorso interno per giurisprudenza costante del giudice europeo – Corte dir. uomo 19.12.1989, [Brozicek c. Italia](#), [ric. n.10964/84], punto 3; Corte dir. uomo, 6.3.2003, [De Jorio c. Italia](#) [ric. n. 73936/01] –).

---

<sup>31</sup> La questione ha riguardato gli artt. 666, c. 3, 678, c. 1, e 679, c. 1, cod. proc. pen., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l’applicazione delle misure di sicurezza si svolga, davanti al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza, nelle forme dell’udienza pubblica.

Il punto è, infatti, quello che ai fini delle garanzie convenzionali non sembra possano essere trasposte le regole relative al controllo di costituzionalità che attengono alla verifica in punto di rilevanza, almeno quando ciò determini una compressione dei diritti CEDU.

Orbene, lasciando da parte il tema specifico dell'udienza pubblica – che forse rischia di apparire ipervalutato a livello sovranazionale – e proiettando la riflessione su un piano generale, la circostanza che la *griglia* nella quale è necessario passare per caducare la norma in contrasto con la CEDU sia quella del controllo di costituzionalità non sembra potere elidere né la specialità della fonte (convenzionale), né la peculiarità delle regole che ne stabiliscono l'operatività (comunque esterne a quelle dell'ordinamento nazionale) né, infine – ma non per ultimo – la circostanza che l'individuazione delle modalità di operatività della garanzia convenzionale all'interno del processo non può spettare alla Corte costituzionale, ma sembra essere riservata *in via esclusiva* al giudice comune.

Si avverte, così, nemmeno sottotraccia, la circostanza che il recinto fissato dalla Corte costituzionale per la verifica di convenzionalità non è affatto neutro rispetto alla tutela dei diritti fondamentali che, anzi, subisce un filtro interno – pur se affidato alla Corte costituzionale – sulla cui opportunità è lecito ancora oggi interrogarsi.

Ora, pensare che questo recinto venga aperto in modo da lasciare libero il giudice comune di operare nella prateria dei diritti fondamentali è operazione rivoluzionaria? Determina un simile pensare un'usurpazione di poteri in capo alla Corte costituzionale alla quale la Costituzione affida il monopolio del controllo di costituzionalità ma non sembra potere incidere sul contenuto delle garanzie offerte dalla CEDU -se non nei limiti di un contrasto di esse con la Costituzione medesima?

## 5.2. *Contrasto fra norma interna e CEDU: rilevanza ex officio*

La tensione della giurisdizione, in tutte le sue componenti, verso la piena attuazione dei diritti fondamentali si riverbera sulla questione, di capitale importanza, della rilevanza *ex officio* del contrasto fra norma interna e CEDU. Tema che assume tratti di marcata problematicità nel giudizio di Cassazione.

In effetti, già Cass. S.U. (ord.) n. 41694/2012, *Nicosia*, Cass. (ord.) n. 34472/12, *Ercolano*, unitamente alla più recente Cass. S.U., n. 18821/2014, *Ercolano*, incarnano l'esigenza imperativa di una *legalità convenzionale* che, anche per effetto dell'art. 46 CEDU, la Corte di Cassazione ha il potere-dovere di perseguire e realizzare anche "d'ufficio"<sup>32</sup>.

Le S.U., nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della questione relativa alla legittimità della disciplina in tema udienza camerale nel procedimento per ingiusta detenzione rispetto ai principi fissati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – a partire dalla sentenza [Lorenzetti c. Italia](#) –, forti della natura sistemica della violazione accertata dalla giurisprudenza convenzionale nei confronti del sistema interno in tema di rito camerale, avevano ritenuto irrilevante la circostanza che l'imputato non avesse sollecitato doglianze sul punto nel corso del giudizio di merito. Tale contegno, infatti, non escludeva la necessità di caducare la norma interna "... proprio in considerazione dei già segnalati effetti che scaturiscono dalla sentenza della Corte EDU nel caso Lorenzetti, la quale, avendo accertato la violazione strutturale del principio convenzionale, determina la necessità che i processi, ancora pendenti, si conformino ad essa, previa declaratoria di illegittimità costituzionale in parte qua delle norme nazionali con quel principio"<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> F. FALATO, *Il vizio di legalità convenzionale è rilevabile d'ufficio dal giudice della Cassazione*, in *Giust. pen.*, 2014, III, 329 ss.

