

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

DIPARTIMENTO AFFARI GIURIDICI E LEGISLATIVI

DAGL

1

SEMINARIO

I DIRITTI UMANI
NELLA PROSPETTIVA TRANSNAZIONALE
LE GIURISDIZIONI A CONTATTO
CON LA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO



Presidenza del Consiglio dei Ministri

DIPARTIMENTO PER L'INFORMAZIONE E L'EDITORIA

Presidenza del Consiglio dei Ministri

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI GIURIDICI E LEGISLATIVI

*Ufficio contenzioso, per la consulenza giuridica e per i rapporti
con la Corte europea dei diritti dell'uomo*

“I DIRITTI UMANI NELLA PROSPETTIVA TRANSNAZIONALE”

**Le giurisdizioni a contatto con la giurisprudenza
della Corte europea dei diritti dell'uomo**

Roma

Sala polifunzionale, 20 aprile 2009



Publicazione a cura del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi

– *Ufficio contenzioso e per la consulenza giuridica e per i rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo*

INDICE

Premessa.....	Pag.	5
---------------	------	---

SALUTI

Gianni Letta	»	9
Claudio Zucchelli	»	11

INTRODUZIONE

Umberto de Augustinis.....	»	15
----------------------------	---	----

RELAZIONI

Vincenzo Carbone.....	»	21
Giuseppe Tesauro	»	27
Pasquale de Lise	»	37
Vladimiro Zagrebelsky	»	55
Vitaliano Esposito.....	»	61
Furio Pasqualucci	»	73
Oscar Fiumara	»	79

PREMESSA

Questo volume raccoglie le relazioni svolte in occasione del seminario che ha avuto luogo a Roma, il 20 aprile 2009, organizzato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri - Ufficio contenzioso del Dipartimento affari giuridici e legislativi, nell'ambito delle competenze attribuite dalla legge 9 gennaio 2006, n. 12.

Traendo spunto da importanti, recenti, decisioni della Corte di Strasburgo, illustri esponenti delle magistrature italiana ed europea si sono confrontati sui rapporti tra le giurisdizioni e, in particolare, sul tema dell'incidenza delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'ordinamento giudiziario interno e sul diritto nazionale. Ne è derivata una attenta riflessione sulla dinamica tra inviolabilità del giudicato interno e forza della sentenza definitiva della Corte europea e sulla necessità di un diverso atteggiamento metodologico nell'adeguamento del diritto nazionale ai principi della Convenzione, come interpretati dalla Corte europea, che ispirandosi a criteri empirici di adeguatezza, proporzionalità e bilanciamento degli interessi, garantisca l'effettività della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali.

SALUTI

GIANNI LETTA

Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri

Non sono così presuntuoso da pensare veramente di iniziare i lavori nel merito, con un tavolo di simile rango e con una platea così esperta: cosa potrei dire? Non ho l'ardire di dire qualcosa, perché sono qui semmai per apprendere e per ascoltare. Oltretutto non potrò esserci tutta la mattinata perché debbo rappresentare il Governo al Quirinale ai festeggiamenti per i cento anni del Premio Nobel Rita Levi Montalcini. Vi dovrò, quindi, lasciare ma, per la parte che potrò ascoltare, farò tesoro, per il resto cercherò di studiare.

La legge n. 12 del 2006 impone a me di aprire questi lavori e di darvi il saluto e l'augurio di buon lavoro. Questa legge attribuisce alla Presidenza del Consiglio dei ministri il coordinamento degli interventi delle pubbliche amministrazioni, alle quali è fatto obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani e, fortunatamente, un successivo d.P.C.M, integrando la legge, ha affidato la cura di questi adempimenti al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio, che si avvale della collaborazione di eccellenti giuristi che, come voi, affrontano il tema del rispetto dei diritti dell'Uomo tutti i giorni. In questa sede sono rappresentate tutte le giurisdizioni che, come tutte le pubbliche amministrazioni, debbono fare i conti con le decisioni della Corte che sono sempre più numerose e sempre più, lo dico tra virgolette, invasive; tanto che non sempre le amministrazioni sono in grado di recepire gli indirizzi di Strasburgo, come la legge e la Corte Costituzionale invitano a fare. Ecco perché è molto importante il confronto delle opinioni ed il suggerimento che potrà derivare dal dibattito alla Presidenza del Consiglio per dare una maggiore incisività all'azione di coordinamento e, vorrei dire, anche una sollecitazione. È vero che in taluni casi siamo già intervenuti con la predisposizione di una serie di norme finalizzate a mettere in linea i diversi settori e le diverse branche dell'amministrazione con gli orientamenti e le decisioni della Corte, ma è anche vero che molto rimane da fare; così come è vero che alcune di quelle decisioni, giuste nella impostazione e nei principi, vengono talvolta forzate o strumentalizzate e diventano uno strumento che persegue finalità non dico opposte ma, comun-

que, disomogenee rispetto alle esigenze evidenziate. Cito, tra tutte, la legge Pinto, che era un giusto, o più esattamente avrebbe dovuto essere un giusto indennizzo per la denegata o ritardata giustizia e che è diventata una sorta di meccanismo privo di freni che, con l'ausilio della tecnica e della riproduzione meccanica delle istanze e delle citazioni, rischia di essere solo un filone d'oro per pochi. Siamo anche lì intervenuti per tentare di contrapporre un altro meccanismo più virtuoso e produttivo magari di risparmi anziché di spesa tendenzialmente incontrollata. Sono tutte cose che l'esperienza consentirà di affinare ma per le quali è necessario un approfondimento congiunto ed il confronto delle vostre diverse esperienze per consentire alla Presidenza di imboccare la strada giusta, di trovare le soluzioni più appropriate e di realizzare un'integrazione di iniziative sempre più efficiente, alla quale la Corte ci ha più volte richiamato e che noi vogliamo perseguire perché crediamo fortemente nei diritti umani, negli ideali europei e nella costruzione di una comune cultura europea anche giuridica. Sono sicuro che il dibattito di stamattina, il confronto delle opinioni, alla luce delle diverse esperienze, sarà utilissimo al Governo, sarà utilissimo alla pubblica amministrazione, sarà utilissimo soprattutto a chi è in contatto quotidiano con tutti voi, cioè il Dipartimento degli affari giuridici e legislativi della Presidenza che avrà il compito di raccogliere da voi tutte le sollecitazioni sul piano dottrinario e scientifico e che poi cercheremo di tradurre in altrettante norme o in comportamenti della pubblica amministrazione. Oltretutto molti di quelli che vedo seduti, sia a questo tavolo sia in platea, hanno consuetudine di rapporti con Palazzo Chigi e con il DAGL, qualcuno ne fa autorevolmente parte, qualcuno ne ha fatto parte, così come qualcuno che vedo in prima fila è stato un non dimenticato Segretario Generale di Palazzo Chigi; alludo al Consigliere Catricalà, e lo menziono anche perché possa fare gli auguri al nuovo Segretario Generale di Palazzo Chigi, che tutti conoscete, che pure è qui, il nostro carissimo Manlio Strano, adjuvato da due consiglieri di Stato che gli fanno corona come vice e che formano, assieme al Consigliere Zucchelli che dirige il Dipartimento degli affari giuridici e legislativi, anche lui consigliere di Stato, affiancato da un magistrato autorevole di Cassazione, il Consigliere de Augustinis, un'*equipe* che ha tutti i titoli per coordinare questo confronto e raccogliere dal dibattito le indicazioni che, sul piano legislativo, se necessario, sul piano comportamentale e del coordinamento tra le pubbliche amministrazioni, sicuramente, vogliamo raccogliere per rendere più forte, più autentica, più vera, l'azione amministrativa con le decisioni della Corte con le giurisdizioni interne.

Io vi ringrazio, vi chiedo scusa se non potrò ascoltare fino in fondo. Mi accingo ad ascoltare con orecchie molto attente e interessate almeno la prima parte del dibattito. Grazie e buon lavoro!

La convenzione europea dei diritti umani è una grande conquista di civiltà.

Essa ha canonizzato l'elaborazione filosofica e religiosa di circa tre millenni della storia Europea dando veste anche giuridica ai valori della dignità dell'Uomo che costituiscono la base della cultura e della convivenza dei nostri popoli.

La Corte europea dei diritti dell'uomo svolge una funzione essenziale e delicatissima cui sono dedicati il sostegno e l'attenzione di tutti gli Stati.

Come tutti i Giudici incaricati di dirimere l'eterno conflitto tra autorità e libertà, tra singolo e società, come chi vi parla che è Giudice del Consiglio di Stato, anche la Corte Europea deve comportarsi con grande sapienza ed equilibrio, in una visione non esclusivamente individualista e solipsistica dei diritti da applicare, ma con grande attenzione a tutte le implicazioni filosofiche, religiose e politiche con essi connesse.

In particolare, occorre rammentare che l'emergere di un diritto si giustifica solo nella dimensione sociale dell'individuo. Infatti, l'uomo, svincolato e isolato da un contesto sociale non ha diritti poiché, in tale situazione teorica, non ne ha bisogno.

La posizione giuridica del diritto nasce nell'attimo stesso in cui l'uomo diviene parte di un gruppo sociale e, dunque, nasce la sua tensione alla soddisfazione di un bisogno, cioè il suo interesse giuridico e quindi la necessità di affermare la sua libertà nei confronti degli altri consociati e della società stessa.

Ubi societas, ibi jus, la grande intuizione del diritto romano, significa più propriamente che l'uomo, destinato dal suo stesso DNA, a vivere in società, all'interno di essa afferma la sua libertà e regola i propri rapporti con gli altri nel quadro di un insieme di norme.

Ma proprio perché la società è connaturata al vivere umano, essa stessa diviene portatrice di interessi propri e di diritti propri.

Non già nel senso hegeliano per cui lo Stato, espressione e realizzazione dello Spirito, diviene soggetto autonomo di diritti e poteri predominante nei confronti del singolo, ma in quello più profondo, per cui la collettività, il

popolo, diviene luogo di elaborazione collettiva di valori, culturali, religiosi, sociali. Valori che sono individuali, ma ad un tempo stesso collettivi in quanto condivisi. Valori che costituiscono il substrato stesso dell'aggregazione sociale e che dunque devono essere rispettati quali fondanti non solo la società stessa, ma anche la posizione ed i diritti del singolo.

I valori stessi protetti dai diritti individuali, sono espressione delle radici culturali e sociali del popolo che esprime la società, all'interno della quale il singolo elabora, condivide, vanta e rivendica i propri diritti individuali.

Dobbiamo quindi concludere che la visione individualistica del diritto del singolo, sia pure in un'ottica profondamente liberale, deve essere armonizzata con il substrato culturale, sociale, religioso che a tali diritti ha condotto, in modo tale che la rivendicazione dell'individuo non si trasformi da individuale in individualista fine a se stessa, da strumento di libertà per il singolo e tutti i consociati che vivono la medesima situazione, in prevaricazione utilitaristica della singola monade nei confronti degli stessi consociati e dei valori condivisi da questi.

La ricerca di questo equilibrio è difficile e mai completamente conseguita.

Si tratta di un processo lungo quanto la storia dell'Uomo, che solo alla fine dei tempi vedrà la sua realizzazione compiuta

Un processo che nel nostro Paese è stato condotto dalle giurisdizioni superiori, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, e soprattutto da quest'ultimo, attesa la sua competenza giurisdizionale nella risoluzione delle controversie tra il cittadino e l'apparato statale, dove massimamente nascono tali problemi.

L'augurio è che tutti noi Giudici impegnati in questa delicata opera di equilibrata conciliazione, Consiglio di Stato, Corte di Cassazione, Corti sovranazionali, possiamo essere guidati da quegli stessi valori culturali, di libertà e di rispetto per i singoli, ma anche per i popoli, che hanno reso possibile la stessa Convenzione.

Auguro buon lavoro.

INTRODUZIONE

Le ragioni dell'incontro

La *Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* riconosce ai cittadini degli Stati contraenti (e, in genere, agli esseri umani) la tutela dei diritti e libertà fondamentali in essa indicati; essa si applica nei confronti di tutti gli Stati che fanno parte del Consiglio d'Europa e che l'hanno ratificata, oggi 47. La Convenzione avrà 60 anni nel 2010, per essere stata approvata con il Trattato internazionale di Roma del 4 novembre 1950 e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848.

È attualmente oggetto di ulteriori modifiche e riforme, tanto che il *protocollo* n. 14, ratificato in Italia con la legge 15 dicembre 2005, n. 280, non è ancora entrato in vigore per la mancata ratifica da parte della Russia⁽¹⁾. La convenzione è munita di un autonomo apparato giurisdizionale costituito dalla *Corte europea dei diritti dell'uomo*, composta da tanti giudici quanti sono i Paesi aderenti, eletti dal Consiglio d'Europa sulla base di una terna. Alla Corte compete anche la interpretazione della Convenzione e dei protocolli. Alla Corte possono essere chiesti pareri "consultivi" dal Comitato dei Ministri.

L'attività della Corte ha assunto un ruolo sempre più incisivo e si è, di fatto, affiancata ed aggiunta alle giurisdizioni interne degli Stati parte che sono, in ogni caso, tenuti all'applicazione della Convenzione, oltre che al rispetto dei diritti umani tutelati nella convenzione stessa. Tale collocazione è oggetto di un serio dibattito e di importanti pronunce della Corte Costituzionale italiana.

Le norme della Convenzione, in particolare secondo le recenti sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007, precedute, in verità, da varie prese di posizione della Corte di cassazione, anche a Sezioni unite, a volte molto contrastanti per le oggettive difficoltà incontrate nell'opera di conciliazione di principi ed istituti di diritto interno con altri di diritto in-

(1) Il Parlamento Russo ha ratificato il Protocollo n. 14 il 15 gennaio 2010. Il Protocollo n. 14 entra in vigore il 1° giugno 2010.

ternazionale, non hanno una efficacia diretta nel nostro ordinamento anche se sono di rango superiore a quello della legge ordinaria e devono essere rispettate nella formazione delle leggi e nell'attività di interpretazione giurisdizionale, perché, come viene riferito testualmente nella sentenza n. 348, *“la Convenzione EDU, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale ... da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l’incorporazione dell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti” “per tutte le autorità interne degli Stati membri” sicché “il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi”*. Con riferimento alle decisioni della Corte EDU la sentenza n. 348 continua, affermando che *“tra gli obblighi internazionali assunti dall’Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione”*. La pronuncia conclude precisando che *“quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a costituzione”*. *“Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione.”*; nella sentenza n. 349 la Corte Costituzionale precisa meglio che *“questa Corte e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare, al meglio possibile, i diritti fondamentali dell’uomo. L’interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo... a questa Corte... spetta, invece, accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, garantiscano una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana”*.

La stessa Corte Costituzionale nella più recente sentenza n. 129 del 2008, rileva l'impossibilità di un'esecuzione diretta delle sentenze della Corte europea (si verte in materia penale, e, in particolare sull'esecuzione di una sentenza CEDU del 1998 che aveva affermato la violazione del giusto processo in riferimento alla facoltà di non rispondere), affermando che *“Pur dovendosi pervenire ad una declaratoria di infondatezza della questione proposta dalla Corte rimettente - con specifico riferimento ai parametri di costituzionalità che sono stati richiamati - questa Corte ritiene di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU”*.

Nel contempo è ormai indirizzo consolidato da parte della Corte di cassazione, quello di adeguarsi, nello stabilire l'equo indennizzo conseguente all'applicazione della legge 89 del 2001 (Pinto), ai parametri liquidativi della CEDU (da ultimo 9.3. 2009, n. 5665).

Su altri fronti il Consiglio di Stato ha più volte manifestato l'intento e la disponibilità ad adeguarsi all'indirizzo della Corte (si pensi alla sentenza n. 2 del 2005 dell'Adunanza plenaria in materia di restituzione del bene che deve prevalere sul risarcimento del danno per equivalente in caso di espropriazione indiretta), mentre la Corte dei conti ha più volte delineato profili di criticità derivanti dall'applicazione della giurisprudenza CEDU nell'ordinamento italiano. Per altri aspetti ancora, è tuttora irrisolto il problema concernente la difesa tecnica da parte dell'Avvocatura dello Stato avanti alla Corte di Strasburgo, per essere la stessa affidata ad appositi agenti del Governo.

In questi spunti di riflessione stanno, in parole semplici, la ragione e la serie di interrogativi più importanti sottesi all'odierno incontro: a) quale sia oggi il rapporto di criticità dell'intervento della Corte di Strasburgo, riservato all'esaurimento dei “rimedi interni” con quello delle giurisdizioni domestiche, tenute tutte, in ogni caso e in via immediata, a rispettare i diritti umani anche nella elencazione consacrata dalla convenzione e richiamata dalla Corte costituzionale; b) la potenziale sovrapposizione di ruoli in che termini si è andata manifestando, anche tenendo conto dell'impossibilità di un'esecuzione diretta sancita dalla Corte Costituzionale nella sentenza 129 del 2008; c) in che modo l'obbligo di dare “piena ed integrale esecuzione” alla convenzione, che resta uno strumento negoziale internazionale, si collega con l'esecuzione garantita comunque alle decisioni della Corte dalla legge 9 gennaio 2006, n. 12, ma che non sembra strumento idoneo per un'azione esecutiva diretta, secondo quanto ha stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 129 del 2008,(nella quale, per inciso, non viene neppure menzionata); d) nell'esecuzione si potrebbe intravedere anche l'assunzione da parte dello Stato di un obbligo politico non solo di procedere ai

risarcimenti, ma anche e soprattutto di adottare iniziative diverse dall'indennizzo, intuito dalla stessa Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 129, allorché rivolge il “pressante invito al legislatore” ad intervenire, del quale si è detto.

Non deve, di converso, neppure dimenticarsi che esiste un diffuso controllo preventivo sull'attuazione dei principi della Convenzione EDU e delle decisioni della Corte: il controllo di compatibilità dei disegni di legge in discussione in Parlamento è eseguito sia con la verifica di spettanza delle Commissioni affari costituzionali di Senato e Camera, sia attraverso il Comitato parlamentare permanente per l'esame delle sentenze della Corte EDU, istituito in data 25 luglio 2006 con il compito di sovrintendere alla integrale esecuzione delle dette pronunzie per i profili normativi connessi e di promuovere la riduzione del contenzioso, sia, infine, mediante l'alto controllo di costituzionalità spettante al Capo dello Stato ai sensi dell'art. 74 Cost., che consente il rinvio alle Camere delle leggi contrastanti con i trattati internazionali.

Alla Presidenza del Consiglio dei ministri si è detto che è stato attribuito dalla legge il compito di *promuovere “gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunzie della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano” oltre che di comunicare “tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti” e di “presentare annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce”*. Con il *d.p.c.m. 1° febbraio 2007* l'attività conseguente è stata concentrata sul Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, che cura anche il coordinamento dei componimenti bonari delle controversie devolute alla Corte, in un'ottica non contenziosa, stragiudiziale, ma, spesso, molto responsabilizzante, perché prelusiva ad un'offerta unilaterale di componimento, il contenuto della quale è stato finora limitato ad una somma di denaro.

Ecco, quindi, le ragioni per le quali il DAGL si è fatto promotore di questa iniziativa, che precede di qualche mese la presentazione dell'annuale rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Convenzione e che si prefigge l'ambizioso obiettivo per un verso di dare un minimo contributo al processo di integrazione dell'apparato giurisdizionale della Corte di Strasburgo con quello delle giurisdizioni domestiche e, per un altro, di esaminare gli spazi di possibili, ulteriori iniziative per garantire un'attuazione delle decisioni che non si limiti all'erogazione di meri indennizzi.

RELAZIONI

Ringrazio gli organizzatori e i presenti. Il Paese ha bisogno di questi incontri istituzionali, di poter discutere i problemi che affliggono la gestione dell'amministrazione della giustizia, del servizio giustizia, onde evitare perdite di credibilità e di consenso.

Sarò rispettoso del tempo concessomi: lo dedicherò a tre concetti, a mio avviso, molto importanti: la lettura e l'interpretazione dell'articolo 117 della Costituzione, il problema delle sentenze della CEDU e del giudicato, il problema della legge Pinto.

Cominciamo dal primo punto. L'articolo 117, modificato nel 2001, nel Titolo V, afferma "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato", ma la disciplina del potere legislativo dello Stato è nel Titolo II. Tuttavia modificando l'ordinamento delle Regioni, sono stati messi insieme Stato e Regioni. Si legge: "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni, nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Questa piena equiparazione pone un vero problema. L'Italia ha fatto questa scelta nel 2001, ponendo sullo stesso piano Corte Costituzionale, Corte di Giustizia per i problemi comunitari (Lussemburgo) e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Strasburgo). Questa modifica costituzionale ha dato immediatamente luogo a rilevanti questioni in materia di giudicato e anche in materia di libertà fondamentali. Ci sono stati vari incontri, e ringrazio il collega Zagrebelsky che più volte è intervenuto, cui ha partecipato anche il Presidente della Corte EDU, Jean Paul Costa. Ci sono state riunioni al Consiglio di Stato e in Cassazione, perché forte è il bisogno di riflessioni.

Gli organizzatori questo convegno meritano un grande ringraziamento, perché hanno offerto al dibattito interistituzionale argomenti di grande rilievo.