<sup>33</sup> Secondo le S.U. "...La 'rilevanza' della questione di legittimità costituzionale che miri a rimuovere gli effetti di una disposizione processuale che contamina la giustizia del processo, secondo i *dicta* della Corte Europea, non può dunque modellarsi sulla falsariga degli effetti che scaturiscono da categorie endoprocessuali che regolano l'*ordo iudiciorum*, giacché, ove così fosse, il processo – strutturalmente 'ingiusto' – sarebbe destinato a proseguire e concludersi senza alcuna possibilità di 'purgazione', al contrario agevolmente conseguibile proprio attraverso l'incidente di costituzionalità. Il che, a tacer d'altro, comporterebbe per la persona il cui diritto al 'giusto processo' è stato compromesso, la necessità di ricorrere alla Corte di Strasburgo (con gli effetti ampliativi del relativo contenzioso, che quella Corte, come si è visto,

Una visione – quella delle Sezioni Unite – ancorata al ruolo *pro-attivo* del giudice nazionale rispetto alla CEDU, capace di interrogarsi sulla piena ortodossia del giudizio svolto innanzi ai giudici di merito ed investito, in definitiva, di un controllo pieno, effettivo e per certi versi anche officioso in ordine alla legalità convenzionale del processo.

La diversa prospettiva espressa dalla Corte costituzionale – [sent. n. 214/2013](#) – in punto di ammissibilità della questione, alla quale le Sezioni Unite si sono “adeguate”, non elide la rilevanza del tema, tuttora “controverso” nella giurisprudenza della Cassazione.

Va detto, infatti, che mentre il principio del rilievo d’ufficio del contrasto fra norma interna e diritto UE anche in Cassazione è pacifico<sup>34</sup>, la proiezione di analogo argomentare con riguardo alla CEDU è in atto meno condivisa.

A posizioni particolarmente rigide<sup>35</sup> fanno da contrappeso altre opzioni astrattamente possibiliste<sup>36</sup> ed altre ancora apertamente favorevoli<sup>37</sup>.

In un recente passato nella giurisprudenza della Cassazione civile si è rilevata, *ex officio*, l’esigenza di offrire un’interpretazione della normativa “convenzionalmente conforme” proprio per evitare condanne dell’Italia a Strasburgo<sup>38</sup>, di fatto rivisitando l’indirizzo giurisprudenziale che giustificava l’applicazione “retroattiva” del tributo.

Ma sono alcune vicende di recente esaminate dalle sezioni civili e penali della Cassazione a confermare il *trend* favorevole alla rilevanza *ex officio* della violazione convenzionale.

In questa stessa direzione si sono mosse Cass. pen. n. 677/2015, *Di Vincenzo*<sup>39</sup> e Cass. pen. (ord. inter.) n. 1782/2015, *Chiarion*. Anche in quest’ultimo caso la Cassazione, nel sollevare incidente di costituzionale dell’art. 187-*bis* T.U.I. e in subordine dell’art. 649 c.p.p., prende partito sulla rilevanza per la prima volta in Cassazione – e oltre la data di deposito del ricorso – di una violazione correlata alla CEDU – *sub errore in procedendo* –<sup>40</sup>.

Nella medesima direzione la sezione quinta civile della Cassazione – Cass. n. 950/2015 –, sollevando questione di legittimità dell’art. 187-*ter* del Tuf, ha ammesso la produzione documentale tardiva attestante la definitività del previo procedimento penale in relazione all’innovativo indirizzo della giurisprudenza europea in tema di *ne bis in idem* (sent. [Grande Stevens c. Italia](#) del 4 marzo 2014) sancito dall’art. 4 par. 1 del Prot. n. 7 annesso alla CEDU, all’esito del quale stato prospettato il vizio di cui all’art. 117, c. 1, Cost.

Ancora più recentemente, Cass., sez. III pen., 20 marzo 2015, n. 11648, annullava *ex officio*, in assenza di deduzione del vizio dal difensore dell’imputato, una sentenza di condanna pronunciata in grado di appello sulla base di una rivisitazione della testimonianza raccolta in primo grado non ripetuta in grado di appello in spregio alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 6 CEDU con riferimento a Stati diversi dall’Italia.

---

ampiamente censura), e per il giudice – nella specie, quello di legittimità, e dunque l’organo di ultima istanza chiamato a ‘misurare’ la conformità del processo ai diritti fondamentali ed irrinunciabili della persona – l’impossibilità di rendere il processo (non ancora ‘esaurito’), compatibile con quei diritti.”

<sup>34</sup> V., *ex multis*, Cass. n. 13065/2006; Cass. civ., 20 luglio 2007, n. 16130; Cass.S.U.18 dicembre 2006 n. 26984.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. pen., n. 51396/13, *Basile e altri*.

<sup>36</sup> Cass. n. 13233/14, *Trupiano*. In tale occasione la Corte ha ritenuto che l’eccezione relativa alla violazione dell’art. 6 CEDU può essere rilevata d’ufficio, tuttavia evidenziando l’irrelevanza del tema, posto che nel caso di specie il ricorso per cassazione era inammissibile in quanto manifestamente infondato. Ciò che non consentiva il formarsi di un valido rapporto d’impugnazione e precludeva la rilevanza *ex officio* della violazione CEDU.

<sup>37</sup> Cass. 28061/13, *Marchetti*, nella quale la Cassazione “benché non sia oggetto di specifico motivo di ricorso” rileva “comunque” l’esistenza di una giurisprudenza convenzionale che “...non può essere ignorata, alla stregua della pronuncia delle Sezioni Unite” – ord. n. 34472/12, *Ercolano* – e della Corte costituzionale – [sent. n. 113/2011](#) –.

<sup>38</sup> Cass. civ. n. 1429/2013, a proposito dell’assoggettabilità a tassazione dell’indennità di espropriazione pagata tardivamente e in epoca successiva all’entrata in vigore della normativa che ha introdotto la tassazione. Secondo la Sezione tributaria della Cassazione, “... Nel caso di specie, tenendo conto di tali principi, come già evidenziato e come risulta evidente dal diverso significato già attribuito alla normativa in esame da una parte della giurisprudenza della Corte di cassazione, appare possibile una interpretazione della legislazione nazionale conforme ai principi [convenzionali]”.

<sup>39</sup> Cass. n. 677/2015.

<sup>40</sup> Cfr. p. 2.1 Cass. pen. n. 1785/15, *Caputo*.



Esaurito così il *focus* sullo stato della giurisprudenza della Cassazione sulla questione occorre, in definitiva, intendersi sul ruolo del giudice comune nazionale e in particolare se a questo spetta di essere una sorta di *watchdog* dei diritti fondamentali scolpiti dalla CEDU, ovvero se occorre assecondare la tendenza a riservare al – e riversare sul – singolo l'esigenza che la decisione del caso concreto venga garantita nel rispetto dei diritti fondamentali di natura convenzionale.

In sostanza, sembra necessario auspicare, anche da parte della Corte di cassazione, un chiarimento definitivo circa il contenuto della CEDU come *diritto delle parti* o piuttosto come *dovere del giudice*<sup>41</sup>.

In favore della tesi del controllo officioso di convenzionalità, anche nell'ambito del giudizio di cassazione – malgrado il suo carattere chiuso – sembrano già militare le già ricordate diffuse argomentazioni utilizzate dai precedenti che si sono espressi favorevolmente sulla questione.

Peraltro, occorre ricordare che l'obbligo del giudice comune di “verificare anzitutto” ([Corte cost. n. 113/2011](#)) la praticabilità di una interpretazione della legge in senso conforme alla CEDU, predicato fin dalle sentenze gemelle del 2007 a più riprese dalla Corte costituzionale sembra richiedere un controllo sulla compatibilità del sistema interno con la CEDU ben lontano da meccanismi dispositivi riconducibili in via esclusiva alle parti del processo, soprattutto quanto il deficit trova la sua genesi nell'ordinamento positivo interno.

Per altro verso, le spinte che a più riprese giungono dalle Istituzioni europee all'implementazione del principio di sussidiarietà tendono alla creazione di meccanismi capaci, a livello interno, di rendere effettivo ed efficace il controllo di convenzionalità da parte delle autorità interne.

Nella medesima direzione sembra poi spingere la progressiva assimilazione, pur con i distinguo tuttora espressi dalla Corte costituzionale, fra disposizioni convenzionali e principi costituzionali, al cui interno si colloca la CEDU per effetto del combinato disposto di cui agli artt. 2, 3, 10, 11 e 117, c. 1, Cost. Ciò che renderebbe poco comprensibile la diversità fra controllo di costituzionalità al quale il giudice comune è tenuto *ex officio* (pur nell'accertata rilevanza della questione) e sindacato di convenzionalità, destinato nella prospettiva della Corte costituzionale – e in atto di questa Corte – a rendere possibile il sindacato di costituzionalità, non potendosi procedere alla disapplicazione della normativa interna contrastante con la CEDU da parte del giudice comune.