Che può fare il giudice italiano - sia giudice ordinario sia giudice amministrativo sia giudice contabile - quando si trova di fronte a sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, ispirate a principi in contrasto con altri

principi affermati dalla Corte Costituzionale? Il problema, affrontato oggi, ripropone il tema discusso dalle sentenze nn. 348 e 349 del n. 2007 e, soprattutto, dalla n. 129 del 30 aprile 2008 della Corte Costituzionale - e regolato in un certo qual modo, dalla legge n. 130 del 2008 di ratifica del Trattato di Lisbona - che pongono sul tappeto soluzioni contrastanti che non è facile ricondurre a sistema. L'ultimo caso controverso è la decisione, nella causa CGIL-Cofferati contro Italia, della Corte di Strasburgo 24 febbraio 2009, recentissima, in cui si afferma che, nonostante che il Tribunale di Roma avesse rimesso la questione alla Corte Costituzionale, nonostante che la stessa con la sentenza n. 53 del 2006 avesse dichiarato l'ammissibilità del ricorso ma, con la sentenza n. 305 del 2007, lo avesse poi rigettato è legittima una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte europea, con questa decisione, rileva che l'Italia ha un sistema di immunità parlamentare troppo estesa a danno del cittadino e, nonostante il giudicato, condanna l'Italia al risarcimento dei danni. Non è molto, il *quantum*, ma quello che conta è stabilire, sul piano dei principi, fino a che punto, di fronte a un giudicato, possa ancora intervenire la Corte europea dei diritti dell'uomo. Occorre affrontare il problema del giudicato e non è cosa da poco. In proposito, le sentenze della Corte Costituzionale, senza riferirsi espressamente a Karl Schmitt, hanno ribadito il problema dei rapporti di giurisdizione che concernono il rapporto tra lo Stato e il suo territorio. Mentre l'art. 117 Cost. pone sullo stesso piano tutte e tre le Corti, Corte Costituzionale, Corte di Lussemburgo e Corte EDU, negli altri Paesi non c'è la stessa eguaglianza, mi riferisco a Francia, Germania. Posto il problema, la Corte Costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 - leggo passi piccolissimi del testo per evitare che si possa pensare che ci siano deviazioni da parte dell'interprete - ha rilevato che l'articolo 10 e l'articolo 11 della Carta Costituzionale non sono toccati dalle norme dei trattati perché queste sono norme di rango subordinato alla Costituzione e si pongono ad un livello intermedio tra la normativa costituzionale e la legge ordinaria. Si parla di "fonti interposte" e, quindi, si imposta la questione, da parte della Corte Costituzionale, nel senso che "le norme del Trattato di Roma, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza di norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte proprio perché si tratta di norme che entrano nel parametro costituzionale, ma rimangono purtroppo pur sempre a un livello subcostituzionale" e, quindi, possono essere controllate dalla Corte. Cioè la Corte Costituzionale, con la n. 348 e la n. 349, e soprattutto con la sentenza, in materia penale, n. 129 del 2008 dichiara che secondo il giudice delle leggi è infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'articolo 630 nella parte in cui non prevede, nei casi di revisione, l'applicazione diretta della sentenza della Corte EDU. Il giudicato resta fermo (cfr. Sezioni Uni-

te Penali della Cassazione) e tuttavia si può bloccarne l'esecuzione. Ma se il giudicato non si tocca tuttavia non si dà esecuzione alla sentenza. In materia, ad esempio, di cause contumaciali, se un imputato riesce a fuggire all'estero ed è condannato con grandi difficoltà fino al giudicato, viene arrestato, ma va a Strasburgo e chiede la revisione del processo contumaciale (così come modificato, ma non mi soffermo sui dettagli). Non ottiene la revisione e allora chiede la inesecuzione della condanna. La giurisprudenza di legittimità dimostra che, di fronte alle decisioni della Corte di Strasburgo si comincia a dubitare dell'esecuzione delle sentenze di condanna in quanto emesse all'esito di una procedura viziata per violazione dell'articolo 6 della CEDU.

È inutile pervenire al giudicato se la condanna non è eseguita.

Richiamo il cap. VIII de "La Repubblica di Platone" sull'incapacità della giustizia, quando le persone condannate girano per la città come fantasmi. Individui condannati a morte o all'esilio rimangono a passeggiare in piazza. Siamo alla demagogia che è la fine della democrazia, come ricorda Platone. Dando rilievo alla giurisprudenza di Strasburgo non tocchiamo il giudicato e quindi rispettiamo le regole, però evitiamo l'esecuzione e i condannati non vanno in galera secondo un facile copione: prima sono stati all'estero, poi sono stati condannati in contumacia, poi finalmente è passata in giudicato la sentenza e tuttavia con il sistema, proprio o improprio, tipicamente italiano, riusciamo a non eseguire la condanna. Non è possibile, da un lato, rispettare il giudicato e, dall'altro, attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dichiarare non eseguibile la condanna, in quanto emessa all'esito di una procedura non più rivedibile, ma viziata per violazione delle regole della CEDU.

Ma torniamo al giudicato: è una cosa seria e va applicato fino in fondo, compresa l'esecuzione. Non è possibile scindere giudicato e esecuzione. Ricordo un bell'episodio di Menandro, *Epitrepontes*, (l'Arbitrato) sull'importanza del giudicato che chiude il processo. Il giudicato, evita che *cives ad arma ruant*: non si deve più litigare dopo il giudicato che deve essere eseguito, perché, se non viene eseguito, il giudicato è inutile. Ricordo il brano di Menandro: c'erano un boscaiolo e un pastore che avevano trovato un bambino abbandonato dalla madre nella foresta con dei monili. Il boscaiolo lo vuole dare al pastore che non ha figli, ma si vuole trattenere i gioielli. Si comincia a litigare sulla spartizione: «tu che non hai figli ti tieni il bambino e io mi tengo i gioielli», dice l'uno e l'altro risponde «se mi dai il bambino mi dai pure i gioielli, che non sono nati dalla terra, ma stavano vicino al bambino». Vanno da Smicrine, il saggio del villaggio, il quale pone una sola condizione: è disposto a decidere purché non si litighi più, perché questa è l'importanza del giudicato, chiunque abbia ragione o torto. E il saggio decide che chi si prende il bambino si prende pure i gioielli, in quanto i gioielli furono lascia-

ti dalla mamma perché il bambino potesse vivere agiatamente. Il giudicato deve essere applicato fino in fondo, e non si può dire: riconosco il giudicato, ma poi non do esecuzione alla sentenza.

Non voglio tediarvi, ma queste questioni che sono di rilevante importanza e al di là del dibattito teorico, vanno affrontate e risolte in questi incontri procedurali al fine di dare concreta attuazione attraverso protocolli comuni delle varie giurisdizioni. Si realizza un cospicuo passo avanti, perché se le giurisdizioni sono unitarie, se si riconosce la *traslatio iudicis*, alla fine unitario è il servizio che deve riguardare tutti i cittadini, chiunque sia il magistrato che lo svolga.

Il discorso va rivisto, secondo me, non solo per quanto attiene al processo penale, ma anche per quanto riguarda la mancata attuazione dei trattati firmati dall'Italia sul cognome di entrambi i genitori.

Sono opportuni questi dibattiti. Si pensi ai diritti fondamentali come quello della libertà o della proprietà o di altri diritti primari riconosciuti nei trattati sottoscritti dall'Italia e confermati dalla Corte di Strasburgo. L'Italia ha firmato una serie di trattati, tra cui la Convenzione di New York del 18 dicembre 1979 e nonostante le raccomandazioni del Consiglio Europeo, che invita a lasciare liberi i coniugi di scegliere il cognome, come avviene in Germania (§1616 BGB) ov'è previsto che i coniugi si mettono d'accordo al momento delle nozze sul cognome coniugale, non ha stabilito nulla in proposito. Sulla base dell'eguaglianza morale e giuridica tra uomo e donna (art. 29 Cost.) va disciplinato il cognome coniugale. Il problema va visto in una prospettiva sistematica e il Trattato di Lisbona deve essere applicato in modo coerente e comune.

La riflessione, con Vladimiro Zagrebelsky, su questi indirizzi e su come questi indirizzi possano essere applicati in Italia così come negli altri Paesi europei, appare necessaria in modo da dare luogo a un sistema unitario, perché l'Italia è uno dei Paesi più anomali sotto questo profilo: da un lato sottoscrive tutto, dall'altro blocca l'attuazione dei trattati che prima firma, poi ratifica, ma non esegue. Pensate che oggi noi siamo quelli che meglio applicano o siamo più disposti ad applicare le sentenze della Corte EDU però, come all'epoca di Napoleone, non riusciamo a far passare il divorzio. Il divorzio, introdotto nel 1804 in Francia, passò le Alpi solo nel 1970, ci sono voluti 166 anni per fare passare in Italia una norma dalla Francia, da cui sono passati gli elefanti di Annibale ma non le leggi.

Il discorso di Karl Schmitt su giurisdizione e territorio va rispettato perché altrimenti diventa anche difficile amministrare il sistema giustizia, destinato a quei cittadini radicati sul territorio. Bisogna portare avanti il dibattito sulle tre decisioni citate della Corte Costituzionale o dare invece, come vorrebbero altri, importanza all'articolo 6 del Trattato di Lisbona che rimette in

discussione il sistema e la stessa interpretazione della Corte Costituzionale, le cui sentenze sono anteriori all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona?

È un merito degli organizzatori aver fatto emergere la necessità di incontrarsi e applicare le stesse regole a tutte le giurisdizioni nell'interesse dei cittadini.

L'ultimo punto è il problema ricordato da Gianni Letta e, cioè, quello dell'erronea impostazione e delle conseguenze perverse della cd. Legge Pinto (89/2001). Le direttive della Corte EDU (con 47 componenti con sede a Strasburgo) richiamano in primo luogo un servizio-giustizia terzo che assicuri l'eguaglianza delle parti e sia puntuale, efficiente e costituzionalmente orientato (art. 111, c. 1 e 2 Cost).

Il messaggio di Strasburgo tende alla funzionalità del servizio-giustizia e nei casi di inefficienza o ritardi mira a ricercarne le cause, eliminare le disfunzioni e riorganizzare l'ufficio onde evitare che si ripetano gli inconvenienti e i ritardi.

Tanto premesso, va sottolineato che il risarcimento è stato previsto e richiesto come tutela ulteriore rispetto a quelle adottate per restaurare la funzionalità dell'ufficio. In presenza di ritardi occorre eliminare a monte il problema piuttosto che considerare come unico rimedio il risarcimento. Anche perché dal 2001, la risarcibilità dei ritardi ha comportato un abuso del processo, che rappresenta un pericolo sempre più minaccioso. Sono stati spesi in questi pochi anni 81 miliardi e si è visto crescere non solo il numero delle richieste dei danni da ritardata definizione dei processi ma anche quello delle richieste di risarcimento dei danni derivati dalle ritardate definizioni delle richieste di risarcimento (Pinto bis e ora anche Pinto ter).

Quando fu fatta la legge, in perfetta buona fede, si pensava di dare solamente un'occasione di risarcimento per il ritardo. Ma l'italiano medio, figlio di Guicciardini, fa assurgere il particolare a un problema generale, e così oggi le cause si fanno non per aver ragione o torto ma solo per avvalersi della legge Pinto, o della Pinto bis. Chi promuove un giudizio per l'accertamento di un diritto, non sa se vincerà o perderà, ma è certo che potrà ottenere quanto meno il risarcimento del danno da ritardo.

Io mi auguro, e lo chiedo a nome della Corte, che venga approvata la modifica della Legge Pinto perché è necessario nell'interesse di tutti che si dia garanzia al cittadino, ma anche celerità e efficienza alla giustizia. Grazie.

La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo

1. L'apertura della Costituzione alla vita di relazione internazionale ed alle sue regole si è concretizzata, con l'art. 10, primo comma, in un adattamento automatico alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Inoltre, l'art. 11 ha sancito la possibilità di "limitazioni di sovranità" funzionali alla partecipazione del nostro Paese ad organismi internazionali deputati ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni. L'art. 117, primo comma, con le modifiche del 2001⁽²⁾, ha poi sancito espressamente l'obbligo del legislatore di rispettare gli obblighi che derivano da accordi internazionali e dall'ordinamento comunitario.

La riflessione intellettuale e le dinamiche della giurisprudenza hanno focalizzato soprattutto l'art. 10, primo comma, e l'art. 11, con riguardo al rapporto tra il nostro sistema giuridico e le norme internazionali convenzionali e rispettivamente le norme comunitarie. Una riflessione importante ha riguardato subito la portata dell'art. 10, primo comma. Ed è ben noto che fin dalla prima ora ha prevalso l'idea che le norme convenzionali non avessero avuto una copertura costituzionale al pari delle norme generali, che sole potevano beneficiare dell'adattamento automatico sancito da quella disposizione; e che pertanto gli accordi internazionali dovessero costituire l'oggetto di una legge di adattamento ad hoc - che in fatto ha avuto normalmente la forma della legge ordinaria - in cui trovassero contestuale collocazione sia l'autorizzazione alla ratifica, sia un ordine di esecuzione. Questa legge, in definitiva, ha rappresentato lo strumento per realizzare la necessaria sintonia tra il nostro ordinamento giuridico e le fonti esterne di natura convenzionale.

(2) Art. 3 della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001.

Neppure la Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ha avuto un accesso diverso dalla legge ordinaria di adattamento⁽³⁾.

2. È inutile discutere oggi sulla lettura dell'art. 10 che ha prevalso, già in Assemblea Costituente, e sul perché. Non può tacersi, tuttavia, che quella scelta interpretativa ha posto un problema non trascurabile. Con l'adattamento ai trattati realizzato dalla legge ordinaria, la soluzione dell'eventuale conflitto con una norma interna restava affidata alla regola aurea sulla successione delle leggi nel tempo. Il risultato al quale si perveniva, tuttavia, era a dir poco singolare, rispetto ad un livello medio di civiltà giuridica, in quanto i trattati, che del confronto sono gli elementi fissi nel tempo, insieme alle leggi di adattamento che li sorreggono, erano fatalmente e almeno in astratto destinati a soccombere all'impatto con la prima legge ordinaria successiva che ne contraddicesse in tutto o in parte il contenuto e/o la portata. Tale criticità non si è avuta, almeno a partire dalla metà degli anni ottanta, per il diritto comunitario, che si è giovato del "sicuro fondamento", nell'art. 11 Cost., dell'effetto diretto di buona parte delle sue norme e comunque del residuale controllo di costituzionalità rispetto allo stesso art.11.

Quanto al rapporto tra norme interne e norme internazionali convenzionali, la giurisprudenza ha dovuto e saputo trovare dei rimedi pratici, a seconda dei casi affidati all'attività interpretativa diretta a rilevare elementi di conformità spesso non per tutti leggibili o al criterio della specialità o, su un piano meramente dialettico, alla semplice "peculiarità" o "particolare rilevanza" della norma internazionale conferente, magari ancorandola ad un insieme di fonti multilaterali, come è accaduto precisamente nel caso delle norme a tutela dei diritti umani. Ciò ha consentito, anche prima che nei primi anni duemila fosse modificato l'art. 117, primo comma, di assicurare almeno in fatto la prevalenza o, se si preferisce, una maggiore forza di resistenza della norma internazionale convenzionale (*recte*: della relativa legge di adattamento) rispetto alla legge interna successiva⁽⁴⁾. È in proposito em-

(3) La materia dei diritti fondamentali era stata oggetto anche del Trattato di pace del 1947, con un obbligo, sancito all'art. 15, di assicurare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali a tutte le persone soggette alla giurisdizione italiana.

(4) Le difficoltà di ordine formale trasparivano anche dalla giurisprudenza costituzionale, che talora aveva negato che le norme pattizie, in quanto dotate del rango della legge ordinaria, potessero costituire parametro diretto per lo scrutinio di legittimità della norma interna (n. 188 del 1980, n. 15 del 1982, n. 315 del 1990, n. 388 del 1999, n. 464 del 2005); talaltra aveva escluso l'utilizzo sia dell'art. 11 Cost. in riferimento alla CEDU, reputando non «individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (n. 188 del 1980), sia dell'art. 10, primo comma, Cost. (n. 188 del 1980, n. 153 del 1987, n. 168 del 1994, n. 288 del 1997, n. 32 del 1999, n. 224 del 2005); talaltra ancora 'sembrava' avere ritenuto possibile l'assunzione delle norme della CEDU come parametro interposto ex art. 10 Cost., primo comma (n. 188 del 1980, n. 168 del 1994, n. 32 del 1999, n. 224 del 2005),

blematica la circostanza che, in più di mezzo secolo, le ipotesi in cui abbiamo visto norme di accordi internazionali soccombere nel contrasto con norme interne successive si possono contare con le dita di una mano o poco più.

3. Con la nuova formulazione dell'art. 117, primo comma, i giudici comuni hanno sperimentato soluzioni diverse, nel tentativo di dare un significato nuovo al precetto costituzionale ovvero di confermare costruzioni ben radicate. Nella sostanza, tuttavia, si confermava lo scenario caleidoscopico⁽⁵⁾ del periodo precedente, che in parte si riscontrava anche nella giurisprudenza costituzionale. Nello stesso periodo, in particolare, da Strasburgo venivano segnali sempre più precisi e decisi sulle criticità di sistema del nostro ordinamento rispetto alla Convenzione, in punti anche cruciali, come il giusto processo, le implicazioni e le conseguenze del processo contumaciale, l'annoso tema della ragionevole durata, cui la monetizzazione dei ritardi non mancava di aggiungere qualche ulteriore complicanza. Tra i vari tentativi del giudice di legittimità, mi sembra doveroso ricordare non solo le spesso fantasiose invocazioni a sproposito di fonti esterne, ma anche e specificamente almeno il gruppo di sentenze delle Sezioni Unite civili del 2004 (da 1338 a 1341), che in parte significativa hanno anticipato la giurisprudenza costituzionale di cui subito di seguito darò conto, in particolare sotto il profilo della rilevanza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dell'obbligo di interpretazione conforme che la comprende.

4. L'orientamento maturato dalla Corte Costituzionale negli ultimi due anni con riguardo al rapporto tra Costituzione e Convenzione di Roma sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali mi sembra sufficientemente chiaro.

ovvero secondo comma (in riferimento alla condizione dello straniero, n. 125 del 1977, n. 203 del 1997, n. 376 del 2000). Peraltro, senza considerare la sentenza n. 10 del 1993, la quale aveva ritenuto la natura di fonte atipica rinforzata della CEDU, significative aperture trasparivano dalle decisioni che, pur negando il rango costituzionale della CEDU, avevano ritenuto di sottolineare la sostanziale coincidenza dei principi enunciati nelle due Carte (n. 17 del 1981, n. 315 del 1990, n. 288 del 1997), ovvero, senza affrontare espressamente la questione del rango della CEDU, avevano esaminato, nel merito, il contrasto, escludendone la sussistenza (n. 17 del 1981, n. 15 del 1982, n. 315 del 1990, n. 288 del 1997; v. anche n. 1 del 1961, n. 98 del 1965, n. 18 del 1966, n. 104 del 1969), oppure avevano riconosciuto valore interpretativo alla CEDU (n. 505 del 1995, n. 388 del 1999, n. 231 del 2004) o, ancora, avevano svolto argomentazioni tali da potere essere assunte come espressive di un'interpretazione conforme alla Convenzione, se non come sintomatiche di un sindacato svolto anche avendo riguardo alla Convenzione (n. 310 del 1996, n. 376 del 2000, n. 445 del 2002), richiamando espressamente in due casi, a conforto della propria interpretazione le norme della CEDU e la giurisprudenza della Corte EDU (n. 29 del 2003, n. 299 del 2005).

(5) Nella sentenza n. 28507 del dicembre 2005, le Sezioni Unite hanno dato soluzione positiva alla questione se la violazione della CEDU possa avere rilevanza nell'ordinamento interno, in particolare nel senso che il giudice nazionale «è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo». In motivazione, poi, si legge che le norme CEDU hanno "natura sovraordinata" alle norme interne ed il giudice nazionale ha «l'obbligo di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto».

Nelle due sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, infatti, la Corte ha individuato nell'art. 117, primo comma, Cost. il parametro di riferimento delle norme della Convenzione, che di volta in volta specificano, integrandone il contenuto, l'obbligo generale del legislatore di rispettare gli "obblighi internazionali".

Meritano attenzione alcuni passaggi di tale giurisprudenza, anche in funzione dei possibili sviluppi futuri.

Anzitutto, nonostante la Corte abbia identificato nell'art. 117, primo comma, Cost. il parametro di costituzionalità delle norme interne rispetto alla Convenzione, non è mancata la precisazione, a mio parere ovvia ma per ciò stesso non meno significativa nel contesto dato, che ciò vale quando la disposizione convenzionale conferente non ripete una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. L'apertura all'art. 10, primo comma, Cost. come possibile punto di ingresso almeno di determinate disposizioni della Convenzione, è dunque esplicita. Sarebbe paradossale, infatti, che una norma generalmente riconosciuta del diritto internazionale non possa più beneficiare dell'adattamento automatico dal momento in cui, e soltanto perché, fosse ripetuta in un accordo bilaterale o multilaterale. È peraltro scontato che tale dovrà essere il punto di approdo, anche se va considerata inevitabile qualche battuta d'incertezza almeno apparente, dovuta anche alla prospettazione del caso da parte del giudice rimettente o ad altre variabili contingenti: alcune evoluzioni della giurisprudenza pure richiedono una certa sedimentazione. Nell'arco di pochi mesi, ad esempio, già sono state ze-lantemente segnalate due varianti con la sentenza n. 306 del 2008⁽⁶⁾ e con la sentenza Dorigo⁽⁷⁾. In quest'ultima occasione, peraltro, in discussione non era tanto l'art. 10, Cost., quanto la pertinenza del principio della presunzione d'innocenza⁽⁸⁾; ed in ogni caso è stata lasciata ben aperta la porta dell'art. 117, primo comma, Cost.

5. La Corte ha poi escluso che la materia dei diritti fondamentali possa essere l'oggetto, al di là di una delega di competenza quanto all'interpretazione della Convenzione, di una cessione o di una limitazione di sovranità ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 della Costituzione, ribadendo una giurisprudenza antica. Alcuni rapidi lettori hanno opposto che qualsiasi accordo in-

(6) La pronuncia ha affermato: «Sotto tale profilo e per i medesimi motivi, la normativa censurata viola l'art. 10, primo comma, della Costituzione, dal momento che tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato».

(7) Sentenza n. 129 del 2008.

(8) La Corte ha nell'occasione rilevato che «la norma invocata dal remittente, in quanto pattizia e non avente la natura richiesta dall'art. 10 Cost., esula dal campo di applicazione di quest'ultimo» (punto 4.2).

ternazionale comporta una limitazione di sovranità. È una critica ad effetto, ma infondata. Non è difficile ammettere che un accordo limita le possibilità di chi lo sottoscrive di esercitare liberamente i propri poteri sovrani nelle materie oggetto dell'accordo; ben più difficile è ammettere, per questo solo motivo, che l'art. 11 possa costituire la copertura costituzionale per qualsiasi accordo internazionale: e, del resto, non risultano voci meritevoli di attenzione in questo senso.

In secondo luogo, la Corte ha negato, allo stato, la possibilità per il giudice comune di disapplicare la norma nazionale in contrasto con norme della Convenzione, non potendosi a queste ultime attribuire effetto diretto "fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna configgente" - qui è la differenza rispetto alle norme comunitarie - non consentendolo né il loro carattere, né la struttura e gli obiettivi della Convenzione complessivamente considerata. La valutazione del giudice costituzionale ha utilizzato con ogni evidenza, in particolare con il richiamo alla "struttura e agli obiettivi" del contesto in cui le norme della Convenzione di Roma si collocano rispetto a quelle comunitarie, il criterio utilizzato dalla Corte di giustizia, fin dai primi anni sessanta (*Van Gend en Loos*) e mai contestato, nell'identificare il fondamento dell'effetto diretto attribuito alle norme comunitarie ed internazionali; criterio che in passato aveva già portato la Corte di giustizia ad una diversa valutazione rispetto, ad esempio, alla Corte di Cassazione riguardo alle norme GATT.