Nemmeno irrilevante pare poi essere il numero imponente di ricorsi pendenti nei confronti dell'Italia presso la Corte dei diritti umani – stimato in 11.639 all'1 luglio 2014 –<sup>42</sup>, capace di determinare il non commendevole primato dell'Italia nella classifica dei Paesi che investono la Corte con ricorsi su questioni ripetitive. Situazione che richiede l'adozione da parte dello Stato italiano, in tutte le sue articolazioni e dunque della giurisdizione, di misure capaci di ridurre drasticamente il carico dei ricorsi a Strasburgo.

Né può sottacersi che la possibilità stessa riconosciuta al soggetto danneggiato di rivolgersi a Strasburgo saltando le vie di ricorso interno nei casi di violazione nascente direttamente dalla legge dimostra, ancora una volta, l'ineludibilità del controllo di convenzionalità all'interno del giudizio e, in definitiva, la necessità che (anche) il giudice di ultima istanza debba evitare soluzioni che si pongano in distonia con i diritti fondamentali, altrimenti esponendo lo Stato ad essere convenuto in un giudizio innanzi alla Corte europea.

Del resto, proprio le vicende che originano da violazioni sistematiche dell'ordinamento interno, abbiano esse o meno dato luogo a sentenze c.d. pilota, costituiscono ulteriore conferma della necessità che l'ordinamento interno sia in grado, ad ogni livello e, dunque, non soltanto sul piano normativo, di approntare misure capaci di eliminare le violazioni accertate.

La diversa opzione che pure in dottrina si è proposta sul tema<sup>43</sup> non persuade, nella misura in cui assume che solo il legislatore sia tenuto a conformare il sistema a CEDU e che l'eventuale inerzia di

---

<sup>41</sup>V. ESPOSITO, *La preminenza del diritto nel processo. Il giusto processo: diritto delle parti o dovere del giudice?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>42</sup>V. il punto 22 del Rapporto del Comitato per gli affari giuridici sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.

<sup>43</sup>V. PETRALIA, *Problemi sistemici tra Cassazione, Consulta e CEDU*, cit., 13.

quel potere non possa trovare adeguata risposta all'interno del giudizio in cui viene in evidenza il deficit di convenzionalità. E sono proprio le Sezioni Unite penali della Cassazione – ma anche la Corte costituzionale – ad avere dimostrato che l'inerzia del legislatore non è in grado di disinnescare il controllo di convenzionalità a livello giudiziario quando la Corte europea abbia indicato le ragioni di contrasto attraverso le sentenze c.d. pilota o anche solo quelle dotate di valenza generale, affrontando situazioni correlate a disarmonie fra i parametri convenzionali e la legislazione interna – Corte dir. uomo, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta* –<sup>44</sup>.

Nemmeno sembra potersi dire che l'esito del ricorso del privato innanzi alla Corte di Strasburgo in caso di mancato esame della questione di convenzionalità nell'ambito del giudizio interno darebbe sempre e comunque luogo ad una pronuncia di irricevibilità. Evenienza che costituirebbe, in definitiva, conferma del fatto che la rilevabilità *ex officio* non costituisce elemento direttamente discendente dalla CEDU<sup>45</sup>.

È infatti sufficiente dare uno sguardo ai casi che hanno riguardato il contenzioso in tema di espropriazioni legittime e illegittime per accorgersi che le plurime condanne dell'Italia sono state rese all'interno di procedimento nei quali mai si era fatto riferimento, in ambito interno, alla CEDU. Ciò che non impedì affatto alla Corte europea di accertare le violazioni alla CEDU e di irrogare condanne pesantissime nei confronti del nostro Paese a causa delle accertate violazioni di natura sistematica. Il baricentro della Corte fu, in quelle come in tante altre vicende, rappresentato dalla *systematic violation of human rights*, attribuibile ad una giurisprudenza nazionale zigzagante e non improntata ai canoni di chiarezza e prevedibilità. Situazione, quest'ultima, che rendeva inutile l'esame della violazione convenzionale in ambito interno. Proprio le vicende in tema di rilevabilità del contrasto con l'art. 6 CEDU della disciplina interna in tema di udienza camerale per i procedimenti in tema di ingiusta detenzione e per l'applicazione di misure di prevenzione e il contrasto, palese, emerso fra le Sezioni Unite penali della Cassazione e la Corte costituzionale circa la possibilità di riconoscere la garanzia convenzionale all'imputato silente costituiscono l'esempio migliore di un diritto vivente fortemente contrastato e dunque inidoneo ad offrire la tutela convenzionale spettante all'imputato<sup>46</sup>.

Se, in conclusione, ai fini della ricevibilità del ricorso innanzi alla Corte europea è necessario che la giurisprudenza nazionale sia sufficientemente consolidata nell'ordinamento giuridico nazionale, perdendo il ricorso ad una giurisdizione superiore il suo carattere «effettivo» a causa delle divergenze

---

<sup>44</sup> V. Cass. S.U., n.18821/14, *Ercolano*. Il giudice di legittimità, preso atto della caducazione della disposizione interna ad opera di [Corte cost. n. 210/13](#), ha riconosciuto che “il *novum* introdotto dalla sentenza della Corte EDU Scoppola c. Italia sulla portata del principio di legalità convenzionale... in quanto sopravvenuto al giudicato e rimasto quindi estraneo all'orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell'art. 46 della CEDU e degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia – di riconsiderare il punto specifico dell'adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo ...”.

Affermano, ancora, le Sezioni Unite che “... il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorché risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare ‘dallo stigma dell'ingiustizia ... una tale situazione’”. Da qui la conclusione che “eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi, come si è più sopra precisato, anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo per il caso Scoppola”. Le S.U., riprendendo un passo dell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale, riconoscono che “... Spetta anzitutto al legislatore rilevare il conflitto verificatosi tra l'ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, privandole di effetti; se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo alla eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili.” – punto 7.3 [sent. n. 210/13](#) –.

<sup>45</sup> V. PETRALIA, *op.ult.cit.*, 17.

<sup>46</sup> In altri termini, non è sufficiente l'esistenza di un ricorso interno astrattamente idoneo ad eliminare gli effetti della violazione, occorrendo invece che il rimedio sia effettivo ed efficace. Non è dunque sufficiente che vi sia un ricorso normalmente disponibile, come il ricorso di cassazione, ma che, tenuto conto della giurisprudenza sviluppata in cause simili, risulta, nel caso di specie, inefficace (Corte dir. uomo, 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia* (dec.) [ric. n. 36813/97]; Corte dir. uomo, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. e altri c. Belgio* [ric. n. [17849/91](#)] §§ 26 e 27)).

giurisprudenziali all'interno di tale giurisdizione, e ciò fintanto che tali divergenze continuano ad esistere<sup>47</sup>, ancora una volta si comprende come la già ricordata possibilità di “saltare” i giudizi interni e di adire direttamente la Corte europea dei diritti umani attesta l'assoluta specificità del controllo di convenzionalità, dimostrandone il carattere prioritario rispetto ad ogni altra questione di ordine processuale interno.

La condivisione della prospettiva favorevole ad un controllo giudiziale di legalità convenzionale diffuso ed *ex officio* – soprattutto a livello di legittimità – oltre a rappresentare un baluardo della democrazia del quale tutte le persone, cittadine e non, hanno diritto di godere, in nome della loro irrinunciabile dignità, sembra dunque costituire piena attuazione di quell'obbligo positivo del giudice di garantire e attuare i diritti sanciti nella *Convenzione*<sup>48</sup>.

#### 6. Un ulteriore seguito alla tutela delle coppie dello stesso sesso “in attesa” del legislatore: il risarcimento del danno fra utopia e realtà

Per quel che riguarda le ricadute prodotte dalla giurisprudenza della Corte EDU in tema di riconoscimento delle unioni stabili in favore delle coppie omosessuali, occorre partire dalla sentenza resa dalla Corte di Cassazione n. 4184/2012 – di recente seguita da Cass. n. 2500/2015 – che, pur non offrendo la tutela reclamata dalla coppia omosessuale che aveva celebrato all'estero il matrimonio chiedendone la trascrizione in Italia, si è presa cura di individuare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in tema di riconoscimento delle unioni omosessuali, realizzata non solo attraverso la riconduzione delle unioni all'ambito delle relazioni familiari – art.8 CEDU – ma direttamente dall'art.12 CEDU – integrato lessicalmente dall'art. 9 della Carta di Nizza –Strasburgo<sup>49</sup>.