L'aver negato al giudice comune la disapplicazione della norma nazionale in contrasto con la CEDU non contraddice affatto, come qualcuno ha superficialmente inteso, l'affermazione, testuale nella sentenza n. 349 del 2007, che "L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione". L'applicabilità diretta di una norma internazionale non comporta sempre e comunque quella specifica conseguenza che consiste nel potere del giudice comune di uno Stato membro di disapplicare la norma interna in insanabile conflitto con quella norma internazionale. È del tutto evidente, infatti, che l'interpretazione di una norma interna in modo conforme alla Convenzione si traduce nell'applicazione di quest'ultima, ma senza che necessariamente sia richiesta e/o sia imposta la disapplicazione della norma interna. Inoltre, tra le ipotesi di applicabilità diretta e di effetto diretto, così come per le stesse norme comunitarie, c'è qualche differenza nelle implicazioni e nelle conseguenze, in particolare processuali, sì che la disapplicazione non ne consegue necessariamente. D'altra parte, fino a quando il conflitto tra norma interna e norma internazionale si traduce in questione di costituzionalità, la disapplicazione equivarrebbe all'introduzione di un controllo diffuso di costituzionalità.

6. Più in generale, il ruolo del giudice comune appare fin troppo chiaro nelle sentenze qui ricordate. In primo luogo, esso ha il compito di interpretare la norma nazionale in ipotesi applicabile, sperimentando all'occorrenza una interpretazione che sia conforme alla disposizione conferente della Convenzione così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, nei limiti di quanto ragionevolmente consentito dai normali criteri di ermeneutica di un testo normativo. Solo un lettore rapido riesce a vedere in questo passaggio un invito alla sola interpretazione letterale. Quanto alla Corte di Strasburgo, ad essa spetta evidentemente l'ultima parola sull'interpretazione della Convenzione, nel rispetto di quanto consapevolmente sottoscritto dal nostro Paese, nel momento in cui, senza alcuna riserva, ha delegato questo compito a quel giudice e non ad altri. In questo senso, l'obbligo internazionale sancito dall'art. 117, primo comma, riguarda la norma esterna così come interpretata dal giudice a ciò espressamente delegato. Vale appena precisare che l'interpretazione, se è della disposizione della Convenzione, solo eccezionalmente sarà limitata al caso di specie e comunque solo per quanto di ragione. Del pari, l'interpretazione della norma e la giurisprudenza che su di essa si consolida vanno sapute apprezzare al giusto nella loro sostanza. Ad esempio, una recente pronuncia del giudice di legittimità, in materia di ristoro del danno da irragionevole durata del processo, supera l'annosa discussione sul numero di anni da calcolare, adeguando l'esito sostanziale esattamente a quello altrettanto sostanziale voluto dalla Corte di Strasburgo, senza ricorso alla Consulta⁽⁹⁾. Del pari, la stessa Corte Costituzionale, a conforto di un'interpretazione della Corte di Cassazione che escludeva il contrasto di una legge con la Convenzione, ha sottolineato che una diversa lettura di quella legge l'avrebbe posta in contrasto con la Convenzione, come interpretata a Strasburgo (n. 97 del 2009).

Ove poi il contrasto della norma nazionale con la disposizione della Convenzione non sia sanabile in via interpretativa, il giudice non potrà risolvere il conflitto autonomamente. Non potrà evidentemente applicare la norma nazionale, dato che la premessa è precisamente il contrasto insanabile con la norma convenzionale; né potrà, in luogo della norma nazionale, applicare la disposizione della Convenzione, ma dovrà sollevare previamente la questione di costituzionalità con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, ovvero dell'art. 10 primo comma, ove si tratti di una norma convenzionale che ripete una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. In ogni caso, il ricorso alla Corte Costituzionale sarà residuale e diciamo pure eccezionale.

(9) Il riferimento è ad una sentenza di pochi giorni successiva al Convegno, 6 maggio 2008, n. 10415.

In terzo luogo, il giudice costituzionale ha escluso che si possa pervenire a diversa conclusione attraverso la complessiva comunitarizzazione della Convenzione, ipotesi che non pochi autori e giudici avevano erroneamente coltivato non riuscendo a sottrarsi alla suggestione dell'art. 6 del Trattato. È stato viceversa correttamente precisato dal giudice costituzionale che, in base a consolidata giurisprudenza, i diritti fondamentali sono sì garantiti a livello comunitario conformemente alla CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma solo nei limiti in cui è applicabile il diritto comunitario⁽¹⁰⁾.

7. La differenza delineata rispetto al rapporto con il diritto comunitario, e le conseguenze che ne sono state tratte, potranno evidentemente essere oggetto di riflessione ulteriore. Non si può escludere, in particolare, che in futuro lo scenario possa essere disegnato in modo diverso, specie in relazione all'ipotesi di una adesione della Comunità alla Convenzione, prefigurata dal progetto di Trattato di Lisbona. Né si può escludere, in vista di tale adesione, che il recupero alla Corte costituzionale di un controllo accentrato sui conflitti altrimenti insanabili tra norme interne e norme della Convenzione possa utilmente collegarsi alla contestuale inaugurazione di un dialogo, non più a distanza ma diretto, della Corte Costituzionale con la Corte di giustizia comunitaria, da sempre attenta alla materia tipicamente "costituzionale" dei diritti fondamentali.

Del pari merita riflessione la costruzione della norma esterna come interposta, che integra il contenuto dell'art. 117, primo comma, Cost. Qui c'è qualche sfumatura diversa tra le due sentenze, tra la costruzione della norma interposta e quella, più semplicemente, del rinvio mobile (come insegnava Giuseppe Barile). Il problema non è evidentemente terminologico, tanto meno scientifico. In breve, c'è da chiedersi se una fonte esterna, in primo luogo, richieda necessariamente una posizione nella classifica interna e se, in secondo luogo, deve trovarsi in sintonia perfetta con tutte le norme della Costituzione o solo con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale, nonché con i principi posti a tutela dei diritti fondamentali. Ovvero quella norma sia nazionalizzata a tutti gli effetti, acquisti un rango specifico nella classifica delle fonti interne e debba fare i conti con l'intera Costituzione. È, questo, un tema complesso che si collega anche al quesito se l'art. 117, primo comma, con la lettura data oggi dalla Corte Costituzionale, rappresenti la porta d'ingresso di tutti gli accordi internazionali e dunque se la Convenzione di Roma meriti di rientrarvi insieme a tutti gli altri accordi indistintamente; ovvero si possa o addirittura si debba operare una distinzione, e con quali ricadute

(10) Giurisprudenza consolidata. Tra le tante, *Kremzow*, causa C-299/95, sentenza 29 maggio 1997, Raccolta p. I-2629,

pratiche, anche con riguardo agli accordi in forma semplificata o comunque non soggetti al controllo parlamentare costituzionalmente prescritto. D'altra parte, già il fatto che, diversamente dai "normali" accordi internazionali, per essa è stato delegato un giudice ad hoc alla sua interpretazione, mi pare che attribuisca una certa specificità alla Convenzione di Roma.

Interessante è poi un rilievo di sistema, sollevato da alcuni, sulla costruzione come questione di costituzionalità anche del conflitto con la norma internazionale di una legge anteriore, che prima della lettura attuale dell'art. 117, primo comma, Cost. da parte della Corte Costituzionale, era regolato in base al criterio della prevalenza della legge successiva. È ben chiaro che la lettura dell'art. 117, primo comma, Cost. ha dato alla legge di adattamento delle fonti convenzionali una forza di resistenza formale che prima non avevano, allo stesso modo rispetto alle leggi anteriori ed a quelle posteriori. C'è dunque un bilanciamento tra le norme che ne beneficiano e quelle che ne vengono, per così dire, penalizzate, ma comunque in nome di quella certezza che dovrebbe essere un beneficio comune.

8. Resta anche qualche criticità meritevole di riflessione nel versante penale, dove la questione dell'efficacia delle norme della CEDU e delle sentenze del giudice europeo presenta profili di peculiarità, non è escluso anche rispetto allo schema allo stato identificato dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.

Anzitutto sembra palese che la tutela dei diritti fondamentali ancorata ad un sistema di garanzie esteso oltre il livello nazionale, è destinata a scontare maggiori resistenze allorché opera nell'ambito del diritto penale, poiché è in questo che si manifesta con maggiore immediatezza ed evidenza, non importa se a torto o a ragione, la "forza" statuale, venendo in rilievo, sia nel diritto penale sostanziale che in quello processuale, talune espressioni tipiche e dirette della sovranità. E questa è già una prima e generale peculiarità.

La seconda risiede nella difficoltà di identificare un punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare meccanismi riparatori, a fronte dei sempre possibili errori del giudice, e quella contrapposta di preservare la certezza e la stabilità del giudicato. Penso alla molteplicità delle soluzioni suscettibili di porre rimedio alla carenza di strumenti in grado di assicurare l'effettività delle sentenze di Strasburgo e di rimediare alle norme interne che si pongano in contrasto con le norme convenzionali così come interpretate a Strasburgo. Tale difficoltà si ritrova nelle varie ipotesi che la giurisprudenza ha fatto emergere, che talvolta lasciano almeno sconcertati. Si manifesta un sacro rispetto per il giudicato, ad esempio, e nello stesso tempo si trova la forza per vanificarne natura e portata lasciandolo ineseguito, mentre si prova qualche esitazione in più quando si tratta di aggiungere un'ipotesi di revisione a quelle contemplate dal nostro codice, anche quelle collegate ad una disciplina processuale considerata superata (e per questo modificata)

dal nostro stesso legislatore oltre che dai giudici di Strasburgo; tutto ciò trascurando il dato fondamentale che il giudicato nazionale è il presupposto normale e voluto di una causa e di una pronuncia della Corte di Strasburgo: vicenda Dorigo *docet*.

La terza peculiarità risiede nel significato e nei limiti da riconoscere alla riserva di legge in materia penale, che da un lato deve essere forte e rassicurante, per garantire effettiva tutela ai diritti fondamentali; dall'altro, richiede di accertare come debba essere intesa, sia in riferimento alla natura della fonte (interna o esterna), sia in riferimento al contenuto della medesima, con riguardo anche alla materia processuale. Un quesito è se si possa individuare nel nostro ordinamento una generale riserva di legge in materia penale, e soltanto in questa materia, intesa come riserva di fonte nazionale. Di tale quesito si occupò, con riguardo alla riserva di legge in materia tributaria e rispetto ai regolamenti comunitari, la Corte Costituzionale nella sentenza Frontini. La risposta fu allora che quella "storica garanzia" non risultava violata, dovendo i regolamenti rispettare i criteri direttivi sanciti dal Trattato (sentenza n. 183 del 1973), senza trascurare di respingere anche l'argomento fondato sul ruolo ridotto del Parlamento europeo, dunque facendo leva sulla legge (ordinaria) di adattamento. Si tratta in ogni caso di un tema complesso che richiede un approfondimento serio e senza pregiudizi, con la sola premessa che il nostro Paese è entrato democraticamente e consapevolmente in un contesto giuridico e che, questo pare incontestabile, non ci impone pene più severe *aut similia*, ma ci offre la possibilità di un arricchimento del nostro bagaglio di garanzie dei diritti fondamentali. Soprattutto, è necessario fare chiarezza sui confini tra un problema di riserva di legge ed un problema di competenze delegate all'istituzione esterna, il più spesso ricorrendo il secondo e non il primo. Ma tant'è, i nodi vanno sciolti uno alla volta.

1. In questa relazione, dopo alcuni cenni ai rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto interno e tra la giurisprudenza della Corte europea e quella delle Corti nazionali, che sono necessari per impostare il discorso successivo, mi soffermerò sulla giurisprudenza dei giudici amministrativi (e in particolare del Consiglio di Stato) in materia, sotto l'aspetto del diritto processuale (ossia l'influenza delle norme della Convenzione e della giurisprudenza della Corte sul processo amministrativo: l'art. 6 della Convenzione è sicuramente il parametro più citato nella giurisprudenza amministrativa) e sotto quello del diritto sostanziale (ossia gli interventi del Consiglio di Stato, nell'ambito sia della sua giurisdizione generale di legittimità che della giurisdizione esclusiva, con riguardo a controversie che, pur attenendo a "diritti fondamentali", sono comprese nella giurisdizione amministrativa).

2. Il punto di partenza è costituito dalla definizione dei rapporti tra la Convenzione (diritto internazionale pattizio) e il diritto nazionale (costituzionale e ordinario) e della rilevanza nel sistema nazionale delle decisioni della Corte europea.

Anche se è contestato da una parte della dottrina che, nel richiamo alla Convenzione contenuto nel trattato di Lisbona, vede una sorta di comunitarizzazione della Convenzione stessa, con la conseguente equiparazione - o, addirittura, sovraordinazione al diritto comunitario ai fini in questione, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, ed anche in quella del Consiglio di Stato, l'orientamento prevalente è nel senso della esclusione sia dell'efficacia diretta delle norme della Convenzione europea che dell'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno.

Tuttavia, l'esigenza di prestare osservanza alla Convenzione ed alla sua interpretazione fornita dalla Corte europea ha indotto la Cassazione a sottoporre la questione alla Corte costituzionale, la quale, con le notissime sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 e con la successiva n. 129 del 2008, ha affermato i seguenti principi:

– impossibilità di configurare una copertura costituzionale delle norme della Convenzione attraverso gli artt. 10 e 11 Cost.: per il primo, perché esso va riferito solo alle norme consuetudinarie e non anche a quelle pattizie; per l'altro, perché non vi è stata alcuna limitazione di sovranità dello Stato per effetto dell'adesione alla Convenzione;

– possibilità di considerare le norme della Convenzione come norme interposte nei giudizi di costituzionalità, sulla base del nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., e quindi prevalenti sulle norme nazionali ordinarie ma non anche su quelle costituzionali, con le quali le norme convenzionali debbono risultare compatibili (nel rapporto di gerarchia delle fonti, le norme della Convenzione sono ascrivibili ad un rango intermedio tra le norme costituzionali e quelle ordinarie);

– in conseguenza, a differenza dal diritto comunitario, con riguardo al diritto convenzionale non può parlarsi di disapplicazione del diritto interno nel caso di contrasto, sia per la già rilevata impossibilità di configurare una limitazione di sovranità che per la mancanza del meccanismo del rinvio pregiudiziale, elementi entrambi riscontrabili per il diritto comunitario ma non per quello convenzionale;

– sussiste, peraltro, l'obbligo del giudice di procedere ad una interpretazione "convenzionalmente" orientata o, comunque, ad una interpretazione "bilanciata" tra conformità a Costituzione e conformità a Convenzione, tentando di armonizzare le rispettive normative. È vero che, ex art. 101 Cost., i giudici sono soggetti soltanto alla legge; tuttavia è consentita un'interpretazione estensiva di tale norma in virtù del richiamo contenuto nell'art. 117 ai vincoli derivanti (dall'ordinamento comunitario e) dal diritto internazionale. Qualora questa operazione non dia esito positivo, ossia nel caso di riscontrata inconciliabilità del diritto interno con il diritto convenzionale come applicato dalla giurisprudenza della Corte, al giudice non resta che sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme interne e la parola spetta quindi alla Corte costituzionale e poi, eventualmente, al legislatore.

3. Ciò detto in via generale, passo a trattare dell'incidenza delle disposizioni della Convenzione e delle pronunce della Corte europea sul processo amministrativo.

Vorrei fare una premessa: fino alla L. cost. n. 2 del 1999, che ha novellato l'art. 111 Cost., il "giusto processo" nel nostro ordinamento trovava il suo parametro di riferimento nell'art. 6, par. 1, della Convenzione. Con qualche problema, almeno iniziale, di applicabilità di tale disposizione, dettata espressamente per i diritti e le obbligazioni di carattere civile (*civil rights and obligations*), al processo amministrativo, dove si tratta prevalentemente di controversie concernenti interessi legittimi i quali - per loro natura - si confrontano con il potere pubblico (*la puissance publique*) e quindi con l'attività autoritativa dell'Amministrazione.

Tuttavia, i dubbi, che pur erano stati prospettati, furono abbastanza agevolmente superati, ritenendosi accomunate, nell'anzidetta espressione, tutte le situazioni giuridiche soggettive - indipendentemente dalla loro qualificazione negli ordinamenti interni - cui è sotteso l'interesse del titolare ad un bene della vita, ad un'utilità in senso economico considerata dall'ordinamento meritevole di tutela (e quindi anche l'interesse legittimo, del quale non può negarsi una valenza anche economica, tanto che la sua lesione è ormai pacificamente risarcibile).

La costituzionalizzazione delle regole del giusto processo, contenute nel novellato art. 111, ha risolto ogni problema. Con due corollari: innanzitutto, il nuovo testo costituisce espressione della complementarità tra norme della Costituzione e norme della Convenzione; inoltre, in molti casi appare non necessario il richiamo alla disposizione della Convenzione in quanto il nuovo art. 111, nei primi due commi, da un lato sancisce principi generali circa l'equo svolgimento di qualsiasi processo, i quali sono conformi all'art. 6 e, dall'altro, ha un contenuto forse più preciso dell'art. 6, laddove dispone che "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge" (primo comma) e che "ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata" (secondo comma). In queste norme c'è tutto sul giusto processo; anzi direi che, proprio per la sua portata generale, c'è di più rispetto all' art. 6, dal cui ambito di applicabilità si ritenevano escluse, dalla giurisprudenza della Corte, le controversie in materia fiscale, quelle elettorali, nonché quelle concernenti l'espulsione di stranieri o la concessione di asilo politico, in quanto riconducibili al nocciolo duro delle prerogative di *puissance publique*.

Tuttavia, l'importanza dell'art. 6 in relazione ai nostri processi sta, più che nel suo contenuto, nella specificazione dei principi da esso dettati e nella loro interpretazione ad opera della giurisprudenza della Corte europea, cui i giudici nazionali sono tenuti a prestare osservanza nei limiti di cui si è detto.

3.1. Passo ora ad esaminare alcuni aspetti del giusto processo amministrativo.

Il primo, di carattere generale, attiene alla garanzia di imparzialità e di indipendenza del giudice.

Con riguardo agli ordinamenti - come quello francese, italiano e di altri Paesi dell'Europa occidentale - si è posto il problema della coesistenza, nel Consiglio di Stato, della funzione consultiva accanto a quella giurisdizionale.

La Corte europea si è occupata in più occasioni di tale questione: con la decisione sul caso *Procola* del 1995, relativamente al Consiglio di Stato del Lussemburgo, ha affermato il difetto di imparzialità in quanto quattro membri su cinque del collegio giudicante avevano partecipato all'attivi-

tà consultiva in ordine al provvedimento oggetto della controversia; con la decisione *Kleyn* del 2003, concernente il Consiglio di Stato olandese, si è limitata a rilevare la non coincidenza delle questioni sottoposte al Consiglio rispettivamente in sede consultiva e giurisdizionale; infine, con la decisione *Sacilor Lormines*, del 2006, ha escluso che il *Conseil d'Etat* francese non sia un giudice indipendente e imparziale, sia quanto allo "statuto" dei magistrati (in particolare per la nomina "esterna" di una parte di essi) che per il cumulo di funzioni giurisdizionali con funzioni amministrative in un unico organo.

Tenuto conto della motivazione delle decisioni, deve escludersi che la Corte ritenga illegittimo, in via generale, il cumulo di funzioni, consultive e giurisdizionali, in capo al medesimo organo e deve ritenersi che essa consideri, piuttosto, configurabile un vizio di carattere strutturale, in relazione alla composizione del collegio giudicante in particolari fattispecie.

Tale conclusione è coerente con la consolidata tradizione del nostro Paese - come di altri Paesi europei - che individua nel Consiglio di Stato la massima espressione della legalità dell'azione amministrativa, attuata non solo mediante l'esercizio della funzione giurisdizionale ma anche attraverso l'apporto dell'attività consultiva, come solennemente affermato nell'art. 100, primo comma, della Costituzione. A questo riguardo va ricordato che il Consiglio di Stato italiano, attraverso la Sezione consultiva per gli atti normativi, assicura la qualità della normazione che, nell'ottica della Convenzione, costituisce una garanzia dell'individuo contro gli abusi dell'Autorità pubblica.

Del resto, l'ampiezza dell'organico del Consiglio di Stato italiano (come di quello francese), rispetto a quelli lussemburghese e olandese, la prassi sempre seguita nella composizione dei collegi giudicanti, nonché i rimedi - di chiusura - dell'astensione e della ricusazione, sono tali da evitare qualsiasi commistione di funzioni e da garantire la piena imparzialità del giudice.

3.2. In materia di imparzialità del giudice va richiamata una recente decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (25 marzo 2009, n. 2) la quale, rifacendosi agli orientamenti espressi in casi analoghi dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione, ha affermato che il principio di imparzialità-terzietà impone che il giudice (persona fisica) del giudizio di rinvio debba essere diverso da quello che ha emanato la precedente sentenza annullata con rinvio (con l'occasione, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che il medesimo principio sia applicabile alla revocazione, ma ha escluso che lo sia all'opposizione di terzo).

3.3. Quanto alla previsione di termini di decadenza per l'impugnazione di provvedimenti amministrativi, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha precisato come sia diritto degli Stati aderenti prevedere norme di procedura la cui inosservanza possa comportare una mancata pronuncia sul merito della pretesa, purché tali norme siano dirette a soddisfare esigenze di corretta orga-

nizzazione processuale (e quindi uno scopo legittimo) e non svuotino il diritto di accesso al giudice previsto dalla Convenzione (accertato secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità). Che è quanto accade nell'ordinamento italiano, dove l'obbligo di notificare il ricorso che introduce il giudizio amministrativo entro termini perentori, sia alla p.a. che ai soggetti controinteressati, risponde tanto ad esigenze di certezza dei rapporti giuridici (aventi ad oggetto l'esercizio della funzione pubblica) quanto alla effettività dell'esercizio del diritto di difesa di questi ultimi (*cf.* Cons. St., Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3948).

Proprio in applicazione di tali principi non sembrano conformi all'art. 6 della Convenzione (ma neanche all'art. 111 Cost. e alla normativa comunitaria) le disposizioni contenute nell'art. 20, comma 8, del D.L. n. 185 del 2008, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. n. 2 del 2009 (il c.d. decreto anticrisi), con le quali sono stati previsti termini estremamente ristretti sia per la proposizione del ricorso che per la difesa delle parti resistenti. Inoltre, si può porre il dubbio di compatibilità con l'art. 6 della Convenzione dell'orientamento giurisprudenziale che impone i c.d. *ricorsi al buio* laddove fa decorrere il termine di 60 giorni dalla conoscenza dell'esito lesivo piuttosto che dalla cognizione della motivazione del provvedimento. Solo la conoscenza della motivazione consente, infatti, la percezione compiuta dei vizi dell'atto e l'articolazione consapevole dei motivi di gravame, evitando l'irragionevole onere di proporre iniziative giudiziarie involontariamente temerarie.

Qualche dubbio va poi espresso con riferimento alla compatibilità con la Convenzione della c.d. pregiudizialità amministrativa.

La tesi che impone la previa impugnazione del provvedimento, a pena di inammissibilità della domanda risarcitoria autonoma, costringe al rispetto del termine di decadenza anche nel caso in cui l'impugnazione e l'annullamento del provvedimento non siano idonei ad evitare o limitare il danno ex art. 1227, secondo comma, cod. civ. (si pensi al caso in cui il provvedimento impugnato abbia già avuto completa esecuzione al momento del ricorso o a quelli in cui la legge esclude una tutela specifica ed ammette solo il risarcimento per equivalente).

In tali evenienze la previsione di una, peraltro non contemplata, forca caudina processuale aggrava irragionevolmente la posizione del ricorrente senza che venga in rilievo l'esigenza di conservazione di un provvedimento, ormai intangibile.

Ci si deve, infine, chiedere se sia compatibile con i principi della Convenzione, oltre che con quelli comunitari e costituzionali, l'impostazione tradizionale che non ammette nel processo amministrativo la tutela di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale.

I principi della Convenzione, segnatamente in tema di pienezza ed immediatezza della tutela giurisdizionale, impongono di allargare l'orizzonte

evitando defatiganti pronunce di mero annullamento e consentendo un giudizio di accertamento della piena fondatezza della pretesa sostanziale, quante volte non vi osti la riserva del potere discrezionale dell'Amministrazione. Si tratta, in sostanza, di abbracciare un modello processuale che consenta al giudice amministrativo di emanare pronunce che, invece di dare torto all'amministrazione, diano ragione al privato definendo *au fond* la *res controversa* (un importante passo in questa direzione è stato compiuto dal Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, che, in tema di DIA, ha ritenuto che il giudice amministrativo possa emanare una sentenza di accertamento che ordini all'Amministrazione di rimuovere gli effetti dell'attività illegittimamente compiuta, in tal modo ammettendo l'esperibilità, anche nel processo amministrativo, di un'azione di accertamento atipica).

3.4. Un aspetto del processo amministrativo che assume particolare rilevanza ai fini in esame è quello dell'istruzione, perché con riguardo ad essa si è manifestata, in passato, una notevole disparità tra le parti e quindi la pretermissione del principio della "parità delle armi".

A differenza dal "processo da citazione", quale è il processo civile, in cui si ha una sostanziale parità tra le parti, per cui ciascuna di esse è in grado di apportare a dimostrazione delle proprie affermazioni di fatto gli elementi della realtà extraprocessuale ritenuti necessari, nel "processo da ricorso", quale è il processo amministrativo, le parti versano in una posizione di non equivalenza, per cui, fatte salve alcune limitate ipotesi, la possibilità per il ricorrente di dare la dimostrazione della sua pretesa risulta fortemente ostacolata poiché essa si fonda spesso su fatti o atti interni all'amministrazione. Il che deriva dalla posizione di materiale, anzi di istituzionale, inferiorità del privato nei confronti dell'amministrazione (Benvenuti).

A questo inconveniente si è tentato di rimediare nel senso che, ferma l'applicabilità al processo amministrativo del principio dispositivo (espressione della sua natura di processo di parti e non di diritto oggettivo), in esso il ricorrente è tenuto ad introdurre i fatti, ma non anche tenuto rigorosamente a fornirne la prova o a indicare il relativo mezzo probatorio.

Il principio dell'onere della prova si configura come onere di introduzione (ossia di indicazione) dei fatti nel processo; esso si attenua e diviene onere del principio di prova, per cui il carattere dispositivo è temperato dal metodo acquisitivo, in virtù del quale il giudice ha il potere di addossare l'incombente istruttorio alla parte che egli ritiene avere la possibilità di darvi corso. Ciò al fine di realizzare tra le parti la situazione di parità *ab origine* mancante, attribuendo ad esse una uguale possibilità di contribuire alla decisione, così sopperendo alle possibili deficienze di quello che è il nucleo centrale del processo, il contraddittorio, che potrebbe essere pregiudicato proprio dalla posizione di disparità delle parti stesse.

Nel processo amministrativo, proprio per lo stato di disuguaglianza delle parti al di fuori di esso, è il giudice che, per eliminare la condizione di svantaggio del ricorrente, ha il potere di invertire o modificare l'onere della prova al fine di consentirne ad entrambe le parti l'adempimento.

Deve peraltro rilevarsi come la situazione di inferiorità del privato nei confronti della p.a. al di fuori del processo, che ripercuoteva i suoi effetti all'interno dello stesso nei sensi anzidetti, si vada attenuando, nella prospettiva del diritto amministrativo paritario o del diritto misto, che si è andata poi realizzando attraverso il sincronico operare di una serie di strumenti giuridici, tanto in seno al procedimento amministrativo, quali l'obbligo di adozione del provvedimento espresso in un termine prestabilito, quello di comunicazione dell'avvio del procedimento, quello di valutazione delle memorie e dei documenti presentati dall'interessato, quanto al di fuori di esso, con l'estensione dei moduli convenzionali nell'esercizio dell'attività amministrativa.

A questo riguardo va posto in luce come anche la consacrazione di alcuni principi come quello della trasparenza attraverso l'accesso ai documenti amministrativi, determinando l'inversione della regola della segretezza in favore della pubblicità degli atti della p.a., abbia contribuito all'opera di bilanciamento della condizione dei privati nei confronti dei soggetti pubblici, con ovvi riflessi all'interno del processo dinanzi al giudice amministrativo anche per quanto attiene al profilo probatorio. Quasi vent'anni di applicazione delle norme che hanno generalizzato la facoltà del privato di ottenere l'ostensione degli atti amministrativi che lo riguardano ed una giurisprudenza tendenzialmente favorevole ad una interpretazione estensiva delle stesse hanno apprestato dei rimedi abbastanza efficaci per consentire al privato di conoscere e di acquisire gli atti e i documenti necessari per la ricostruzione delle scelte della p.a. (e per la relativa prova).

Da quanto detto può inferirsi che il progressivo abbandono del modello di diritto amministrativo autoritario e la tendenza verso un modello paritario, con la valorizzazione di tutti gli aspetti convenzionali e partecipativi, che vedono l'amministrazione "incontrarsi" con i privati, comportando l'attenuazione (o addirittura il venir meno) della situazione di disuguaglianza delle parti sul piano sostanziale, influiscono sul processo e conducono, per quanto concerne l'istruzione, alla progressiva riespansione del principio dispositivo puro, con la conseguente incidenza sull'area di operatività del metodo acquisitivo, che vede ridotta la sua ragione d'essere in presenza di una posizione delle parti che si avvia a divenire paritaria.

Era tuttavia innegabile la scarsità dei mezzi di prova previsti nel processo amministrativo. La limitazione dell'accesso autonomo al fatto da parte del giudice amministrativo discendeva essenzialmente dalla tradizionale

configurazione del processo amministrativo quale giudizio sull'atto e non sul rapporto sostanziale sottostante, oltre che dalla ritenuta insindacabilità della discrezionalità tecnica.

Tale impianto normativo era rimasto sostanzialmente immutato, nonostante le riserve della dottrina più avvertita, l'interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza amministrativa più sensibile ai valori della effettività della tutela giurisdizionale e qualche intervento correttivo, peraltro, alquanto timido, della Corte costituzionale (la sentenza 23 aprile 1987, n. 146 parificò, quanto ai mezzi istruttori ammissibili nelle controversie in materia di lavoro, il processo amministrativo a quello civile; la sentenza 18 maggio 1989, n. 251 ritenne, peraltro, che il metodo acquisitivo valesse ad assicurare la parità processuale fra le parti, sicché la mancata estensione dei mezzi probatori previsti dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti soggettivi al processo amministrativo non assurgeva a vizio di legittimità costituzionale, rientrando nella discrezionalità del legislatore provvedere o meno a tale estensione; la sentenza 19 marzo 1996, n. 82 ha escluso l'esistenza di un principio costituzionalmente rilevante di necessaria uniformità di regime processuale tra i diversi tipi di processo, in particolare tra quello civile e quello amministrativo, finendo in tal modo per avallare la limitazione dei mezzi di prova in quest'ultimo).

La L. n. 205 del 2000 ha innovato la materia per quanto attiene sia alla previsione di nuovi mezzi istruttori che alle modalità della loro ammissione.

Il nuovo art. 44 del T.U. n. 1054 del 1924, come sostituito dall'art. 16 della L. n. 205, ammette la consulenza tecnica d'ufficio anche in sede di giurisdizione di legittimità, mentre l'art. 35, comma 3, del D.lgs. n. 80 del 1998, sostituito dall'art. 7 della L. n. 205, stabilisce che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi soltanto l'interrogatorio formale ed il giuramento.

Non può quindi negarsi che notevoli progressi sono stati compiuti. Al riguardo merita un cenno il problema della sindacabilità della discrezionalità tecnica, che si intreccia con la possibilità per il giudice di avvalersi della consulenza tecnica.

Sul punto, è da ritenere sussistente il potere del giudice amministrativo di conoscere i fatti in modo pieno (c.d. accesso diretto al fatto), potendo egli verificare, eventualmente col conforto della consulenza tecnica, la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, ma senza spingersi oltre, fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché in tal caso invaderebbe la sfera di potere propria della p.a. (questi principi sono stati più volte affermati dalla giurisprudenza, partico-

larmente con riguardo al sindacato sui provvedimenti delle Autorità indipendenti: *cf.* Cons. St., Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201; Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926; Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694; C. G.A. 21 novembre 2006, n.731). L'orientamento giurisprudenziale indicato mira a garantire, con l'effettività della tutela giurisdizionale, l'esclusione di ambiti franchi da tale tutela, al fine di assicurare un giudizio coerente con i principi di cui agli artt. 24, 111 e 113 Cost. nonché all'art. 6 della Convenzione. A tal fine è infatti necessario che la pretesa fatta valere in giudizio trovi, se fondata, la sua concreta soddisfazione, che il giudice abbia una giurisdizione piena (abbia, cioè, il potere di valutare sia le questioni di fatto che di diritto), che il controllo giurisdizionale su un atto amministrativo non sia limitato ad aspetti formali ma si estenda alla compatibilità di esso con l'oggetto e lo scopo della norma attributiva del potere.

3.5. La Corte europea, ha, in più occasioni, ritenuto che la nozione di giusto processo si oppone, salvo "imperiosi motivi di interesse generale", all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia.

Vorrei prendere spunto da questa affermazione per fare un accenno alle leggi-provvedimento, le quali trovano, nella giurisprudenza costituzionale e in quella amministrativa, un avallo, a mio avviso ingiustificato. Condivido infatti l'opinione di un autorevole Autore, secondo cui gli interventi in via legislativa su singoli rapporti giuridici (ad esempio, come è avvenuto di recente, revocando bandi di gara o risolvendo contratti in corso) comportano "l'usurpazione della legalità da parte del legislatore" (Merusi).

La Corte costituzionale esclude la sussistenza di una riserva di amministrazione quale limite all'attività legislativa, per cui il diritto di difesa del cittadino viene a connotarsi secondo il regime tipico dell'atto legislativo adottato, mentre il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel caso di leggi-provvedimento, non sia configurabile la violazione dell'art. 6 della Convenzione (Sez. IV, 24 marzo 2004, n. 1559; 10 agosto 2004, n. 5499).

A mio avviso, il trasferimento dalla sede giurisdizionale amministrativa a quella costituzionale non costituisce un rimedio adeguato a soddisfare le esigenze di tutela giurisdizionale imposte dalla Convenzione, tenuto anche conto dello scrutinio "stretto", meramente esterno, sulla manifesta illogicità dell'intervento legislativo, compiuto dalla Corte costituzionale per le leggi-provvedimento, che conduce la Corte stessa, nella quasi totalità dei casi, a ritenere ammissibile la sostituzione della legge al provvedimento amministrativo (in un caso a me accaduto quando presiedevo il TAR del Lazio, concernente la revoca per legge delle concessioni per l'alta velocità ferroviaria e la rilevante riduzione della misura del previsto indennizzo, fu deciso di proporre la pregiudiziale comunitaria anziché sollevare la questione di legittimità costituzionale).

3.6. Altre pronunce del Consiglio di Stato, che qui possono essere solo menzionate, concernono:

– il rispetto del contraddittorio, in ordine al quale Sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699 ha affermato che, in materia di deposito delle memorie nel giudizio d'appello, l'orientamento consolidato - secondo cui non si può tener conto delle memorie o della documentazione depositate dalla parte dopo la scadenza del termine di dieci giorni, previsto per tali adempimenti dall'art. 23 L. n. 1034 del 1971, applicabile anche al giudizio d'appello - costituisce espressione del generale principio di rispetto del contraddittorio, a sua volta riconducibile al principio dell'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione (v. anche Sez. V, 14 aprile 1997, n. 357);

– l'irretrattabilità del giudicato, principio cardine del nostro ordinamento, che discende dal principio generalissimo della certezza dei rapporti giuridici, per cui una norma di legge successiva non può influire sul giudicato anche quando abbia natura interpretativa (Sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 303, che peraltro afferma che il principio trova copertura costituzionale nell'art. 111, ma, esclusa la diretta operatività della Convenzione nell'ordinamento interno, non si pronuncia in ordine ai rapporti tra il principio stesso e la Convenzione, in mancanza di un intervento della Corte europea);

– in materia di esecuzione del giudicato, l'ordinanza della Sez. V, 4 maggio 2006, n. 2474 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della disposizione che preclude l'esecuzione in sede giurisdizionale di decreti ingiuntivi divenuti esecutivi, con riferimento, fra l'altro, all'art. 6, par. 1 e 13, e all'art. 1 del prot. n. 1 della Convenzione. La Corte costituzionale, con sentenza 7 novembre 2007, n. 364, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 *quater* del D.L. 31 gennaio 2005, n. 7, inserito dalla legge di conversione 31 marzo 2005, n. 43, in quanto viola le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria cui spetta la tutela dei diritti (artt. 102 e 113 Cost.), nonché il ragionevole - e quindi legittimo - affidamento delle parti (artt. 3 e 24 Cost.);

– con riguardo al contenzioso elettorale, l'ordinanza del C.G.A. 29 maggio 2008, n. 489 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, anche in riferimento all'art. 6 della Convenzione, delle disposizioni che non prevedono l'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo delle decisioni dell'Ufficio elettorale centrale in materia di esclusione di candidati o di liste dal procedimento elettorale (la Corte costituzionale, con ordinanza 27 marzo 2009, n. 90, ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione in materia analoga, sollevata dal TAR Sicilia - Sez. Catania, in quanto formulata in modo perplesso e contraddittorio, senza alcuna dimostrazione della rilevanza).

Possono poi menzionarsi alcune decisioni del Consiglio di Stato le quali, al contrario, hanno escluso il contrasto tra disposizioni interne e l'art. 6 della Convenzione:

- in materia di difesa tecnica, è stato affermato che neppure in forza dell'art. 6 della Convenzione può ritenersi ammissibile un ricorso al Consiglio di Stato che non sia stato sottoscritto da un avvocato ammesso al patrocinio davanti alla Corte di Cassazione (Sez. IV, ord., 30 agosto 1994, n. 1009);
- in tema di istanza di fissazione di udienza e di dichiarazione di perenzione del giudizio, è stata considerata conforme alla Convenzione la prescrizione di rinnovo dell'istanza di fissazione di udienza per i ricorsi ultradecennali, ex art. 9, comma 2, della legge 21 luglio 2000, n. 205 (Sez. IV, 21 gennaio 2003, n. 213);
- con riguardo alle sentenze in forma semplificata previste dall'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n.205, *cf.* Sez. TV, 12 giugno 2003, n. 3312.

3.7. Non può mancare, in questa esposizione, un cenno alla ragionevole durata del processo prevista sia dalla Convenzione che dall'art. 111 Cost.

È innegabile che la nostra situazione giudiziaria (di tutte le giurisdizioni, forse di quella amministrativa un po' meno) sia, sotto questo aspetto, a dir poco drammatica.

Tuttavia, il giudice amministrativo (Consiglio di Stato e TAR) non è direttamente coinvolto nel controllo sull'applicazione del principio della ragionevole durata, anche alla stregua dei criteri stabiliti dalla Corte europea, ma è, piuttosto, un soggetto passivo rispetto alle Corti d'appello e alla Corte di Cassazione, alle quali compete la definizione dell'equa riparazione (v., da ultimo, Cass. 3 gennaio 2008, n. 14; 9 marzo 2009, n. 5665).

Vorrei soltanto ricordare le modifiche che stanno per essere apportate alla L. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), contenute nell'art. 23 dell'A.S. n. 1440, recante numerose norme in materia giudiziaria, attualmente all'esame della Commissione Giustizia⁽¹⁾. Mi sembra degno di nota il richiamo, contenuto nella disposizione, alla diligenza della parte, alla quale è richiesta, per ottenere il riconoscimento dell'indennizzo, "una espressa richiesta al giudice procedente di sollecita definizione del processo", che per il processo amministrativo consiste nel deposito di nuova istanza di fissazione dell'udienza, con espressa dichiarazione che essa è formulata ai sensi e per gli effetti della legge in questione.

In conclusione, pur escludendo - come si è rilevato - la diretta applicabilità delle norme della Convenzione e la disapplicazione delle norme interne in contrasto con esse, è sicuramente riscontrabile, nella giurisprudenza amministrativa, la tendenza a cercare, sul piano interpretativo, una convergenza tra diritto interno e disposizioni della Convenzione, per il perseguimento degli obiettivi di immediatezza, pienezza e satisfattività della tutela giurisdizionale ai quali - come si è in precedenza osservato - mirano entrambi gli ordinamenti.

(1) Un'anticipazione dell'A.S. n. 1440 è contenuta nella proposta di legge A.C. n. 3137, recante misure per la tutela del cittadino contro la durata indeterminata dei processi, in attuazione dell'articolo 111 della Costituzione e dell'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (già approvata dal Senato - A.S. 1880).

4. Dopo aver trattato del processo amministrativo e prima di passare agli aspetti sostanziali, vorrei accennare ad una questione che mi è venuta in mente quando, giorni fa, a Palazzo Spada, abbiamo presentato un volume del prof. Marengi, intitolato *Procedimenti e processualprocedimento*.

La questione è questa: è possibile riferire l'art. 6 della Convenzione, dettato per il processo civile e penale, ma applicabile - come si è detto - al processo amministrativo, anche al procedimento amministrativo?

Io propenderei, con la dovuta cautela, per la soluzione positiva, tenuto conto che tra procedimento e processo esistono strette interrelazioni, reciproche influenze, una osmosi continua che ha origini risalenti nel tempo.

È proprio l'analisi in chiave ricostruttiva a testimoniare che il passaggio dall'uno all'altro non è stato unidirezionale e che esso ha visto artefice talvolta la giurisprudenza talaltra il legislatore.

A titolo esemplificativo si può far riferimento all'obbligo di motivazione che riguarda tanto l'atto amministrativo quanto le pronunce del giudice; all'aspetto temporale con il dovere della p.a. di concludere i procedimenti amministrativi entro termini prestabiliti (art. 2, comma 2, L. n. 241 del 1990) e il dovere del giudice imposto dalla ragionevole durata del processo o da singole disposizioni di legge come l'art. 23 *bis*, comma 6, L. n. 1034 del 1971 per il termine di pubblicazione del dispositivo della sentenza; al rispetto del principio del contraddittorio che si concreta in numerosi adempimenti nel processo non diversamente da quel che avviene nel procedimento, con l'obbligo di comunicare l'avvio di esso (art. 7 della L. n. 241) e con quello di valutare le memorie scritte presentate dai privati (art. 10, comma 1, lett. b), della L. n. 241), per non parlare delle varie forme di intervento previste in singoli procedimenti soprattutto in materia urbanistica o ambientale; alla estensione della legittimazione sia processuale, ad opera soprattutto della giurisprudenza, che procedimentale, come attestato, in via generale, dall'art. 9 della L. n. 241 e, in particolare ambiti, da molte norme speciali. In una prospettiva più ampia, mi sembra significativo rimarcare che, a fronte del rafforzamento del valore dell'individuo in seno alla società grazie ad un insieme di ragioni storiche e di norme di cui proprio la Convenzione rappresenta uno degli elementi più importanti, si constata l'eclissi dell'autoritarità sostituita dalla cultura del servizio a vantaggio dei cittadini e delle imprese, sia nel procedimento che nel processo, pur con ovvie differenze. Manifestazione tra le più salienti dell'osmosi tra procedimento e processo va certamente individuata nell'art. 21 *octies* della L. n. 241 del 1990, introdotto dalla L. n. 15 del 2005, in virtù del quale il giudice amministrativo non è più tenuto ad arrestarsi alla valutazione della illegittimità formale o procedimentale dell'atto impugnato, su cui non può quindi abbattersi la scure dell'annullamento allorché egli si avveda della sua legittimità sostanziale all'esito del doveroso esame prognostico circa la sorte che il

procedimento avrebbe avuto qualora l'errore formale o procedimentale, pure acclarato, non fosse stato commesso. Si è avuto quindi il passaggio dal giudizio su un provvedimento reale alla prognosi su un procedimento virtuale, con un clamoroso cambio di prospettiva: l'atto amministrativo non è più l'oggetto esclusivo del giudizio amministrativo, che deve invece estendersi, rispettando sempre lo spazio riservato alla discrezionalità amministrativa, al rapporto, con la verifica di ciò che nella vicenda amministrativa sarebbe comunque successo se le dedotte illegittimità non vi fossero state.

Ho rilevato in precedenza, con riguardo all'istruzione, che la posizione di parità che il privato è andato via via acquisendo nei confronti dell'Amministrazione, sul piano sostanziale, ha prodotto effetti su quello processuale, determinando la parità delle parti nel processo; per converso, questa parità processuale si riflette sul piano sostanziale, in tal modo consentendo l'applicazione dei principi dettati dall'art. 6 della Convenzione, alla stregua dell'interpretazione della Corte europea, anche al procedimento amministrativo. In tal modo si ha la trasposizione di principi dettati per il processo al procedimento amministrativo, facendosi derivare da una norma di diritto processuale una norma di diritto amministrativo sostanziale applicabile ai rapporti tra cittadino e amministrazione (Cassese).

A tale riguardo può essere interessante ricordare che - come è emerso in un Convegno tenutosi tempo fa presso l'Università di Milano a seguito di una ricerca comparata sul procedimento amministrativo nei Paesi dell'Europa occidentale - la L. n. 241 del 1990 è risultata la più garantista per il privato, proprio in virtù dei principi e degli istituti (particolarmente quello della partecipazione) che ho in precedenza menzionato.