In tal modo, il giudice di legittimità, mettendo a profitto le indicazioni espresse dalla Corte europea e da [Corte cost. n. 138/2010](#), ha sottilmente – ma significativamente – colto nel ragionamento esposto dalla sentenza *Schalk* del giugno 2010 già ricordata la distinzione fra *riconoscimento* delle unioni omosessuali – ormai riconducibile all'art. 12 CEDU integrato dall'art.9 della Carta di Nizza-Strasburgo – e *garanzia* della tutela del diritto ad unirsi in matrimonio della medesima coppia, che trova la sua regolamentazione sul piano – esclusivo – dei singoli ordinamenti nazionali<sup>50</sup>.

In questa stessa ottica numerosi provvedimenti giurisdizioni resi da giudici di merito in tema di affidamento temporaneo a coppia dello stesso<sup>51</sup> e ancora più recentemente di adozione<sup>52</sup> sembrano

<sup>47</sup> Corte dir uomo, 13 aprile 2010 – ric. nn. [46436/06](#) et [55676/08](#) – *Ferreira Alves c. Portogallo* (n. 6), §§ 28-29.

<sup>48</sup> V. ESPOSITO, *La preminenza del diritto nel processo*, cit., 14.

<sup>49</sup> Cfr. punto 3.3.4 sent. cit. “... la *ratio decidendi*, inoltre, costituisce vero e proprio *overruling* (“[...] la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto [...]”) rispetto alla precedente giurisprudenza richiamata dalla stessa Corte, secondo la quale “l'articolo 12 garantisce il diritto fondamentale di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia”; 3) conseguentemente, il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte Europea – la quale costituisce radicale “evoluzione” rispetto ad “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio” –, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso (cfr., *supra*, nn. 3.3.1., lettera B, e 3.3.3.)...”.

<sup>50</sup> Sulla possibilità che l'ordinamento interno si uniformi ai principi sovranazionali attraverso una legge ordinaria v. R. ROMBOLI, *Il diritto consentito al matrimonio e il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice troppo e troppo poco*, in [www.rivistaaic.it](#), 00 del 2.7.2010.

<sup>51</sup> V. Trib.Parma, Giud. tut., 3 luglio 2013, in [www.articolo29.it](#); Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013, in [www.articolo29.it](#), anche in *Fam. dir.*, 3/2014, 273 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*, e in *Corr. giur.*, 2/2014, 155 ss., con nota di C. RIMINI, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*. Sulla tematica in generale v., di recente, il volume curato da R. TORINO, *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma 2013. Trib. Min. Palermo, 4.12.2013, in *Fam. dir.*, 4/2014, con nota di G. MASTRANGELO, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*.

<sup>52</sup> Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, in [www.articolo29.it](#), sulla quale G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in [www.questionegiustizia.it](#); Trib. Min. Bologna, 21 marzo 2013; *ibidem*, con nota di E. BATTAGLIA, [Tribunale minori di Bologna: riconosciuta l'adozione da parte di una single effettuata](#)

non solo ben orientate nell'attività di individuazione e determinazione precisa dei *principia* espressi dal giudice europeo, ma anche proiettate a realizzare compiutamente un sistema di protezione ispirato alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

Certo si tratta di un percorso, di un cammino, che vede tuttora, a causa dell'inerzia del legislatore, in campo “figli di un Dio minore” i quali, pur portatori di posizioni giuridiche meritevoli di tutela e addirittura riconosciute di rango costituzionale, non risultano adeguatamente tutelate<sup>53</sup>.

Viene così da chiedersi se il ruolo della giurisdizione comune, rispetto all'inadempimento del legislatore che va ad incidere non sull'esistenza stessa del diritto, ormai pacificamente ammessa dalla Corte costituzionale, ma semmai sulle forme di tutela che spetterebbe a quello stesso legislatore individuare possa spingersi, nell'inerzia del legislatore, fino al riconoscimento –almeno- di un “pregiudizio” patrimoniale e non patrimoniale, in ragione della ricordata inerzia.

Se, in definitiva esiste il diritto (costituzionalmente protetto) della coppia dello stesso sesso ad una regolamentazione specifica della relazione familiare, la mancata previsione di una concreta tutela a tale diritto di matrice costituzionale è in grado di generare responsabilità dello Stato risarcibile innanzi al giudice civile? Costituisce simile evenienza un “seguito” dovuto in forza della giurisprudenza costituzionale e convenzionale<sup>54</sup>?