4.1. Le garanzie del giusto processo sancite dall'art. 6 della Convenzione e, in particolare, i principi di imparzialità e di indipendenza del giudice e di garanzia del contraddittorio, sono applicabili ai procedimenti contenziosi o semi-contenziosi dinanzi alle Autorità amministrative indipendenti, come è stato affermato dalla Corte europea (27 agosto 2002, *Didier*) e come si riscontra anche nella giurisprudenza del giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato (Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199) ha ritenuto che la partecipazione di funzionari istruttori all'adunanza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato non ne vizia la deliberazione sempre che essa si sia risolta nella mera sottoposizione degli elementi istruttori ai componenti dell'organo deliberante.

Il TAR del Lazio, con riferimento alla CONSOB, ha affermato che la partecipazione alla discussione di funzionari, che esprimono delle valutazioni e non si limitano al ruolo di meri referenti istruttori, è idonea a determinare la illegittimità della deliberazione della Commissione (Sez. I, 10 aprile 2002, n. 3070).

4.2. La garanzia di un giusto procedimento amministrativo può ritenersi affermata dalla recente sentenza della Corte costituzionale (27 marzo 2009, n. 87), che - anche se con riferimento all'art. 108 Cost. e ritenendo assorbite le censure mosse in relazione all'art. 24 - ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che escludono che il magistrato amministrativo o contabile, sottoposto a procedimento disciplinare, possa farsi assistere da un avvocato (un analogo principio era stato affermato per i magistrati ordinari - per i quali, peraltro, il procedimento disciplinare ha carattere giurisdizionale - da Corte cost. n. 497 del 2000).

5. Passando a trattare, da ultimo, degli aspetti di diritto amministrativo sostanziale, va ricordato che in una realtà caratterizzata da una sempre maggiore molteplicità di fonti normative, le disposizioni della Convenzione e l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo rivestono un ruolo decisivo per il rafforzamento dei diritti fondamentali dell'uomo.

L'incidenza delle norme della Convenzione nel nostro ordinamento aumenta anche grazie al crescente richiamo dei loro contenuti da parte della giurisprudenza che, insieme all'interpretazione evolutiva della Carta costituzionale e del Trattato della Comunità, vivifica l'essenza di tali diritti.

5.1. Quanto alla proprietà privata, da considerare come uno dei principali diritti fondamentali, vorrei accennare a due aspetti che sono particolarmente rilevanti: l'occupazione acquisitiva e l'indennità di espropriazione.

Sono ben noti i concetti di occupazione appropriativa o accessione invertita e di occupazione usurpativa.

Un fenomeno di "inciviltà tipicamente italiana", avrebbe detto M.S. Giannini, fortemente stigmatizzato dalla Corte europea, la quale ha ritenuto il quadro normativo italiano non aderente alla Convenzione europea in quanto un comportamento illegittimo o illecito non può fondare l'acquisto di un diritto. Ne consegue che l'accessione invertita contrasta con il principio di legalità, inteso come preminenza del diritto; fermo restando che spetta all'ordinamento interno l'individuazione dei mezzi di tutela in relazione a fattispecie nelle quali l'acquisizione del bene sia divenuta *sine titulo*.

Tali argomentazioni hanno trovato attuazione all'interno del nostro ordinamento con la regolamentazione introdotta dal testo unico delle disposizioni in materia di espropriazione per pubblica utilità (D.P.R. n. 327/2001, redatto - mi piace ricordare - da una Commissione speciale del Consiglio di Stato), il cui art. 43 disciplina in modo innovativo la fattispecie dell'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, consentendo il passaggio dall'accessione invertita all'acquisizione sanante. Illuminante al riguardo è il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato (29 marzo 2001, n. 4) sullo schema di testo unico, che pose in luce la essenzialità della riforma, perché l'ordinamento doveva adeguarsi ai prin-

cipi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà (mentre prima non lo era, perché in contrasto con l'art. 1 del prot. 1 della Convenzione, come più volte affermato dalla Corte europea). Il primo comma dell'art. 43 prevede che, valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni (c.d. acquisizione sanante). Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, il decreto di esproprio o l'atto dichiarativo della pubblica utilità dell'opera sia stato annullato in sede giurisdizionale.

Tale norma, pertanto, ha introdotto il principio secondo cui l'autorità amministrativa può acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo idoneo, purché ciò avvenga sulla base di un formale provvedimento amministrativo fondato sulla "valutazione degli interessi in conflitto" e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno.

Il provvedimento di acquisizione, che assorbe la dichiarazione di pubblica utilità ed il decreto di esproprio, costituisce espressione di potere discrezionale e deve indicare in che modo sono stati acquisiti, ponderati e valutati gli interessi in conflitto, nel senso che l'amministrazione procedente non deve considerare soltanto la astratta idoneità dell'opera a soddisfare esigenze di carattere generale ma, in ragione della natura eccezionale della procedura, deve compiere una esaustiva ponderazione degli interessi in conflitto dando conto con una congrua motivazione della sussistenza attuale di un interesse pubblico specifico e concreto.

Pertanto, in caso di illegittimità o di assenza della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un provvedimento *ex art. 43*, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva che impedisce la restituzione dell'area, sicché solo il detto atto di acquisizione può produrre l'ablazione del diritto di proprietà.

Come ha affermato l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (29 aprile 2005, n.2), l'orientamento sostenuto dalla Corte dei diritti dell'uomo ha trovato attuazione nella disciplina contenuta nel D.P.R. n. 327 del 2001, dovendo convenirsi che l'istituto dell'acquisizione sanante rispetta i parametri imposti dalla Corte europea e dai principi costituzionali perché l'acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge con efficacia *ex nunc*; il provvedimento è sindacabile e l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele di cui va verificato il rispetto in sede giuri-

sdizionale; il risarcimento del danno è in ogni caso assicurato; la restituzione dell'area, in assenza di provvedimento, non può essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che rinunci alla stessa. Scompaiono così dal nostro ordinamento l'occupazione usurpativa e quella appropriativa, ponendo fine anche ad una più che ventennale storia di contrasti giurisprudenziali sulla loro applicazione (*cfr.* al riguardo, con espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte europea, Cons. St., Sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 290; 21 maggio 2007, n. 2582).

La soluzione del problema adottata con l'art. 43, soprattutto a seguito delle precisazioni poste dalla decisione dell'Adunanza Plenaria, ha trovato condivisione da parte del Consiglio d'Europa (riunione del Comitato dei Ministri del 14 febbraio 2007), che si è "rallegrato" per la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha sopperito ad alcune incertezze dell'art. 43, ha auspicato che tale giurisprudenza sia seguita dalle altre giurisdizioni italiane ed ha incoraggiato le autorità italiane ad adottare le altre misure necessarie per eliminare la prassi dell'espropriazione indiretta e per garantire la conformità al principio di legalità di tutte le occupazioni di aree da parte dell'amministrazione.

Un problema lasciato aperto dall'art. 43 era quello dell'entità del risarcimento dovuto per effetto del provvedimento di acquisizione. Correttamente l'art. 43 parla di risarcimento, indicando - al comma 6 - i criteri per la sua determinazione, che consistono nell'indennità di espropriazione, maggiorata degli interessi moratori dal giorno dell'occupazione senza titolo.

Ora, mentre il criterio generale per la determinazione dell'indennità di esproprio consiste nel valore del bene (art. 32), per le aree edificabili l'art. 37 (cui l'art. 43, comma 6, fa rinvio) indicava i criteri restrittivi introdotti dal D.L. n. 333 del 1992.

Ciò era stato stigmatizzato dalla Corte europea in numerose occasioni, per cui la Corte costituzionale (che pure, in precedenza, aveva ritenuto costituzionalmente legittimi i criteri di cui al D.L. n. 333 del 1992), stavolta, facendo leva sul nuovo art. 117, primo comma, Cost. e utilizzando gli obblighi internazionali come norme interposte nel giudizio di costituzionalità delle leggi così integrando il parametro costituzionale, ha dichiarato la illegittimità costituzionale delle disposizioni del 1992 (con le già richiamate sentenze n. 348 e n. 349 del 2007).

Ciò ha indotto il legislatore ad intervenire immediatamente, con l'art. 2, commi 89 e 90, della legge finanziaria per il 2008 (n. 244 del 2007), introducendo nuove norme per la determinazione dell'indennità di esproprio per i beni in questione, da commisurare al loro valore venale, ridotto del 25% allorché l'espropriazione è diretta ad attuare interventi di riforma economico-sociale (e non mere espropriazioni "isolate").

In tal modo il sistema è stato riportato a razionalità, equità, diritto.

5.2. Nelle materie devolute alla cognizione del giudice amministrativo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa alla tutela del diritto di proprietà ha avuto ulteriori ripercussioni di grande rilievo.

È il caso dell'indennizzabilità dei vincoli preordinati alla espropriazione, tema riguardo al quale - com'è noto - sono intervenuti prima la Corte costituzionale con la fondamentale pronuncia n. 179 del 1999 e poi il legislatore con l'art.39 del testo unico sulle espropriazioni, a conferma della confluenza di "formanti" di diversa natura a vantaggio di una tutela sempre più ampia ed effettiva delle posizioni soggettive dei cittadini.

Il tema concerne l'esercizio dei poteri pubblici in materia di governo del territorio, rispetto al quale si riconosce all'Amministrazione un ampio margine di discrezionalità in quanto l'ingerenza nel diritto di proprietà dei privati risponde alle esigenze di interesse generale, ma questo diritto non può subire un eccessivo sacrificio.

Nell'arresto *Scordino contro il Governo Italiano* del 15 luglio 2004, l'assoggettamento alle previsioni vincolistiche, più volte decadute e reiterate, e l'assenza di qualsiasi indennizzo, creando nei proprietari una situazione di incertezza totale in ordine alla sorte dei loro beni, hanno indotto la Corte di Strasburgo a dichiarare che essi hanno sopportato un onere speciale ed esorbitante che ha rotto il giusto equilibrio che deve sussistere tra le esigenze dell'interesse generale, da un lato, e la salvaguardia del diritto al rispetto dei beni, dall'altro.

Sulla scia anche dell'orientamento di cui questa pronuncia costituisce espressione, la nostra giurisprudenza ha precisato che l'apposizione di un vincolo di inedificabilità per un lasso di tempo irragionevolmente lungo viola il diritto fondamentale alla proprietà, sempre che non sussista un rilevante motivo di interesse pubblico che lo giustifichi (C.G.A. 19 dicembre 2008, n.1113, est. Zucchelli).

Il richiamo alle decisioni del giudice sovranazionale consente di porre l'attenzione su dinamiche giuridiche - quali il contemperamento tra l'interesse pubblico e le posizioni soggettive dei singoli, nonché la discrezionalità dell'autorità amministrativa in materia di governo del territorio - che appartengono al patrimonio di cognizione del giudice amministrativo per inveterata tradizione e cultura.

5.3. Sarebbe tuttavia un errore limitare l'interesse del giudice amministrativo verso la Convenzione al solo diritto di proprietà, perché anche altre posizioni giuridiche soggettive che rientrano nel suo ambito di cognizione possono essere correlate a diritti fondamentali consacrati nella Convenzione stessa.

Ciò avviene, ad esempio, quando l'atto amministrativo sia considerato nel giudizio come attuazione illegittima di un potere amministrativo.

A tale riguardo va rimarcato che la Corte costituzionale si è pronunciata a favore della legittimità costituzionale di una norma che, istituendo nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine a controversie concernenti la violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della p.a., in quanto non osta alla legittimità costituzionale del sistema di riparto giurisdizionale la natura «fondamentale» dei diritti soggettivi coinvolti nelle relative controversie, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140).

In dottrina (Varrone) si è sostenuto, con riferimento al diritto di proprietà e alla libertà di iniziativa privata, che l'ampliamento o la compressione di facoltà che interferiscono con l'interesse generale, richiedendo l'adozione di atti autoritativi da parte della p.a., implicano in capo al privato posizioni di interesse legittimo e comportano conseguentemente la cognizione delle relative controversie da parte del giudice amministrativo.

In effetti, i diritti e le libertà previsti dalla Convenzione spesso si intersecano con l'esercizio dei pubblici poteri: ciò è inizialmente valso in rapporto a diritti fondamentali che hanno una forte componente economica (proprietà, iniziativa economica), ma l'esperienza ha dimostrato che il potere di conformare le situazioni giuridiche ricollegabili ad essi può riguardare, entro certi limiti, anche altri diritti fondamentali, nel campo delle libertà di riunione, di associazione, di pensiero e di espressione, e finanche il diritto alla salute - l'unico definito espressamente fondamentale dalla nostra Costituzione (art. 32) - rispetto a vertenze che attengono, ad esempio, al rimborso di medicinali (Cons. Stato, Sez. IV, 15 giugno 2004, n. 4004) oppure alla autorizzazione ad effettuare cure mediche all'estero (Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2004, n. 5132).

Ringrazio molto la Presidenza del Consiglio per aver invitato un giudice della Corte europea a partecipare a questa giornata di studio, particolarmente utile per me per capire quale è l'impatto concreto della nostra giurisprudenza, rispetto ai Paesi che vengono convenuti in giudizio davanti alla Corte; quale è l'atteggiamento che le giurisdizioni interne assumono, i problemi che devono affrontare.

Spero che quello che dirò potrà essere a sua volta utile nel dialogo che oggi svolgiamo.

Vorrei dire, innanzitutto, ciò di cui non mi occuperò. Non della questione di sistema su cui sono intervenute le due sentenze n. 348 e n. 349 della Corte costituzionale. Personalmente ho trovato molto saggia e prudente la soluzione che ha adottato la Corte costituzionale, quanto al rapporto tra giudice ordinario e Convenzione, così come interpretata dalla Corte europea, nel sistema interno. Adesso, sono le giurisdizioni, la giurisdizione ordinaria e amministrativa, a dover capire, vivere ed utilizzare l'indicazione che la Corte costituzionale ha dato nel senso del maggiore spazio possibile all'interpretazione adeguatrice delle norme interne per rendere l'ordinamento nazionale conforme alle esigenze della Convenzione europea. Ciò consentirebbe alla Corte costituzionale di non essere vittima della sua stessa giurisprudenza con un numero che potrebbe forse essere eccessivo di questioni di costituzionalità.

Non mi occuperò anche dei problemi concernenti l'esecuzione di singole sentenze pronunciate dalla Corte europea, che viene controllata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

Non mi occuperò nemmeno della legge "Pinto", di cui ogni tanto è stata qui fatta menzione, se non per dire che, dal punto di vista della Convenzione europea, i problemi si risolveranno solo quando il sistema giudiziario italiano sarà messo in linea con le esigenze della Convenzione stessa. Fino ad allora, ho l'impressione che, in sede interna e in sede europea, dovremo, con fatica, convivere con uno strumento di riparazione difficilissimo.

Ciò detto, vorrei ricordare il caposaldo del sistema della Convenzione che consiste nel carattere di sussidiarietà dell'intervento della Corte europea; il che significa che l'obbligo di applicazione della Convenzione è obbligo delle autorità interne in generale, del Parlamento, per primo, nella formulazione delle leggi, e dei giudici, in particolare. La Corte europea interviene dopo che, in sede interna, si è cercato di tener conto dell'obbligo internazionale che l'Italia ha assunto con la ratifica nel 1955 della Convenzione. La Corte interviene, quindi, solo quando i rimedi interni sono stati esauriti e, di conseguenza, ha sempre di fronte a sé un giudicato. Ciò comporta che tutte le volte in cui la Corte ravvisa, nel caso sottoposto al suo giudizio, una violazione della Convenzione, "giudica il giudicato", ossia pone "il problema" del giudicato.

In sede di esecuzione, il Comitato dei Ministri vigila a che, giudicato o non giudicato, il principio affermato dalla Corte europea venga in concreto applicato. Gli strumenti per farlo sono diversi da Paese a Paese, da sistema giudiziario a sistema normativo conseguente al sistema giuridico dei singoli Paesi. Sono 47 i Paesi ai quali la giurisprudenza della Corte europea si riferisce: alcuni hanno risolto con leggi, altri con strumenti giurisprudenziali stabilizzati e non occasionali, altri hanno ancora aperto il problema. Su tutto ciò vigila il Comitato dei Ministri e, fino a quando non entrerà in vigore il Protocollo 14 di integrazione e modifica della Convenzione⁽¹⁾, la Corte europea non ha direttamente voce in capitolo. Dopo il Protocollo 14, se entrerà in vigore, il Comitato dei Ministri potrà chiedere l'opinione della Corte sulla esecuzione che lo Stato avrà dato (nel caso in cui un'esecuzione adeguata non ci sia stata potrebbe intervenire una nuova condanna).

Quindi è il Comitato dei Ministri a vigilare sull'applicazione dei principi enunciati dalla Corte, anche se non si può escludere, in un certo modo, un ruolo della Corte in materia. L'obbligo di esecuzione della sentenza, per come vive nel sistema, implica non solo, per esempio, il pagamento dell'indennizzo che la Corte ha indicato e la rimozione, nei confronti del ricorrente, delle conseguenze pregiudizievoli, ma anche l'adozione di misure cosiddette di carattere generale, che sono tese ad evitare che ulteriori violazioni dello stesso tipo si verificino (modifica di una legge, che sia all'origine delle violazioni, o di una prassi, o di una giurisprudenza). Quindi, può darsi che ulteriori ricorsi sullo stesso tema conducano la Corte a constatare che, nonostante precedenti sentenze, il problema è ancora aperto e che l'esecuzione delle precedenti pronunce non ha avuto pieno esito.

Ciò detto, credo che la ragione della mia presenza in questo convegno sia quella di illustrare in che modo nasce e quale è la natura della giurispruden-

(1) A seguito della ratifica del Protocollo da parte della Russia avvenuta il 15 gennaio 2010, il Protocollo n. 14 entra in vigore il 1° giugno 2010.

za della Corte europea, perché la Corte costituzionale, nelle citate pronunce, ha usato una formula molto impegnativa, ha detto “*la Convenzione così come interpretata dalla Corte*”. Fuori dal sistema interno italiano, in sede dottrinarica, ma ormai anche nella giurisprudenza della Corte, si è parlato, accanto alla “*cosa giudicata*”, riferita alla singola causa decisa dalla Corte, anche della “*cosa interpretata*”, quando una giurisprudenza si delinea ormai stabilmente come l’interpretazione consolidata che la Corte ha sviluppato di un certo diritto o di una certa libertà fondamentale. Ed è una “*cosa interpretata*”, che si fonda normativamente sull’articolo 32 della Convenzione, che assegna alla Corte la competenza a interpretare e applicare la Convenzione.

Ora, la Corte, salvo i rarissimi casi di ricorso interstatale, giudica sulla base di ricorsi individuali. Il ricorso individuale sottopone alla Corte una vicenda che il ricorrente ritiene mal conclusa in sede nazionale, cioè conclusa nonostante un suo diritto che non sarebbe stato riparato dai giudici interni: la Corte può riqualificare, sotto un articolo o l’altro della Convenzione, i fatti che le vengono esposti e giudica in riferimento a quei fatti. La Corte ha detto spesso, con molta insistenza, che la soluzione che dà al quesito posto con il ricorso si limita ai fatti sottoposti. Il ricorso si discute in camera di consiglio e si motiva nella sentenza con riferimento anche a dettagli della vicenda. Ciò significa che questo tipo di giurisprudenza - mi riferisco soprattutto ai diritti sostanziali e non ai diritti processuali, all’articolo 6, ad esempio, della Convenzione - per un verso nasce legata al dettaglio delle vicende, per un altro poi va ad assumere la qualità di precedente vincolante per la Corte.

C’è una eccezione, naturalmente, c’è una via per rovesciare i nostri precedenti o sviluppare la giurisprudenza, ed è il ricorso alla *Grande Chambre*, che però è molto raro, è molto pesante proceduralmente, quindi costoso: i veri rivolgimenti, *renversement* di giurisprudenza sono rari; si lavora sul presupposto che il precedente sia vincolante.

Ma, vincolante in che senso? Vincolante rispetto a vicende successive che sono diverse da quelle che hanno dato luogo alle sentenze precedenti, quindi allo sviluppo, al crearsi, al venire in essere della giurisprudenza.

Con il metodo dei giudici di *common law*, che abbiamo acquisito per forza di cose, la discussione viene fatta per precedenti e per quello che gli anglosassoni chiamano il *distinguishing*: “è vero che c’è un precedente, ma io te ne oppongo un altro che mi pare più congruo”, oppure, rispetto al precedente che viene citato da uno dei giudici in camera di consiglio, oppongo che c’è un dettaglio nel caso specifico, che me lo distingue e che rende inapplicabile, incongruo, il precedente citato. E, quindi, essendo tutti d’accordo sulla *ratio decidendi* maturata nella giurisprudenza precedente, il disaccordo nasce sull’applicazione nel caso concreto, donde le sentenze a maggioranza, donde le opinioni concordanti o dissidenti che accompagnano le sentenze. A questo proposito, molto

importante è leggere le opinioni separate, le opinioni dissidenti o concordanti, perché sono argomentazioni che sono state svolte in camera di consiglio e che la maggioranza non ha accolto: non sono argomentazioni che vengono da fuori, non sono commenti dottrinari, sono argomenti svolti, esaminati e rifiutati, anche solo tacitamente, ma sono argomenti in negativo da tenere in conto per comprendere il senso delle decisioni della Corte.

Faccio qualche esempio riferito ad un diritto sostanziale, il diritto alla libertà di espressione previsto all'articolo 10 della Convenzione, per avvertire come sia difficile identificare qual è la giurisprudenza della Corte per poi trarne l'indicazione in sede interna e come, quindi, quella formula della Corte costituzionale, "così come interpretata dalla Corte", debba a sua volta essere interpretata. In materia di libertà di espressione ci sono centinaia di sentenze. Ne ricordo tre: la prima, pronunciata in una causa contro la Francia (*Dupuis c. Francia*), relativa alla violazione del segreto istruttorio da parte di un giornalista che pubblicò atti di un'istruttoria in corso, a distanza di molti anni dai fatti, che si riferiva alle intercettazioni illegali eseguite al tempo del Presidente Mitterand all'Eliseo. Fu scandalo enorme quando emerse questa vicenda: si può immaginare il rilievo della cosa perché si trattava della Presidenza della Repubblica. Un giornale pubblica gli atti dell'istruttoria in corso. In questo caso, la Corte ha detto che la condanna dei giornalisti, per la pubblicazione di atti coperti da segreto istruttorio, è avvenuta in violazione dell'articolo 10. La Corte ha fatto riferimento, non alla legalità interna di quello che era avvenuto, era palese l'illegalità interna, ma alla prevalenza del diritto convenzionale di libertà di espressione in riferimento all'enorme valore, all'enorme interesse pubblico del dibattito nascente dalla violazione del segreto istruttorio, dalla pubblicazione di questi atti.

Veniamo alla seconda sentenza, questa volta contro la Svizzera, (*Stoll c. Svizzera*). Si trattava della pubblicazione del contenuto di una lettera dell'ambasciatore svizzero a Washington, con l'opinione dell'ambasciatore, a proposito delle trattative allora in corso tra le banche svizzere, il Governo svizzero che interveniva e le comunità ebraiche, per la restituzione di fondi depositati nelle banche svizzere e non restituiti dopo la *Shoa'*, dopo la morte di molti titolari di questi conti. In questa sentenza della *Grande Chambre*, su cui ci sono delle opinioni dissidenti, anche la mia, la maggioranza ha ritenuto non violazione dell'articolo 10 la punizione del giornalista che aveva pubblicato stralci di quella lettera, facendo prevalere, nel caso concreto, anche per le modalità che il giornalista aveva utilizzato nella pubblicazione, il segreto diplomatico, cioè l'interesse dello Stato a mantenere il segreto su quell'atto.

Nella terza sentenza (*Von Hannover c. Germania*), si trattava della pubblicazione sui giornali di fotografie, non imbarazzanti, ma private, della principessa Carolina di Monaco, sposata Von Hannover. La Corte costituzionale

federale tedesca, in sede di ricorso diretto contro le sentenze interne, aveva dato prevalenza alla libertà di espressione, alla libertà del giornalista, sul diritto alla riservatezza della vita privata che la Von Hannover faceva valere. Nel ricorso alla Corte di Strasburgo, questa volta la Corte con una sentenza, di sezione ordinaria, non di *Grande Chambre*, ha ritenuto che, nel caso concreto, in relazione al fatto che si trattava sì di un personaggio pubblico, ma che nulla di quelle fotografie, del momento e della situazione in cui la Von Hannover si trovava, aveva rilievo pubblico, prevalesse il diritto alla riservatezza, quindi l'articolo 8 della Convenzione.

Perché cito queste tre sentenze (si potrebbero fare altrettante citazioni in campi diversi)? Per avvertire che dalla prima sentenza non si potrebbe trarre *sic et simpliciter* che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è nel senso che la libertà di espressione prevale sul segreto istruttorio. Dalla seconda sentenza non si potrebbe trarre che il segreto diplomatico prevale sulla libertà di espressione. E dalla terza sentenza non si potrebbe trarre che la riservatezza privata prevale sulla libertà di espressione.

E allora, che si fa quando in sede interna bisogna ricostruire la giurisprudenza per adeguare l'interpretazione interna secondo le indicazioni che la Corte costituzionale ha dato ai giudici nazionali? Mi pare che vada sottolineata una questione di metodo. Il metodo della Corte è di rispondere a un ricorso individuale, con riferimento a una vicenda specifica, per assicurare la tutela, come dice la Corte, concreta ed effettiva, per la persona specifica, del diritto o della libertà fondamentale fatti valere. Il metodo è la concretezza, è il rilievo del dettaglio della vicenda concreta. Il super criterio della Corte è quello della proporzione dell'interferenza statale in uno dei diritti o libertà fondamentali: proporzione, bilanciamento di interessi o diritti fondamentali che potrebbero essere, o sono, contrapposti. In tema di diritti processuali (articolo 6 della Convenzione) la Corte giudica l'equità del procedimento nel suo complesso e, quindi, è possibile che vi siano carenze, debolezze procedurali, però è nel suo complesso che il processo deve essere equo e nel suo complesso significa con riferimento alla vicenda concreta. Ecco, io credo che qui venga la maggiore difficoltà per i giudici italiani, in particolare, per i giudici del Continente, di *civil law*, perché non è solo un problema di conoscenza delle sentenze della Corte nei confronti dei 47 Paesi del Consiglio d'Europa, non solo quelle italiane (apposta ho citato tre sentenze che non riguardano l'Italia, ma di cui i giudici italiani devono tener conto in materia di libertà d'espressione).

La vera difficoltà arriva al cuore della differenza tra la giurisdizione di Strasburgo e le abitudini, il modo di studio e gli studi universitari che facciamo in Italia. Ed è una questione di metodo, non interessa alla Corte, non interessa alla filosofia della Convenzione europea la regolarità astratta di un certo comportamento delle Autorità statali, siano amministrative o giudiziarie.

rie, rispetto alle norme generali e astratte. Quello che conta è il risultato che deve essere adeguato. È questa la grossa rivoluzione dell'indicazione che viene dalla Corte costituzionale.

La grossa rivoluzione non è che adesso bisogna sfogliare anche i volumi della giurisprudenza di Strasburgo, oltre a quelli della giurisprudenza interna; la grossa rivoluzione è di metodo. Vedo qualche segnale, vorrei citare una sentenza recente della Corte di Cassazione che, sia pure solo sotto il profilo del diritto fondamentale alla ragionevole durata del procedimento, ha fatto un'applicazione, applicazione e non interpretazione, della legge interna che mi sembra in sintonia con questa ulteriore esigenza posta dalla Convenzione. Si tratta della sentenza delle Sezioni unite civili, n. 26373/2008: di fronte alla richiesta della parte di un termine per integrare il contraddittorio, la Corte di Cassazione, teoricamente obbligata a integrare il contraddittorio e quindi a dare il termine, ha detto in sostanza: questo ricorso è palesemente infondato e la parte di cui si chiede la citazione per integrare il contraddittorio ha vinto la causa in Corte d'Appello, non perdiamo quindi tempo.

Questo atteggiamento metodologico mi pare particolarmente significativo se diventasse l'abitudine, non solo in Cassazione, ma anche nei giudici di merito, e, soprattutto, se si traducesse nell'attenzione di assicurare in concreto tutti i diritti fondamentali, tutte le libertà fondamentali nella singola vicenda per ciascuna persona. Questa è la vera grossa sfida per un sistema giudiziario come quello italiano.

Grazie.

1. Il giudice Zagrebelsky vi ha parlato del procedimento di cognizione che si svolge dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo; io vi parlerò del procedimento di esecuzione, che ha inizio con la pubblicazione della sentenza definitiva della Corte e che si svolge sotto la sorveglianza del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

Il dott. Zagrebelsky ha ben posto in evidenza come il controllo della Corte di Strasburgo concerna l'osservanza da parte dei giudici italiani non solo delle regole del giusto processo, ma di tutti quei diritti essenziali della persona umana che sono consacrati nella Convenzione e nei suoi Protocolli aggiuntivi.

Si tratta, a ben vedere, dello stesso controllo che fa - o dovrebbe fare - la nostra Corte di Cassazione nei confronti delle sentenze dei giudici del merito. Non sembra fuor di luogo ricordare come la Corte di cassazione italiana affondi le sue radici in quel *Tribunal de Cassation*, creato al momento della rivoluzione francese, quale organo del potere legislativo incaricato della vigilanza sull'esatta applicazione della legge da parte dei giudici. I tradizionali *errores in iudicando o in procedendo*, deducibili nel giudizio in cassazione, mirano invero ad assicurare - sotto il profilo sia sostanziale che processuale - la legittimità dell'ingerenza dell'Autorità giudiziaria nel godimento dei diritti dell'interessato.

2. Con la possibilità del ricorso individuale alla Corte europea, alla tutela nazionale è stata aggiunta - attraverso la verifica del rispetto dei diritti essenziali della persona ed in funzione sussidiaria - una tutela sopranazionale, con ciò realizzandosi quello che è stato giustamente definito *un sistema di protezione multilivello dei diritti fondamentali*.

In sostanza - libero ciascuno Stato di assicurare il rispetto della dignità umana nella estensione e con le modalità e le garanzie processuali ritenute opportune - i Padri fondatori della Convenzione tracciarono il solco entro il quale si colloca lo Stato di diritto.

Essi, infatti, mirarono ad assicurare il rispetto dei diritti minimi essenziali della persona umana (art. 1 in relazione agli artt. 2-12; arricchiti poi dai

Protocolli aggiuntivi alla Convenzione), ossia quelli - come fu detto - senza i quali la vita non è degna di essere vissuta, che costituiscono il minimo comune denominatore delle libertà e dei diritti garantiti in una società democratica e che, nel nostro ordinamento, sono, per lo più, tutelati dal giudice ordinario.

Il rispetto dei diritti e delle libertà fu assicurato per il tramite della ordinaria funzione giurisdizionale (art. 1, giustamente definita la *grundnorm* dell'ordinamento convenzionale), svolta dal giudice nazionale (artt. 1 e 13) e resa secondo i canoni di un *procès équitable* (in tale nozione ricompreso il concetto di processo celere; artt. 1 e 6) ma con la possibilità di verifica da parte della Corte (artt. 1 e 19), la quale può essere adita dal privato interessato o da altro Stato (artt. 33 e 34) e che è la sola competente per tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione (art. 32).

3. Il rapporto tra la giurisdizione nazionale e quella sopranazionale non è, però, di tipo gerarchico, ma ha carattere circolare con influenze, interazioni e integrazioni reciproche, a base cooperativa.

La sussidiarietà del sistema sopranazionale - fondata sul principio del previo esaurimento delle vie di ricorso interno - riconosce che il *primo tutore dei diritti umani* è il giudice nazionale, il quale, però, pur godendo di un *margin di apprezzamento nazionale*, deve interpretare ed applicare la normativa interna alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, come con le sue due sentenze (definite *gemelle, ma non omozigote*) ha riconosciuto anche la Corte costituzionale nel 2007.

La Corte europea, a sua volta, pur avendo ripetutamente affermato che non è suo compito *sostituirsi alle giurisdizioni nazionali*, ha gelosamente rivendicato il suo *potere di controllare le decisioni nazionali sotto l'angolo della Convenzione*.

4. Intervenuta una sentenza con cui la Corte europea abbia constatato la violazione di una disposizione della Convenzione, il solo problema che dovrebbe porsi è quello della individuazione della autorità nazionale competente per l'esecuzione della decisione.

Come è noto, la sentenza della Corte di Strasburgo non assume mai - contrariamente a quel che si legge all'articolo 9 del disegno di legge - connotazione di *condanna*⁽¹⁾.

La Corte non *condanna*, ma, a ben vedere, si limita, con molto *fair play*, a *dire*.

Nel dispositivo della sentenza la Corte *dice* se vi è stata o no violazione di una disposizione della Convenzione; ed in caso di risposta positiva *dice*, poi,

(1) Il riferimento è al disegno di legge A.S. n. 1440 per il quale si veda anche la nota a pag. 47.

qual è la somma che lo Stato deve pagare, ai sensi dell'art.41 della Convenzione, a titolo di *equa soddisfazione* nel termine di sei mesi.

Le due statuizioni - entrambe controllate nella loro esecuzione dal Comitato dei ministri - sono in pratica autonome.

4.1. Per l'equa soddisfazione è la Presidenza del Consiglio che paga o individua il ministero o l'autorità competente per il pagamento della somma di danaro (che deve, tra l'altro, essere corrisposta nella moneta indicata dalla Corte).

L'esecuzione della sentenza della Corte avviene - per questa statuizione - senza bisogno di *exequatur*.

Ciò è sempre tranquillamente avvenuto, prima ancora che la legge n. 12 del 2006 attribuisse alla Presidenza del Consiglio compiti che, a ben vedere, le erano già propri.

Ma ciò dimostra, ancora una volta, che ci troviamo all'interno di un unico sistema di protezione sia pure a carattere multilivello e di tipo circolare. Ci troviamo, comunque, all'interno di un unico ordinamento giuridico.

E la riprova ci viene data dalla circostanza che se lo Stato non paga - o addirittura se paga con un solo giorno di ritardo rispetto ai sei mesi fissati (d'autorità) dalla Corte - oltre a dover corrispondere gli interessi (al tasso fissato dalla Corte), commette una *ulteriore* autonoma violazione della Convenzione, con susseguente possibilità di *ulteriore* sentenza di constatazione e *ulteriore* obbligo di pagamento dell'*ulteriore* equa soddisfazione. E ciò è già ripetutamente avvenuto, non solo nei confronti dell'Italia.

Un rifiuto a pagare è compatibile solo con la volontà dello Stato di recedere dal Consiglio d'Europa e potrebbe dar luogo al procedimento di sostanziale espulsione previsto dagli articoli 3 e 8 dello Statuto di tale organismo (soluzione, questa, che aprirebbe la strada anche al recesso dall'Unione europea, posto che per far parte di quest'ultima è necessario aderire alla Convenzione europea).

4.2. Apparentemente più delicato e complesso è il problema dell'esecuzione della statuizione della sentenza con la quale la Corte ha constatato la sussistenza di una violazione.

Sembrirebbe addirittura lapalissiano dover dire che nell'ipotesi in cui una Corte sovranazionale abbia constatato la violazione di un diritto fondamentale l'ordinamento debba immediatamente reagire. E deve reagire non tanto per rispettare l'obbligo - di carattere giuridico - sancito all'articolo 46 della Convenzione, di conformarsi alle sentenze definitive della Corte, quanto, piuttosto, per non mettere ulteriormente in discussione l'immagine del Paese, appartenente (e, nel caso dell'Italia, a titolo di socio fondatore) al consesso elitario dei Paesi democratici, fondati sul primato del diritto, ma che consente la permanenza degli effetti della constatata violazione.

Ciò impone di accertare e rimuovere, con urgenza, le cause e gli effetti del grave *vulnus* all'immagine del Paese, già verificatosi con la constatazione dell'avvenuta violazione.

In realtà l'esperienza di Strasburgo insegna che i Paesi rispettosi dei diritti fondamentali si preoccupano di reagire sin dal momento in cui la Corte abbia dichiarato ricevibile un ricorso (e qualche Paese ancor prima), individuando le cause della violazione e le misure di carattere individuale o generale da adottare per ripristinare le condizioni dello Stato di diritto.

Con la conseguenza che in sede di controllo sull'esecuzione della sentenza il Comitato dei ministri non può che prendere atto dell'avvenuta adozione delle misure necessarie ad assicurare l'esecuzione della sentenza, ponendo termine, per il tramite di una risoluzione finale, al procedimento che era stato instaurato contro lo Stato al momento della pubblicazione della sentenza definitiva.

Questo procedimento - che si svolge secondo precise regole che il Comitato dei ministri ha reso sempre più stringenti per vincere la riottosità di alcuni Stati - costituisce manifestazione di quella *garanzia collettiva* su cui, come è detto nel preambolo della Convenzione, i Padri fondatori si basarono per fondare un meccanismo di controllo del rispetto dei diritti umani, idoneo ad assicurare la giustizia e la pace nel mondo.

Tale meccanismo costituisce, infatti, espressione del principio di solidarietà che permea di sé tutta la Convenzione e le rilevanti limitazioni di sovranità che esso comporta furono espressamente volute - come risulta chiaramente dai lavori preparatori - proprio per evitare che potessero nell'avvenire ripresentarsi quegli orrori che avevano appena attraversato l'Europa.

Sussiste, quindi, per lo Stato un obbligo - che, giova ripeterlo, è di carattere giuridico (come hanno ripetutamente chiarito sia la Corte sia il Comitato dei ministri) - di attivarsi per la *restitutio in integrum*, adottando, secondo i casi, misure di carattere individuale o generale per far cessare la constatata violazione, eliminarne le conseguenze, prevenire analoghe violazioni.

4.3. E noi ora a sessant'anni di distanza ci sottraiamo di fatto a tale controllo e stiamo ancora discutendo - come appena ora ci ha ricordato il giudice Zagrebelsky - di quale è l'organo che deve attuare la sentenza di Strasburgo e se la sua competenza debba radicarsi per il tramite di una riforma normativa o per via di interpretazione giurisprudenziale.

Mentre, infatti, la maggior parte dei Paesi ha, con sano pragmatismo, risolto il problema per via giurisprudenziale, individuando - all'interno dell'ordinamento quale esso vive - il rimedio di volta in volta ritenuto appropriato e immediatamente applicabile, altri Paesi hanno accentrato la loro attenzione solo sull'esigenza di *riaprire* il procedimento interno vulnerato a Strasburgo ed hanno ravvisato la necessità di una modifica normativa, all'interno del loro sistema processuale, dei meccanismi riparatori, allargando, con adat-

tamenti, il campo di applicazione del tradizionale istituto della revisione, ritenuto il solo rimedio revocatorio idoneo a rimettere in discussione il valore interno del giudicato.

Questa è la strada da ultimo seguita dalla Francia (nella quale, peraltro, si parla di *riesame della decisione penale definitiva*) e dal Belgio (in cui si parla di *riapertura del procedimento che ha condotto a una condanna*) e questo è il sistema che ispira, in parte, il disegno di legge oggi in discussione.

È, però, del tutto evidente come la soluzione nazionale del problema sia influenzata, se non addirittura condizionata, da una serie di elementi variabili e peculiari a ciascun ordinamento, quali il valore riconosciuto alle norme convenzionali nell'ordinamento interno, la concezione monistica o dualistica del rapporto tra l'ordinamento interno e quello sopranazionale, il valore interno del giudicato, etc. Tali elementi escludono in radice che la soluzione adottata in un Paese possa acriticamente essere esportata e adottata da un altro Paese.

Ma, soprattutto, tali elementi inducono alla massima prudenza nel valutare l'opportunità di una soluzione - peraltro limitata - del problema per via normativa.

5. Tuttavia, nella prospettiva della ricerca di una soluzione aderente ai principi del nostro ordinamento, appare opportuno prendere le mosse dalla sentenza (la n. 129 del 16 aprile del 2008) con cui la Corte costituzionale ha esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 630 del codice di procedura penale, sollevata dalla Corte di appello di Bologna con riferimento agli articoli 3, 10 e 27 della Costituzione *nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*

Nel dichiarare non fondata - con specifico riferimento agli indicati parametri di costituzionalità - la proposta questione, la Corte:

– ha constatato che la questione di legittimità costituzionale *nasce dall'assenza - nel sistema processuale penale - di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello Stato a conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, secondo quanto prevede l'articolo 46 della stessa Convenzione;*

– ha ritenuto *di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei per consentire all'ordinamento italiano di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall' articolo 6 della CEDU.*

5.1 La decisione assume rilevanza perché, nella parte finale della motivazione (che, peraltro, desta perplessità), la Corte ha ritenuto necessario - sia pure *ad abundantiam* - effettuare una ricognizione dei rimedi giuridici astrattamente prospettabili per la soluzione del problema per il tramite di un intervento normativo.

Ed al riguardo la Corte ha significativamente indicato gli *innesti normativi*, operati dal legislatore, dopo gli interventi della stessa Corte nella complessa tematica dei *rimedi revocatori* necessari per assicurare un giusto equilibrio tra l'esigenza di assicurare un rimedio *a fronte dei sempre possibili errori del giudice* e l'esigenza di *preservare la certezza e la stabilità della res iudicata*, ed ha, per tal modo, fornito - unitamente agli ulteriori argomenti utilizzati in motivazione per la adottata soluzione - le linee-guida necessarie per esprimere un motivato parere in ordine alla questione sottoposta al nostro esame.

5.2 In tale prospettiva, sembra apparire evidente come il modello revocatorio proposto nel disegno di legge - che è quello della revisione - sia *del tutto eccentrico* (per utilizzare l'espressione della Corte) rispetto all'esigenza da soddisfare, tenuto conto dei presupposti e della finalità propria di questo istituto.

La stessa Corte ha, invero, chiarito che *la revisione mira a riparare un (ipotetico) errore di giudizio alla luce di "fatti" nuovi; non a rifare un processo (in ipotesi) iniquo* (qual è l'ipotesi che in questa sede interessa), dopo di aver disatteso la tesi dei giudici del merito - tesi sostanzialmente ripresa nel disegno di legge di cui si discute - secondo cui integrerebbe la nozione di "fatto" rilevante ai fini della revisione *anche l'accertamento dell'invalidità (iniquità) della prova assunta nel processo interno, intervenuto ad opera del giudice sovranazionale*.

L'istituto della revisione - ha osservato la Corte - *non attiene alla difforme valutazione di una determinata vicenda processuale in due diverse sedi della giurisdizione penale* (qual è, si ripete, sostanzialmente l'ipotesi che in questa sede interessa): *esso ha la sua ragion d'essere esclusivamente nella inconciliabile alternatività ricostruttiva che un determinato "accadimento della vita" - essenziale ai fini della determinazione sulla responsabilità di una persona, in riferimento ad una certa regudicanda - può aver ricevuto all'esito di due giudizi penali irrevocabili*.

Ai fini della rimozione del giudicato - ha concluso la Corte - *non è la erronea (in ipotesi) valutazione del giudice a rilevare, bensì, esclusivamente, "il fatto nuovo" (tipizzato nelle varie ipotesi scandite dall'art. 630 del codice di rito), che rende necessario un nuovo scrutinio della base fattuale su cui si è radicata la condanna oggetto di revisione*.

6. Esclusa, quindi, la possibilità di assumere l'istituto della revisione quale modello revocatorio destinato ad attuare l'obbligo dello Stato a conformarsi alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, deve ora essere posto in evidenza come sia la stessa Corte ad indicare nel concetto di "*medesimo fatto*" su cui si radica la disciplina del conflitto pratico tra giudicati di cui all'art. 669, comma 1, cod. proc. pen. (*pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro le stesse persone*), uno dei paradigmi legali di riferimento per raggiungere tale finalità.

Ha osservato la Corte come sia *pacifico che quest'ultima norma risulti applicabile quando la pluralità di sentenze - oltre che lo stesso imputato concerna il "medesimo fatto", inteso come coincidenza tra tutte le componenti delle fattispecie concrete. D'altronde - ha aggiunto la Corte - anche ai fini della preclusione connessa al principio del "ne bis in idem", l'identità del "fatto" sussiste - secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655) - quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona.*

7. L'indicazione proveniente dalla Corte costituzionale riceve - limitatamente, peraltro, al caso di specie esaminato - ulteriore conforto da almeno due circostanze.

- i) essa è conforme al principio e al criterio direttivo di cui al punto 104.8 della *Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale* (elaborata dalla cd. *Commissione Riccio*), che sancisce di *prevedere un apposito rimedio, diverso dalla revisione, quando sia accertato che la condanna è stata pronunciata in violazione di diritti riconosciuti all'accusato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; potere del giudice della pena che riceve la richiesta di valutare la congruità della stessa rispetto all'effettiva incidenza della violazione sull'esito del giudizio;*

- ii) essa è in sostanza conforme alla tesi sostenuta dalla Procura generale della Corte di cassazione (*cf.*, requisitoria del 3 luglio 2006 nel caso *Cat Berro*), favorevole - sulla base di una interpretazione estensiva - ad una soluzione giudiziaria del problema mediante il ricorso all'istituto del *pluries in idem*, disciplinato, appunto, dall'art. 669 cod. proc. pen., che già consente al giudice dell'esecuzione dapprima di revocare, se del caso, la sentenza del giudice interno che la Corte di Strasburgo - unica interprete delle norme della Convenzione - ha ritenuto di aver violato la disposizione convenzionale e di adottare quindi i provvedimenti consequenziali. Ad avviso della Procura generale, già *de iure condito*, il giudice dell'esecuzione, come ha il potere di dichiarare l'inesistenza di un effettivo titolo esecutivo basato sulla sentenza

interna vulnerata dalla sentenza di Strasburgo e di disporre la liberazione dell'interessato (ex art. 670 cod. proc. pen.), così ha il potere di revocare la predetta sentenza interna (ex art. 669 cod. proc. pen.).