In altri termini, la circostanza che [Corte cost. n. 138/2010](#)<sup>55</sup> – e con essa [Corte cost. n. 170/2014](#) – abbia rimarcato, proprio su impulso della giurisprudenza convenzionale, che nella nozione di “formazione sociale” – nel quadro della quale l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – “è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri” può determinare, già prima del

---

[negli Stati Uniti](#); Trib. Min. Bologna, 10 novembre 2014; *ibidem*, con nota di M. GATTUSO, *Adozione negli U.S.A. da parte della co-madre: il tribunale minori di Bologna invia gli atti alla Corte costituzionale*. Rispetto alla decisione interlocutoria da ultimo ricordata il Tribunale per i minorenni emiliano ha sollevato d'ufficio eccezione di illegittimità costituzionale della normativa vigente nella parte in cui non consentirebbe il riconoscimento di una adozione legittimante effettuata all'estero nell'ambito di una famiglia fondata da una coppia dello stesso sesso regolarmente coniugata negli U.S.A. Nel far ciò ha espressamente evocato, quale parametro interposto dell'art. 117, c. 1, Cost., l'art. 8 CEDU, “...in particolare perché il rifiuto di concedere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione, senza avere previamente potuto valutare in concreto la sussistenza del superiore interesse del minore, è una palese violazione delle disposizioni contenute nella stessa CEDU”.

<sup>53</sup> V. MONTARULI, *Unioni tra persone dello stesso sesso: 'figli di un dio minore, ma per quanto ancora?*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

<sup>54</sup> È noto che secondo [Cass. S. U. n. 26972/2008](#) – come le altre tre coeve sentenze, ben note come “sentenze di San Martino” (conf. Cass. n. 431/2014) – “...Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.” – cfr. punto 2.3 sent. cit. –. Ed è la stessa pronuncia ad avere ritenuto, in un passaggio motivazionale successivo, che “...Nell'ipotesi in cui il fatto illecito si configuri ...come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati ..., nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica – cfr. punto 2.10 –. Principio ribadito dalla stessa decisione allorché si chiariva che “...Nell'ipotesi in cui il fatto illecito si configuri ... come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati ... nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica”. Peraltro, secondo le Sezioni Unite i diritti garantiti dalla CEDU non possono essere inquadrati tra gli interessi inerenti la persona aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili non spettando agli stessi il rango di diritti costituzionalmente protetti, “... poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno ([Corte cost. n. 348/2007](#))”.

<sup>55</sup> Ricordava sul punto, significativamente, Cass. n. 4184/2012: “...la sentenza della [Corte costituzionale n. 138 del 2010](#), pur negando specifico fondamento costituzionale al riconoscimento del diritto al matrimonio di persone dello stesso sesso, ha tuttavia affermato: che nelle “formazioni sociali” di cui all'art. 2 Cost. è inclusa “l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”; che fermo il riconoscimento e la garanzia di tale diritto “inviolabile”, “nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette”.

riconoscimento giuridico dei diritti e doveri connessi alla coppia, un diritto al risarcimento del danno esistenziale che nell'ordinamento interno è agganciato alla lesione di un interesse costituzionalmente rilevante – [Cass. S.U. n. 26972/2008](#) –?

Si tratta, probabilmente, di un argomento che occorrerà adeguatamente approfondire, posto che Cass. n. 4184/2012 non si è spinta a tanto. E ciò malgrado la consapevolezza che esso involge questioni teoriche di non secondario rilievo- quali quelle connesse alla responsabilità dello Stato per violazione della Costituzione –.

Il tema, a ben considerare, esula da quello, limitrofo, della risarcibilità dei diritti di matrice convenzionale, in atto esclusa dalle S.U. della Cassazione<sup>56</sup>, involgendo direttamente la spinosa questione del danno da illecito del legislatore. Qualche utile spunto sembra provenire dalla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>57</sup> che sembra dare supporto a qualche autorevole opinione che, più di vent'anni fa, aveva lanciato il tema suggerendo un confronto fra civilisti e costituzionalisti<sup>58</sup>.