L'indicazione della Corte costituzionale è giuridicamente ineccepibile, anche se non è agevole comprendere perché mai la stessa, nel dichiarare non fondata la proposta questione di costituzionalità, suggerisca una soluzione *de jure condendo*, ed al contempo indichi la sussistenza di una via giurisprudenziale che il giudice del merito *de jure condito* avrebbe dovuto seguire.

Il rimedio suggerito costituisce, però, solo uno degli strumenti che l'ordinamento appresta per poter soddisfare l'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte. Si tratta certamente di un rimedio di carattere generale, ma che non copre tutti i casi ipotizzabili in conseguenza della constatazione, da parte della Corte europea, della violazione in un procedimento delle regole del giusto processo. Essi non sono riconducibili ad unità e la soluzione, quindi, varia ovviamente caso per caso.

Ma il nostro ordinamento - che è uno dei più avanzati del mondo - è in grado di reagire, per il tramite degli istituti dell'interpretazione estensiva o dell'applicazione analogica, ad ogni esigenza di diritto sostanziale.

Ce lo ha insegnato recentemente la Corte di Cassazione, nella sentenza *Drassich c. Italia*, allorché ha individuato nel ricorso straordinario ex articolo 625 bis il rimedio esperibile nei casi in cui la violazione constatata dal giudice di Strasburgo sia avvenuta nel giudizio di cassazione.

Ma già in precedenza la disposizione dell'articolo 175 del codice di rito, riformulata dal legislatore proprio per dare esecuzione alle sentenze di Strasburgo, si era rilevata idonea per far riaprire in Italia quei procedimenti in contumacia, ritenuti vulnerati dalla Corte europea.

8. Gli istituti del *pluries in idem*, della restituzione nel termine per proporre l'impugnazione e del ricorso straordinario per cassazione costituiscono, quindi, l'armamentario, gli strumenti tecnici, a disposizione del giudice nazionale per dare esecuzione a quelle sentenze di Strasburgo che richiedono - quale misura di carattere individuale idonea ad effettuare la *restitutio in integrum* - la necessità della riapertura del procedimento interno.

Con la conseguenza - *si vera sunt exposita* - che non esiste alcuna necessità di modifiche legislative per dare esecuzione in Italia alle predette sentenze.

8.1 Incombe sul Procuratore generale della cassazione l'obbligo di attivare il pubblico ministero (che, in ipotesi, potrebbe essere anche l'avvocato generale della cassazione preposto al servizio penale) presso il giudice competente per la riapertura del procedimento interno vulnerato a Strasburgo.

Come è noto, il tradizionale ruolo del Procuratore generale, quale garante - ai sensi dell'art. 73 dell'ordinamento giudiziario - *della osservanza*

delle leggi, e della pronta e regolare amministrazione della giustizia”, è stato ampliato dall’articolo 6 del decreto legislativo n. 106 del 2006, con l’attribuzione di funzioni propulsive *della correttezza ed uniformità dell’esercizio dell’azione penale e del rispetto delle norme sul giusto processo*.

Ciò, peraltro, non esclude che, in determinate ipotesi, possa costituire onere dell’interessato quello di adire il giudice predetto, ai sensi delle indicate disposizioni del codice di rito.

8.2 Tale giudice - individuato secondo le predette disposizioni - è, in via generale, quello stesso organo che, nel caso di specie, aveva il dovere di proteggere il diritto fondamentale violato.

Sussiste, in altri termini, una identificazione tra l’organo (il giudice interno) cui la Convenzione affida, *ex art. 13*, il compito di attuare e proteggere quel diritto fondamentale da essa riconosciuto (sia esso sostanziale o canone di giusto processo) e l’organo cui la stessa Convenzione demanda, *ex art. 46* (e per il tramite della reazione dell’ordinamento interno), il compito di ripristinare (attraverso la riapertura del procedimento) quel diritto, di cui la Corte ha constatato l’avvenuta violazione.

L’uno e l’altro compito costituiscono uno dei più rilevanti effetti giuridici che nel nostro ordinamento si sono verificati in conseguenza dell’accettazione - per via normativa, con la *copertura* dell’articolo 2 della Costituzione e per il tramite della *strada di accesso* consentita dall’articolo 11 della Costituzione - dell’articolato sistema di controllo, instaurato con l’adesione alla Convenzione.

L’effetto giuridico principale - che è a molti sfuggito - è quello dell’obbligo positivo di attuazione e tutela dei diritti fondamentali. *Lo Stato*, ha detto la Corte, *non deve rimanere passivo di fronte agli obblighi assunti, ma deve adottare le misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti riconosciuti*.

Superando (e completando) la teoria classica delle libertà fondamentali - fondata su un obbligo di astensione dello Stato (che non doveva ostacolarle, lasciandole sviluppare nella sfera loro riservata) - la Corte di Strasburgo ha forgiato l’arma dell’obbligo positivo di attuazione e tutela di tali libertà, sulla scia dell’orientamento che aveva consentito alla Corte di Karlsruhe di dare fondamento costituzionale, in Germania, alla teoria degli effetti giuridici dei diritti fondamentali in conseguenza del loro riconoscimento.

Quando viene in discussione la responsabilità internazionale dello Stato per violazione di diritti fondamentali, quest’ultimo - ha detto la Corte europea - *si caratterizza, su tale piano, per la sua unità, sì che gli obblighi internazionali sottoscritti da un Paese legano tutti i poteri dello stesso, i quali devono, nei limiti delle loro attribuzioni, concorrere all’adempimento di tali obblighi*.

Orbene, nel nostro ordinamento il destinatario naturale dell'obbligo giuridico di conformarsi alla sentenza non è - contrariamente a quel che generalmente si afferma - né il legislatore né il governo, ma esclusivamente, come ora meglio si vedrà, il giudice.

Il Governo - organo tratto a giudizio in rappresentanza dello Stato - è certamente l'unico interlocutore del Comitato dei ministri (svolgendosi in sede intergovernativa il controllo sull'esecuzione delle sentenze), ma lo stesso esaurisce le sue competenze col promuovere gli adempimenti amministrativi interni, che, peraltro, già gli appartenevano e che sono stati ribaditi con la legge n. 12 del 2006 e meglio specificati nel d.p.c.m. 1° febbraio 2007 (con opportuna individuazione dell'organo propulsore dei relativi adempimenti nel Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri).

Ma se il garante degli obblighi assunti con la Convenzione è - come dice la Corte - lo Stato, inteso nel suo complesso e nelle sue varie articolazioni, l'individuazione, in concreto, dell'organo che deve, nell'ambito delle sue attribuzioni, provvedere all'esecuzione, va effettuata alla stregua del diritto interno, in relazione al contenuto della singola sentenza.

Fuor dell'ipotesi in cui l'obbligo di attivarsi risultante dalla sentenza si risolve nell'esigenza dell'adozione di misure di carattere generico (quali la mera traduzione e trasmissione della sentenza alle autorità coinvolte) o di solo carattere contabile o disciplinare o para-disciplinare (ipotesi rientranti, secondo i casi, nelle attribuzioni del Dipartimento della Presidenza del Consiglio, del Procuratore generale della Corte dei conti o della Corte di cassazione o dell'Autorità amministrativa competente o del Consiglio superiore della magistratura), nel nostro ordinamento il destinatario naturale dell'obbligo giuridico di conformarsi alla sentenza - per quel che concerne l'adozione di misure di carattere individuale (*restitutio in integrum*) - è l'organo giudiziario che ha la materiale disponibilità di incidere sulla situazione di fatto da ripristinare in termini di diritti fondamentali.

Ed è questo, come si è visto, quello stesso organo che aveva, in via preventiva, l'obbligo positivo di tutelare quel diritto di cui la Corte ha constatato l'avvenuta violazione.

La necessità dell'intervento del legislatore può solo sorgere quando per carenze strutturali gravissime - significative della messa in discussione, se non, addirittura, del venir meno delle condizioni per il riconoscimento di uno Stato di diritto - l'autorità giudiziaria non è in grado di eseguire la sentenza della Corte.

Ipotesi, questa, che nei Paesi in cui sono stati ben attuati i meccanismi interni di autotutela - ivi compresi quelli attribuiti alle Corti costituzionali - non è facilmente riscontrabile.

9. In questi Paesi la soluzione del problema, da parte del giudice, è stata facilitata:

– dalla percezione del senso della *fairness*, ossia di quel generale sentimento del giusto e dell'equo, posto a base dei sistemi di *common law* ed inserito, per il tramite della Convenzione europea, nei sistemi di *civil law*, tradizionalmente caratterizzati da una concezione formale ed astratta, con susseguente visione sostanziale dei diritti e delle garanzie processuali;

– dal riconoscimento, in tema di obbligo positivo, della validità del principio del cd. effetto orizzontale, o effetto riflesso della dottrina tedesca (*drittwirkung*), che impone ai privati di rispettare i diritti fondamentali nei loro reciproci rapporti. Ciò rende la Convenzione applicabile anche ai rapporti tra privati, con la conseguenza che lo Stato diviene responsabile anche della violazione dei diritti fondamentali avvenuti nell'ambito di tali rapporti.

Sono stati questi i momenti fondamentali di un processo dinamico di sviluppo della società civile. Obbligo positivo, quindi, non solo dello Stato, non solo dell'autorità che ha la disponibilità del procedimento, ma, per ciascuno di noi, di attuare i diritti fondamentali. Il coinvolgimento positivo di tutta la società conduce alla conseguenza che ciascun cittadino, prima ancora del giudice, è il vero tutore dei diritti fondamentali.

10. Solo per completezza di esposizione, deve essere posto in evidenza - in ordine alle singole disposizioni del disegno di legge - che non si riesce agevolmente a comprendere perché il rimedio revocatorio da adottare (quale che esso sia):

– i) dovrebbe essere circoscritto alle sole sentenze interne (*rectius*: procedimenti) in ordine alle quali la Corte di Strasburgo ha accertato *la violazione di taluna delle disposizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 3, della Convenzione* (art. 9 del disegno di legge)⁽²⁾. Questa limitazione non figura né nella legge francese né in quella belga (che parlano di violazioni della Convenzione e dei suoi Protocolli aggiuntivi, ex art. 89 della legge francese n. 2000-516 del 15 giugno 2000 e art. 4 della legge belga F. 2007-1874 del 1° aprile 2007). La disposizione italiana, comunque, è stata già ripetutamente censurata dinanzi al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dal Direttore generale dei diritti dell'uomo, che ha giustamente posto in evidenza la necessità della riapertura dei procedimenti in ordine non solo alle altre ipotesi previste dall'art. 6 della Convenzione, ma anche alle altre violazioni di carattere sostanziale della Convenzione e dei suoi Protocolli aggiuntivi.

– ii) sarebbe ammissibile solo se *il condannato, al momento della presentazione della richiesta di revisione, si trovi o debba essere posto in stato*

(2) Si veda nota a pag. 62.

di detenzione ovvero sia soggetto all'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione, diversa dalla pena pecuniaria (art. 9). Anche questa limitazione non trova riscontro nelle citate legislazioni, posto che il rimedio è ammissibile, nella legislazione francese, quando la violazione constatata, per la sua natura e gravità, determina, per la persona condannata, conseguenze dannose alle quali l'equa soddisfazione, determinata sulla base dell'articolo 41 della Convenzione, non potrebbe porre termine (ex art. 89 cit.) e, nella legislazione belga, quando la parte condannata o i suoi aventi diritto (in caso di morte, interdizione o assenza dichiarata del condannato: il suo congiunto, la persona che con lui ha coabitato legalmente, i suoi discendenti, ascendenti e germani), continuano a soffrire di conseguenze negative molto gravi che solo una riapertura del procedimento può riparare (ex art. 7 e 5 legge cit.).

L'una e l'altra limitazione del disegno di legge appaiono anacronistiche, posto che non tengono conto della prassi del controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte, quale risulta dai procedimenti in corso dinanzi al Comitato dei ministri, e delle linee di tendenza che su tali prassi incidono in conseguenza delle Risoluzioni dello stesso Comitato (cfr., da ultimo, la Ris. 2004 (3), *sur les arrêt qui révèlent un problème structurel sous-jacent* e la Racc. (2006) 6, *sur l'amélioration des recours internes*), e delle più recenti sentenze della Corte, che in sostanza precorrono la strutturale riforma prevista dai Protocollo 14 (già ratificato dal nostro Paese) e 14-bis alla Convenzione.

I principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la giurisprudenza della Corte EDU hanno trovato terreno fertile nella struttura del processo dinanzi alla Corte dei conti che ha subito, nel corso degli anni, notevoli mutamenti per essere adattata, attraverso interventi normativi ed un'interpretazione orientata, ai canoni dell'equo processo fissati dall'art. 6.

Com'è noto la giurisdizione della Corte dei conti si articola su due materie (responsabilità contabile e pensioni pubbliche) che hanno presentato problematiche nettamente distinte fra loro e che di conseguenza conviene esaminare separatamente.

I giudizi relativi alla responsabilità, che riguardano, per dirla con l'art. 103 della Costituzione, le "materie di contabilità pubblica" rappresentano una forma di tutela del patrimonio erariale che ha visto via via ampliare la propria sfera di intervento in relazione alle molteplici, mutevoli forme attraverso cui si manifesta la spesa pubblica.

Trattasi di un campo in continua evoluzione in cui la presenza di uno specifico giudice è fortemente avvertita tanto che, come emerge dalle recenti leggi finanziarie, si moltiplicano le fattispecie, anche tipizzate, che vengono sottoposte al suo esame.

In contrasto con questa tendenza espansiva, che testimonia l'attualità della tutela in esame, è doveroso però rilevare l'assoluta inadeguatezza della relativa disciplina processuale, che risale ad un vetusto ed incompleto complesso normativo contenuto nel Regolamento di Procedura del 1933 e nel successivo Testo Unico del 1934, integrato con norme frammentarie contenute specialmente nelle Leggi nn. 19 e 20 del 1994, modificate poi con la Legge n. 639 del 1996.

Il collegamento fra tali norme e lo strumento per riempire le numerose lacune che le stesse presentano è costituito dall'art. 26 del Regolamento del 1933, secondo cui "*Nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei conti si osservavano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili.....*".

Il rinvio al codice di procedura civile, da intendersi di natura dinamica e quindi riferito a tutte le modifiche di quest'ultimo, è indubbiamente corretto, giacché il giudizio di responsabilità è certamente di natura risarcitoria e come tale va tenuto ben distinto da modelli penalistici; lo stesso però appare del tutto insufficiente ed inadeguato, in modo particolare per quel che riguarda la fase dell'istruttoria predibattimentale che è affidata ad un organo pubblico, quale il P.M. contabile, e che si conclude, ove non intervenga un provvedimento di archiviazione, con l'atto di citazione a giudizio.

Tale fase, com'è noto, non è prevista nel processo civile e quindi il codice di rito non può essere utilmente richiamato al fine di rinvenire una disciplina che delinei i limiti dell'attività del P.M. e gli strumenti a tutela dell'indagato.

Va inoltre ricordato che il giudizio di responsabilità contabile rinviene la sua genesi nel giudizio di conto, nato come forma di controllo nelle forme giudiziarie dei conti degli agenti contabili e caratterizzato da un notevole potere di impulso da parte del giudice: l'interpretazione giurisprudenziale è stata a lungo influenzata da tali origini, tanto da canonizzare un ruolo attivo del giudice stesso in ordine alla ricerca delle prove, all'individuazione di presunti responsabili non citati dal P.M. e addirittura alla definizione del *petitum*, prerogative tutte racchiuse nell'indefinita formula del "potere sindacatorio" di produzione pretoria, cui, non di meno, a lungo si è fatto ricorso.

Una rivisitazione del processo nel quadro di una più garantistica posizione di terzietà del giudice è iniziata già negli ultimi decenni del secolo scorso; la stessa, comunque, ha trovato forte impulso nella legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, concernente "l'inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione", normativa che, ispirata all'art. 6 della Convenzione, richiama principi pur rinvenibili, in base ad un'attenta esegesi, nella Carta Costituzionale e ne enfatizza e sottolinea il valore, tanto da costituire un forte richiamo per l'interprete.

Tende a prevalere, pertanto, l'orientamento che consente l'integrazione del contraddittorio *jussu judicis* soltanto nei casi di litisconsorzio necessario, mentre, per quanto riguarda l'acquisizione delle prove, pur non escludendo completamente l'iniziativa del giudice, ci si è orientati a limitarla nel senso di riconoscerle una funzione di stimolo allo sviluppo ad opera delle parti di quegli elementi probatori incompleti, introdotti nel giudizio, ma non ancora definiti (c.d. principio di prova); per quanto riguarda la domanda, l'immodificabilità da parte del giudice appare ormai principio acquisito.

Il termine "potere sindacatorio" è infine del tutto desueto e tende a scomparire dalle motivazioni delle sentenze.

Problemi maggiori presenta l'attività del P.M. che precede l'eventuale citazione e che il Prof. Occhiena in un recente studio inquadra nel "procedimento preliminare al giudizio dinanzi alla Corte dei conti".

Come già ricordato, la disciplina di questa fase è molto frammentaria e non può trovare ausilio nel rinvio al codice di procedura civile; da escludere anche, aggiungerei, l'utilizzazione per analogia delle norme del codice di procedura penale che snaturerebbero completamente il giudizio contabile, introducendo in un processo funzionale al risarcimento del danno una disciplina orientata a finalità sanzionatorie e presidiata da tutte quelle garanzie che gli ultimi tre commi dell'art. 111 pongono a difesa di diritti fondamentali quali la libertà ed anche l'onorabilità dell'individuo.

La giurisprudenza, con pronunzie piuttosto sporadiche, ha mostrato una tendenza a limitare la rilevanza delle prove assunte in tale fase, affermando ad esempio: *“Non viene violato il principio del contraddittorio nell'assunzione da parte del Procuratore Regionale di dichiarazioni di persone informate sui fatti durante l'istruttoria preliminare in assenza del difensore, in quanto esse non assumono la veste di prove spettando al giudice di valutare se acquisire ritualmente le testimonianze con la necessaria garanzia del contraddittorio”* (Sez. Giur. Regione Sardegna 23 luglio 2003 n. 896), ovvero *“il contenuto della verbalizzazione effettuato dalla Guardia di Finanza - peraltro contestato dalla parte che ha ommesso di firmare il verbale stesso - non gode dell'efficacia probatoria privilegiata che l'art. 2700 c.c. riconosce all'atto pubblico potendo essere contrastato con ogni mezzo di prova”*. (Appello Reg. Sicilia 4 settembre 2002 n. 137/A) o ancora *“Deve essere ammesa la rilevanza probatoria delle dichiarazioni rese durante la fase istruttoria davanti agli organi di polizia giudiziaria delegati dal P.M. contabile in quanto tali dichiarazioni non configurano testimonianza in senso tecnico, bensì sommarie informazioni rimesse al libero apprezzamento del giudice, ancorché non formate in contraddittorio, e quindi senza ledere i principi del cosiddetto giusto processo e comunque senza assumere il carattere di prova legale”* (Sez. Giur. Regione Umbria 8 marzo 2001 n. 98).

È stata altresì affermata l'inutilizzabilità della documentazione sequestrata dal P.M. nello studio di un avvocato ritenendosi che la garanzia della riservatezza dell'attività difensiva dovesse essere applicata in via generale a tutti i processi in quanto discendente da principi posti dalla Costituzione (Sez. Lazio 273/06).

Si tratta peraltro di pronunzie frammentarie, che non consentono un approccio sistematico ed una soluzione del problema delle garanzie dell'indagato.

Al riguardo maggior rilievo va riconosciuto ad una recente ordinanza (Sez. Lazio n. 242/2008) che ha tentato, attraverso un'interpretazione orientata ai principi dell'art. 111 della Costituzione e dell'art. 6 della Convenzione, di individuare uno strumento di tutela concernente l'intero procedimento preliminare, ritenendo ammissibile, in applicazione delle norme del codice

di rito sulla istruzione preventiva (artt. 692 e segg. c.p.c.), un controllo del giudice contabile, prima del processo, sull'attività istruttoria esperita dal P.M. in ipotesi di lesioni gravi ed irreparabili a diritti costituzionalmente protetti e di violazione dei limiti consentiti dal sistema globale della istruzione probatoria nel giudizio di responsabilità.

Trattasi di una pronuncia ardita, che utilizza strumenti previsti a tutt'altri fini, quali quelli dell'acquisizione e conservazione delle prove in vista di un futuro processo, per riconoscere al giudice un potere interdittivo nei confronti del P.M. allorquando siano in pericolo diritti fondamentali di un soggetto giuridico.

Il tentativo, finora isolato e su cui ancora non si è pronunciato il giudice di appello, rappresenta una risposta ad un'esigenza forte e sentita ed un'applicazione, come si è detto, dei principi della Convenzione, espressamente richiamati dalla parte che si è rivolta al giudice.

In questa ottica, pur con tutti i dubbi derivanti dalla mancanza di una norma specifica, l'ordinanza è apprezzabile e va positivamente commentata.

Non può non sottolinearsi comunque l'esigenza di un intervento legislativo che, anche se non costituito da un nuovo regolamento di procedura, come pure più volte sollecitato, dia formale copertura normativa ad un potere del giudice che appare necessario prevedere, proprio in applicazione dei principi del giusto ed equo processo.

Completamente diversi appaiono i problemi derivanti dall'applicazione dei principi dell'equo processo ai giudizi pensionistici, caratterizzati a lungo da una vistosa violazione del principio della ragionevole durata.

Tale principio ha messo in piena evidenza le difficoltà di introdurre criteri ed istituti pur validissimi desunti da ordinamenti diversi, che richiedono un sistema coerente in tutte le sue componenti in modo da consentire un contemperamento armonico delle varie esigenze.

Per restare aderenti al tema, è bene ricordare che, se l'aspirazione alla giustizia è per sua natura infinita, l'attività del rendere giustizia è sottoposta alla legge della adeguatezza delle forze di produzione al bene richiesto, per cui la domanda non può essere lasciata libera ed incontrollata, ma deve essere anch'essa oggetto di ben definiti limiti.

Il giudizio pensionistico dinanzi alla Corte dei conti è stato invece caratterizzato da un assoluto *favor actoris* che ha via via eliminato ogni benché minima remora che potesse rendere più ponderato il ricorso al giudice.

Non solo, infatti, non era necessaria la difesa di un legale, ma era esclusa ogni formalità nell'atto iniziale del giudizio, al punto che qualsiasi atto scritto, purché contenesse una pur minima doglianza, veniva protocollato e gestito come ricorso.

L'istruttoria, ivi compresa a volte l'individuazione del *petitum* e della *causa petendi*, era affidata alla parte pubblica e svolta dal Pubblico Ministero.