Non resta, dunque, che attendere, anche in questo caso, il *seguito*, se mai ci sarà, su tale questione, certi che l'impatto di condanne patrimoniali a carico dello Stato, pur non risultando salvifico rispetto ad un ipotetico controllo di convenzionalità da parte del giudice europeo<sup>59</sup>, costituirebbe un mezzo capace di determinare una vigorosa accelerazione sulle varie proposte legislative in materia di unioni di coppie dello stesso sesso che anche in questi ultimi giorni affollano l'agenda parlamentare.

---

<sup>56</sup> Secondo le Sezioni Unite – sent. n. 26972/2008, unitamente alle altre tre coeve sentenze – i diritti garantiti dalla CEDU non possono essere inquadrati tra gli interessi inerenti la persona aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili «poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno ([Corte cost. n. 348/2007](#))».

<sup>57</sup> Cfr. Corte cost. n. 219/2008: "... È, in altri termini, necessario che sia il legislatore, sia l'interprete si orientino, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze, verso il riconoscimento del più efficace degli strumenti di tutela a disposizione per prevenire e, se ciò non sia possibile, per fornire ristoro alla lesione di tale diritto inviolabile. La Carta costituzionale, infatti, «impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela che possano pregiudicare l'attuazione» del «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili ([sentt nn. 252 del 2001](#), [509 del 2000](#), [309 del 1999](#) e [267 del 1998](#)). Questa Corte è ben consapevole che una riparazione di carattere patrimoniale, venendo a monetizzare il sacrificio di una libertà inviolabile, ne costituisce un pallido rimedio, cui debbono sempre venir preferiti strumenti capaci di evitare o limitare il danno, ovvero di reintegrarlo in forma specifica. E tuttavia tale argomento non può valere certamente ad escludere la via della tutela risarcitoria o indennitaria quando, di fatto, essa sia l'unica praticabile nell'ordinamento: si è già ritenuto, a tale proposito, che l'azione risarcitoria costituisce tecnica di tutela della situazione giuridica lesa, alla natura della quale si conforma ([sent. n. 204 del 2004](#)). Ugualmente, questa Corte ha anche di recente sottolineato l'esigenza di garantire l'integrale riparazione del danno subito nei valori propri della persona, anche in riferimento all'art. 2 della Costituzione ([sent. n. 233 del 2003](#)). Ed anzi, si è a maggior ragione affermata l'incostituzionalità del difetto di tutela risarcitoria, in seno a discipline costruite per tutelare i diritti inviolabili della persona umana, ove esse siano «estrinsecazione di un principio solidaristico» ([sentenza n. 561 del 1987](#)).» La prospettiva espressa dalla Corte costituzionale sembra in altri termini indirizzarsi verso una tutela piena dei diritti di rango costituzionale che non possono tollerare riduzioni anche solo sotto l'aspetto della tutela risarcitoria o indennitaria. Ora, provando ad utilizzare le decisioni richiamate da [Corte cost. n. 218/2009](#) alla vicenda qui esaminate, non sembra peregrino immaginare un titolo di responsabilità dello Stato per inerzia legislativa lesiva di un diritto costituzionalmente protetto sotto il paradigma dell'art. 2 Cost. Anzi, tale ristoro diviene, a queste condizioni, costituzionalmente necessario: questa Corte ha ripetutamente affermato simile principio, con riguardo al danno incolpevole patito da chi, per esigenze di tutela della collettività, sia stato assoggettato a vaccinazione obbligatoria e, imprevedibilmente, ne abbia riportato un danno alla salute ([sentt. n. 118 del 1996](#), [258 del 1994](#) e [307 del 1990](#)).

<sup>58</sup> V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito «comunitario» e illecito «costituzionale del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, 961.

<sup>59</sup> V., del resto, quanto già ritenuto da Corte dir. uomo, [Vallianatos e altri c. Grecia \(Grande Chambre, ric. n. 29381/09 e n. 32684/09, 7 novembre 2013\)](#), nella quale si è ritenuto che il rimedio risarcitorio previsto a livello di legislazione nazionale greca – art. 105 dell'*Introductory Law to the Civil Code*- per i casi di danni cagionati ai diritti dall'azione legislativa- anche omissiva- non elideva la possibilità di adire la Corte dei diritti umani, non incidendo sull'obbligo delle autorità nazionali di riconoscere la tutela alle unioni civili fra persone dello stesso sesso che in quel Paese non sono protette a differenza delle unioni civili fra persone di sesso diverso- cfr. punto 45 sent. cit.-.