Ogni possibile fattore preclusivo ed ogni onere a carico delle parti vennero espunti dall'ordinamento (vedi Corte Cost. 131/75 in materia di abbandono, 103/76 per quanto riguarda la tassa fissa, ovvero 36/76 in ordine alla decorrenza dell'interruzione per morte del ricorrente dal momento della conoscenza da parte degli eredi).

Si formò così un contenzioso di enormi dimensioni, difficilmente gestibile, che oltretutto si autoalimentava (giudizi di aggravamento, diritti degli aventi causa), con le conseguenze che è facile immaginare in relazione al formarsi di arretrato ed alla durata dei giudizi.

Come è noto la legge 24.3.2001, n. 89, c.d. Legge Pinto, in conseguenza delle condanne della Corte EDU per eccessiva durata dei giudizi, ha previsto la corresponsione di un indennizzo nei casi di inosservanza del principio della ragionevole durata del processo.

Fortunatamente la riforma introdotta dal D.L. 15 novembre 1993 n. 453, convertito nella legge 14 gennaio 1994 n. 19, aveva già in precedenza snellito il processo pensionistico, abrogando le norme che disciplinavano l'intervento del P.M., decentrando i giudizi presso le Sezioni Regionali coevamente istituite, prevedendo gli oneri di un'istanza di prosecuzione e di contenuti minimi dei nuovi ricorsi a pena di inammissibilità, in modo da consentire un iter del giudizio molto più rapido, pur restando invariata la dotazione di magistrati.

Ulteriori accorgimenti deflattivi erano stati introdotti con la legge 21 luglio 2000 n. 205, con la previsione non tanto del giudice unico, quanto della possibilità di adottare sentenze semplificate e della perenzione dei ricorsi ultradecennali in caso di perdurante inerzia dei ricorrenti; molto utile è risultato poi il regime dell'estinzione per morte del ricorrente che ha consentito di definire migliaia di giudizi giacenti in attesa dell'iniziativa di fantomatici eredi.

Queste riforme hanno favorito una sostanziosa riduzione dell'arretrato (dai 240.000 del 1994 agli attuali circa 70.000 giudizi pendenti) e mitigato l'impatto della Legge Pinto che altrimenti sarebbe risultato devastante, aggravando l'onere a carico dell'Erario che già risulta preoccupante, come emerge dalle relazioni di tutti gli organi giudiziari.

Due considerazioni sembrano peraltro emergere dalle esposte vicende: la prima, che non basta sanzionare i ritardi ma è necessaria una politica giudiziaria coerente con gli impegni internazionali; la seconda, che la sanzione, sia pure sotto forma di indennizzo, dovrebbe in qualche modo tener conto delle modalità del giudizio, prevedendo un ristoro del danno proporzionato all'impegno richiesto alle parti.

I. La presenza in giudizio dello Stato e l'attuazione delle pronunzie della Corte.

1. Dinanzi alla Corte di Strasburgo compare lo Stato Italiano, non la singola amministrazione statale competente per materia né l'amministrazione locale o altro soggetto giuridico eventualmente responsabile della violazione dei diritti dell'uomo.

Questo perché è lo Stato che ha sottoscritto il Trattato internazionale di Roma del 4 novembre 1950, unitamente al quale è stata approvata la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, ed è lo Stato che risponde del rispetto dei diritti dell'uomo nel territorio nazionale ed è obbligato a dare attuazione alle decisioni della Corte nei confronti del Consiglio d'Europa.

2. In caso di constatazione della violazione di uno o più articoli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Strasburgo adotta una decisione che ha, in sostanza:

a) natura dichiarativa quanto all'avvenuta violazione (il dispositivo è infatti nel senso che *“la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli”*); oggetto della valutazione, e conseguente decisione della Corte, è qualsiasi comportamento tenuto dalle autorità domestiche (qualunque esse siano) nella trattazione di una fattispecie (si tratti di emissione di leggi o di adozione di atti amministrativi ovvero di concreta applicazione di essi nello specifico); nella sentenza *Loukanov c. Bulgaria* del 20.3.97 la Corte ha affermato infatti che lo Stato risponde dal punto di vista della Convenzione degli atti di ogni autorità ed organo statale, a prescindere dal grado di indipendenza ad essi riconosciuto rispetto al governo centrale (ovviamente, per *organo statale* deve intendersi qualsiasi organo pubblico operante nello Stato, quindi anche quelli che da noi sono individuati come

enti locali); da questa parte della pronunzia discende, comunque, l'obbligo dello Stato di conformarsi alla sentenza della Corte, sancito dall'articolo 46 della Convenzione, che in definitiva si concretizza nell'obbligo di attivarsi per la *restitutio in integrum*, adottando, se del caso, misure di carattere individuale o generale per far cessare la constatata violazione, eliminarne le conseguenze, prevenire analoghe violazioni;

b) natura costitutiva nella parte in cui statuisce, quando è il caso, l'obbligo di pagamento alla parte lesa di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione (art. 41) e ciò accade se la riparazione in natura si rivela, in tutto od in parte, incompleta.

Entrambi gli obblighi sopracitati hanno carattere giuridico, nel senso che non si tratta di un mero impegno di politica estera, in quanto l'obbligo discende da una Convenzione - unica nel suo genere - con cui lo Stato ha espressamente riconosciuto (e non già si è impegnato a riconoscere, come solitamente avviene in altri trattati) come propri del cittadino (e quindi immediatamente azionabili a livello interno e, se del caso, a livello sopranazionale) i diritti ivi enunciati e si è impegnato non solo a tutelarli ma, anche, a conformarsi, in caso di constatata violazione, alle sentenze definitive della Corte (art. 46).

3. Nel dispositivo della sentenza non vi è normalmente l'indicazione delle misure specifiche da adottare per ripristinare la situazione o impedire nuove violazioni. Tali misure devono essere ricavate, per via di interpretazione, dal testo della motivazione della sentenza della Corte.

Spetta quindi senz'altro allo Stato interessato, individuate le cause della riscontrata violazione, scegliere i mezzi migliori per conformarsi alla statuizione della Corte. Tali mezzi si concretizzano nell'adozione di misure individuali e/o generali: le prime riguardano la posizione del ricorrente, che deve essere rimesso per quanto possibile in una situazione simile a quella che sussisterebbe se la violazione non avesse avuto luogo; le seconde riguardano l'adozione di misure *erga omnes*, dirette a risolvere anche altri casi analoghi già pendenti nonché a prevenirne ed evitarne altri in futuro (tale seconda esigenza nasce in caso di violazioni non episodiche).

Questa complessa fase esecutiva delle sentenze della Corte EDU comporta, quindi, l'adozione anche di atti amministrativi o processuali concernenti il singolo caso in giudizio (ad esempio, nel caso venga riconosciuta la illegittimità di una condanna penale a seguito di giudizio svoltosi in contumacia illegittimamente dichiarata, l'adozione di un provvedimento di riapertura del processo) e, soprattutto, di disposizioni legislative generali atte ad evitare *erga omnes* il ripetersi delle situazioni censurate dalla Corte (cosa che è avvenuta, ad esempio, con l'adozione della "legge Pinto" sulla eccessiva durata dei processi e con la legge finanziaria 2008, art. 2, commi 89-90, per

la indennizzabilità degli espropri secondo la linea già anticipata dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 348-349/2007).

La procedura della Convenzione prevede però che l'apprezzamento sull'idoneità della scelta operata dallo Stato - e, in sostanza, sull'avvenuto ripristino delle condizioni dello "stato di diritto" e del rispetto dei diritti dell'uomo - sia rimessa al *Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa*, dinanzi al quale, con la partecipazione del Direttore generale per i diritti dell'uomo, si svolge il procedimento di sorveglianza, che ha inizio subito dopo la pubblicazione della sentenza della Corte. Tale procedimento si articola nell'arco di una o più riunioni del Comitato dei ministri, che è informato dal delegato della Rappresentanza in Strasburgo dello Stato condannato circa il "piano di azione" dell'autorità nazionale di Governo e le misure adottate, od in via di adozione, per conformarsi alla sentenza. Nel corso del procedimento - che trova la sua disciplina nelle apposite "Regole" adottate dal Comitato dei ministri - possono essere assunte dal Comitato una o più risoluzioni interinali, per poi trovare il procedimento il suo epilogo nella risoluzione finale con cui il Comitato dei ministri, dato atto che lo Stato si è conformato alla sentenza, dichiara chiuso il caso.

Lo Stato, quindi, è solo formalmente libero nella scelta del mezzo tecnico per realizzare il suo obbligo di conformarsi, in quanto comunque la misura adottata deve, sotto il profilo sostanziale, essere esaminata e condivisa dal Comitato dei ministri, organo politico del Consiglio d'Europa che, nell'esercizio di un meccanismo di controllo collettivo (affidato, cioè, a tutti gli Stati aderenti all'organismo), veglia a che il mezzo scelto sia idoneo e consenta effettivamente di perseguire il risultato voluto nella sentenza della Corte (cioè il ripristino delle condizioni di uno "stato di diritto" che tuteli i diritti basilari dell'individuo).

Ciò comporta che tutti gli oneri derivanti dalle pronunzie di condanna della Corte fanno carico allo Stato italiano e, per esso, alla Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi, cui è stato affidato il compito di curare l'esecuzione delle sentenze dalla legge 9 gennaio 2006, n. 12 [che ha aggiunto al comma 3 dell'art. 5 della legge 23 agosto, n. 400, la lettera *a-bis*], secondo la quale il Presidente del Consiglio dei ministri ("*direttamente o conferendone delega ad un ministro*"): "*promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce*"; alla legge è stata data esecuzione con il d.p.c.m. 1° febbraio 2007 (in G.U. 10 aprile 2007) che ha

affidato, appunto, al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza la competenza nella materia.

4. L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte si configura, come già detto, anche come obbligo di corrispondere alla parte le somme liquidate a titolo risarcitorio.

Il profilo risarcitorio comporta l'esborso da parte dello Stato di tutte le somme necessarie, indipendentemente dall'amministrazione, ente o soggetto giuridico autore della violazione; così lo Stato (e, per esso, il Ministero dell'economia e delle finanze) ha dovuto risarcire i privati illegittimamente espropriati di beni immobili senza un titolo valido (nel famoso caso *Scordino*, la "madre" di tutte le condanne dell'Italia in materia di esproprio, lo Stato ha pagato circa quattro milioni di euro per un esproprio illegittimo curato dall'amministrazione locale di Reggio Calabria), dovrà sopportare l'onere del pagamento dei danni (nell'ordine di alcune centinaia di milioni di euro) di una ancor più illegittima appropriazione di terreni da parte del Comune di Roma (che ha costruito un intero quartiere su terreni altrui senza aver preventivamente portato a termine la procedura di esproprio e senza aver pagato un centesimo ai proprietari), dovrà risarcire i soggetti colpiti da una confisca (disposta ai sensi dell'art. 19 della legge n. 47/1985, ora art. 44, comma 2, d.p.r. 380/2001) giudicata illegittima di terreni abusivamente lottizzati a Bari (caso "Punta Perotti", causato dall'illegittimo rilascio di concessioni edilizie da parte dell'amministrazione comunale), solo per citare i casi più rilevanti.

Per rimediare, sul piano interno, a questa stortura per la quale uno sbaglia e l'altro paga, è stato recentemente regolato l'esercizio dell'azione di rivalsa.

Allo Stato compete, infatti, di promuovere l'azione di rivalsa nei confronti degli enti responsabili delle irregolarità (principalmente in materia di privazione del diritto di proprietà) che hanno causato la condanna da parte della Corte, secondo la (complessa) procedura delineata dall'art. 1, commi 1217-1221, della legge 27 dicembre 2006, n. 296-legge finanziaria 2007, ed inserita nell'art. 16-bis legge n. 4/2/2005, n. 11 (*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*), ove è anche stabilito che il Ministero dell'economia e delle finanze provvede al pagamento di tutti gli indennizzi dovuti in seguito a pronunce di condanna della Corte EDU (oltre che della Corte di Giustizia CE).

Esaminando in dettaglio questa procedura vediamo che, sia per gli oneri derivanti da sentenze di condanna rese dalla Corte di Giustizia CE sia per quelli derivanti da sentenze di condanna rese dalla Corte EDU, lo Stato "ha il diritto": a) di emettere decreto (del Ministro dell'economia e delle finanze) costituente titolo esecutivo nei confronti degli enti territoriali, previa intesa con gli stessi sulle modalità di recupero (nel caso di mancato raggiungimen-

to dell'intesa il decreto è emesso dal Presidente del Consiglio dei ministri, sentita la Conferenza Stato-Regioni); b) di prelevare direttamente le somme dovute dalle contabilità speciali obbligatorie istituite presso la tesoreria provinciale dello Stato (nei confronti dei soggetti che vi sono assoggettati); c) di adire le vie ordinarie (nei confronti degli altri soggetti).

Non era chiaro se questa rivalsa potesse estendersi anche alle somme che lo Stato si obbligava a versare in seguito a *regolamenti amichevoli* definiti nel corso della procedura dinanzi alla Corte EDU che portano ad una *radiazione dal ruolo* della causa prima dell'adozione di una sentenza di condanna, ma il dubbio è stato risolto con l'art. 42 *ter*, d.l.30/12/2008, n. 207, conv. in l. 27/2/2009, n. 14, che ha espressamente previsto questa possibilità.

Neppure era ed è chiaro se possa esercitarsi l'azione di rivalsa anche per le pronunce di condanna intervenute prima dell'entrata in vigore della legge finanziaria 2007 ma, a mio avviso, questi dubbi possono riguardare solo la particolare procedura dettata dalla finanziaria del 2007 e non certo il diritto all'azione ordinaria di ripetizione per le somme pagate per colpa o nell'interesse di altri che, nei limiti della prescrizione, potrebbero sempre essere proposte nell'interesse della Presidenza del Consiglio e del Ministero dell'economia e della finanze.

Ad ogni buon conto, ad oggi, nessuna rivalsa è stata ancora proposta per recuperare le ingenti somme sborsate per l'esecuzione delle sentenze della Corte⁽³⁾.

Un primo risultato pratico questa normativa lo ha comunque ottenuto: gli enti territoriali collaborano attivamente all'istruttoria della causa, fornendo alla nostra Rappresentanza di Strasburgo gli elementi utili per la difesa e, in particolare, le valutazioni tecniche necessarie (cosa che prima non avveniva con la stessa solerzia e puntualità).

5. Rilevante nel procedimento di accertamento delle violazioni alla Convenzione è anche la fase pre-contenziosa o, meglio, pre-decisoria e che è regolata dagli art. 37-39.

La Presidenza del Consiglio, quindi, interviene anche per la gestione della fase di *componimento bonario* che la Convenzione e la Corte promuovono al fine di evitare, per quanto possibile, l'adozione di sentenze di condanna degli Stati, nelle forme della *offerta unilaterale* ai sensi dell'art. 37, paragrafo 1, lett. c), della Convenzione o del *regolamento amichevole* ai sensi degli art. 38-39.

A tal fine, sia dopo la semplice proposizione del ricorso sia dopo la sua pronuncia di ricevibilità (quando emessa separatamente dal merito) sia

(3) Lo Stato ha avviato il 23 dicembre 2009 l'azione di rivalsa.

dopo la condanna sull'*an* (che accerta l'esistenza della violazione denunciata a carico dello Stato), su sollecitazione del Cancelliere (*Greffier*) della Corte o della parte privata o su iniziativa autonoma dello Stato chiamato in giudizio o riconosciuto responsabile, si apre una fase stragiudiziale tendente alla quantificazione concorde della somma riconosciuta a favore della parte ricorrente che, se accettata, comporta la cancellazione della causa dal ruolo; cancellazione che la Corte dispone anche quando l'offerta formulata dalla Stato viene ritenuta congrua, ancorché non accettata dalla parte: è evidente l'interesse dello Stato a pervenire alla cancellazione della causa dal ruolo piuttosto che ad una sentenza di condanna definitiva ed a tal fine l'intervento della Presidenza del Consiglio è molto importante non solo per la soluzione della singola controversia ma, soprattutto, per la salvaguardia dell'immagine internazionale del Paese; in tale attività la Presidenza acquisisce il parere dell'Avvocatura dello Stato per le questioni più rilevanti.

II. La rappresentanza e difesa dello Stato italiano dinanzi alla Corte EDU.

1. Nella delicata materia dei risarcimenti per eccessiva durata dei processi, l'Avvocatura dello Stato svolge il gravoso compito di patrocinio dell'amministrazione convenuta nei giudizi proposti ai sensi della c.d. Legge Pinto e si è dichiarata disponibile, alcuni anni fa, a gestire la fase amministrativa pre-contenziosa che era stata ipotizzata per snellire l'*iter* di queste vertenze: purtroppo, la proposta di legge non poté andare in porto per l'opposizione della categoria degli avvocati che non volevano essere esclusi da quella fase e, così, oggi ci ritroviamo a dover adottare con urgenza una modifica delle disposizioni di quella legge per eliminare le storture e il disagio creato, da un lato, sull'attività della magistratura nazionale già gravata oltre ogni misura e, dall'altro lato, sull'attività della Corte di Strasburgo, ove continuano ad arrivare ricorsi per l'eccessiva durata della stessa causa *ex lege Pinto* o per il ritardo nel pagamento degli indennizzi liquidati.

Dinanzi alla Corte di Strasburgo lo Stato, che compare in persona dell'Agente designato, è assistito e patrocinato in giudizio da co-agenti insediati nella Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa (attualmente due magistrati ordinari collocati fuori ruolo e che reggono tutto il contenzioso di Strasburgo).

L'Avvocatura dello Stato non assume la difesa dello Stato in queste cause, salvo che in casi eccezionalissimi (praticamente un paio di volte ad oggi), ma lo sviluppo del contenzioso sopra delineato e la crescente rilevanza dell'impegno economico che ne deriva dovranno portare ad un ripensamento della posizione, quale coerente completamento della riorganizzazione attuata con la legge n. 12 del 2006 e con la legge finanziaria 2007.

2. La partecipazione dell'Avvocatura dello Stato ai giudizi dinanzi alla Corte di Strasburgo, in coordinamento con i co-agenti in loco, si rende ancor più indispensabile se si considera la opportunità di:

- pronunce non conformi alla gerarchia delle fonti delineata dalle recenti pronunce della Corte Costituzionale (sent. 348 e 349 del 24 ottobre 2007) e non rispettose della funzione di quest'ultima;

- evitare, per quanto possibile, pronunce di condanna dell'Italia ed incrementare la definizione *amichevole* delle controversie (fase nella quale già interviene rendendo pareri alla Presidenza del Consiglio dei ministri);

- curare la corretta esecuzione delle sentenze di condanna presso i competenti organismi giudiziari ed amministrativi nazionali, anche in relazione al controllo operato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ed alle ulteriori conseguenze di una eventuale inadempienza;

- proporre le azioni di rivalsa contro gli enti ed i soggetti responsabili delle illegittimità all'origine della condanna (azione che, indubbiamente, andrà esercitata dall'Autorità statale con il patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura);

- seguire tutte le questioni giudiziarie connesse a quella portata all'esame della Corte, sia precedenti alla proposizione del ricorso (ad esempio, quanto all'eccessiva durata dei processi, i giudizi *ex lege Pinto* che spesso generano a loro volta ulteriore contenzioso a Strasburgo, come sopra detto) sia successive (ad esempio, per nuove domande proposte dinanzi alle Autorità Giudiziali nazionali dopo la pronuncia della Corte, come recentemente avvenuto con atto di citazione dinanzi al Tribunale di Napoli notificato al Ministero della giustizia per conseguire la condanna al risarcimento di danni morali, esistenziali e patrimoniali non liquidati dalla Corte).

Ovviamente, tutta questa complessa attività difensiva, che ha le radici in una vicenda giudiziaria nazionale, si sviluppa nelle fasi pre-contenziosa, contenziosa e post-contenziosa, dinanzi alla Corte EDU ed al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, e genera ulteriori interventi in sede legislativa, amministrativa e giudiziaria nazionale, deve essere seguita e coordinata da un unico patrocinatore legale, con l'ausilio delle specifiche professionalità addette ai vari uffici coinvolti, e questo patrocinatore non può che essere l'Avvocatura dello Stato.

Non c'è bisogno di alcun intervento normativo per consentire all'Avvocatura di patrocinare lo Stato dinanzi alla Corte di Strasburgo, attese le competenze generali attribuite all'Istituto dall'art. 1 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, e dall'art. 9 legge 3 aprile 1979, n. 103, a mente dei quali: "*La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato*" (art. 1 del R.D. 1611/1933), e "*L'Avvocatura generale dello Stato*

provvede alla rappresentanza e difesa delle amministrazioni nei giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di cassazione, al Tribunale superiore delle acque pubbliche, alle altre supreme giurisdizioni, anche amministrative, ed ai collegi arbitrali con sede in Roma, nonché nei procedimenti innanzi a collegi internazionali o comunitari” (art. 9 l. 103/79).

L’Avvocatura dello Stato patrocina regolarmente le amministrazioni statali dinanzi alla Corte di giustizia dell’Unione europea, assistendo l’agente designato e sviluppando dinanzi alla Corte tutte le difese, orali e scritte, necessarie; inoltre, l’Avvocatura assiste l’amministrazione, con la sua attività consultiva, nella fase pre-contenziosa che si svolge dinanzi alla Commissione europea, nel caso di procedure di infrazione, e nella fase post-contenziosa di attuazione delle prescrizioni degli Organi Comunitari.

È certamente auspicabile che uguale attività di assistenza e patrocinio possa essere prestata anche per il contenzioso dinanzi alla Corte EDU e per le fasi pre-processuali e post-processuali che vi sono connesse - alle quali dianzi abbiamo fatto cenno - ovviamente in collaborazione con la Rappresentanza Permanente a Strasburgo che tanto bene opera: il problema è solo di “risorse” di uomini e mezzi.

Per consentire l’assunzione di questo patrocinio sarebbe necessario un limitato aumento di organico e, soprattutto, la istituzione di una sede presso gli organismi europei, anche una sola con competenza generale per il contenzioso dell’Unione europea e quello dei Diritti dell’uomo, ma con una organizzazione distinta da quella delle Rappresentanze diplomatiche e direttamente dipendente dall’Avvocatura generale di Roma.

Se c’è interesse e disponibilità da parte del Governo potremmo metterci al lavoro anche da domani per creare le condizioni necessarie all’esercizio di questa attività.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi

Capo del Dipartimento, Claudio Zucchelli

A cura di Margherita Piccirilli, direttore dell'Ufficio contenzioso, per la consulenza giuridica e per i rapporti con la Corte Europea dei diritti dell'uomo



Pubblicazione edita dalla
Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Capo del Dipartimento, Elisa Grande

Stampa e distribuzione: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, S.p.A. - Salario