
di *Alfredo Gaito e Sandro Furfaro*

SOMMARIO

1. Premessa – 2. I vizi deducibili: la *violazione di legge* – 3. Il controllo della motivazione: profili di illegittimità costituzionale – 4. La pubblicità dell'udienza in Cassazione e la Consulta: a) incongruenze sistematiche – 5. *Segue*: b) l'efficacia delle norme CEDU.

1. PREMESSA

L'art. 10, d.lg. 6.9.2011, n. 159, prevede le impugnazioni ordinarie avverso le decisioni del Tribunale in materia di prevenzione personale.

Si tratta, ovviamente, dell'appello diretto alla corte d'appello avverso il decreto emesso dal tribunale e del ricorso per cassazione avverso la decisione della Corte d'appello.

Quanto previsto dalla norma è poi ripreso dall'art. 27 relativo alle decisioni patrimoniali, con l'aggiunta, al 3° co., della sospensione dell'esecutività della revoca del sequestro a seguito di richiesta del P.M. con l'impugnazione; istituto che risulta davvero inconcepibile stanti i comuni principi di efficacia immediata delle decisioni favorevoli.

Purtroppo, non è l'unico aspetto distorto della disciplina delle impugnazioni, in quanto, ad esso, immediatamente si affianca la collaudata esecutività delle decisioni personali sfavorevoli, rispetto alle quali la proposizione dell'impugnazione non produce effetto sospensivo (art. 10, 2° co.), mentre i provvedimenti ablatori, la confisca della cauzione e l'esecuzione sui beni costituiti in garanzia divengono esecutivi con la definitività delle relative pronunzie (art. 27, 2° co.).

Nulla è mutato rispetto al precedente assetto normativo in ordine alle impugnazioni ordinarie, tranne la possibilità di richiedere l'udienza pubblica nel giudizio di appello.

Tale possibilità, come si vedrà, è per altro negata per il giudizio di legittimi-

tà, mentre per prassi giurisprudenziale ormai consolidata nel procedimento di prevenzione vige il divieto di *reformatio in pejus*¹ e, per quanto riguarda l'appello e le prove, il richiamo alle forme del primo grado comporta gli stessi limiti e gli stessi problemi già considerati a proposito delle *deficienze* del primo grado, nulla escludendo, però, che possa farsi luogo ad acquisizioni nuove.

2. I VIZI DEDUCIBILI: LA VIOLAZIONE DI LEGGE

Seguendo l'impostazione della precedente legislazione, l'art. 10, 3° co., stabilisce che «*avverso il decreto della corte d'appello, è ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge, da parte del pubblico ministero e dell'interessato, entro dieci giorni*» e che «*la Corte di cassazione provvede, in camera di consiglio, entro trenta giorni dal ricorso*».

Escluso dall'ambito dei vizi deducibili il controllo sulla motivazione, va comunque segnalato che esso costituisce un diritto, in quanto specificazione del precetto costituzionale di cui all'art. 111, 6° co., Cost., che stabilisce l'obbligo della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, facendo derivare dall'inosservanza di esso la nullità dell'atto. Mentre la persistente previsione di ambiti processuali entro i quali il controllo che può devolversi alla Corte di cassazione è circoscritto alla "violazione di legge" concreta una limitazione che, ogni qualvolta intesa in senso formalistico, rischia di determinare altrettante ipotesi di non più accettabile arretramento di tutela e di lesione dei diritti di difesa garantiti dal sistema delle norme interne e sovranazionali in materia di processo giusto.

Poiché è pacifico che nel concetto di violazione di legge debba essere sempre ricondotto il vizio di mancanza di motivazione, in riferimento alla violazione dell'art. 125 c.p.p., ma non vale altrettanto per le situazioni della motivazione apparente, dell'illogicità manifesta delle argomentazioni del giudice e dell'infedeltà rispetto agli atti del procedimento, che di recente sempre più spesso sono state ritenute estranee a questo concetto, torna a riproporsi in maniera prepotente il problema della inadeguatezza dello strumento del ricorso per violazione di legge così come sperimentato dalla prassi più restrittiva in via di consolidamento. E si spiega.

Gli arresti giurisprudenziali circa gli ambiti devolutivi nel giudizio di legittimità in materia di misure di prevenzione son ben noti, e consolidati. Il dato normativo è incontrovertito: ai sensi dell'art. 10, 3° co., d.lg. n. 159/2011 (già art. 4, 11° co., l. 27.12.1956, n. 1423, richiamato dal 2° co. dell'art. 3 *ter*, l. 31.5.1965, n. 575), il ricorso per cassazione avverso provvedimenti che dispon-

¹ Così, da Cass., sez. I, 7.10.1970, Ulivi, *GP*, 1971, II, 628, in poi.

gono una misura di prevenzione personale e/o reale non è proponibile per far valere tutti i vizi di cui all'art. 606 c.p.p. bensì solo per "violazione di legge".

La esplicita previsione, che esclude dal novero dei casi proponibili il vizio di motivazione, nelle articolazioni che esso assume ai sensi della lett. e) dell'art. 606 c.p.p., ha impegnato la dottrina più accorta e la giurisprudenza di legittimità nel tentativo di verificare se ed entro quali limiti il "caso" non previsto potesse essere comunque ricondotto nell'ampio *genus* della "violazione di legge".

Da un lato, è stato affermato che il sindacato di legittimità non può investire l'*iter* giustificativo della decisione, a meno che questo non sia graficamente carente, nel qual caso vi sarebbe, tra l'altro, non già vizio di motivazione ma violazione di legge; dall'altro lato, si è tentato un temperamento al rigoroso disposto normativo per cui il vizio di "violazione di legge" è stato esteso fino a comprendere casi nei quali la motivazione del provvedimento applicativo può dirsi solo "apparente", ovvero priva dei requisiti di logicità, completezza, specificità che impediscono di cogliere la *ratio* posta alla base del ragionamento giudiziale². *Cosicché, per lezione giurisprudenziale oramai collaudata, in materia di prevenzione, la violazione dell'obbligo di provvedere con decreto motivato, che è imposto al giudice di appello dall'art. 10, 2° co., d.lg. n. 159/2011³, si risolve in violazione di legge, sub specie di mancanza di motivazione, sottolineandosi tra l'altro che «il procedimento di prevenzione ha carattere giurisdizionale ed i decreti che concludono le fasi del medesimo hanno natura sostanziale di sentenza»⁴.*

Alla Corte di legittimità, dunque, compete l'esame della motivazione del decreto impugnato per verificare se essa sia completa e corrispondente alle premesse fattuali acquisite in atti (cosiddetta giustificazione esterna), o debba invece considerarsi lacunosa e frammentaria per non aver vagliato tutti gli elementi decisivi a disposizione e che, se esaminati, avrebbero potuto avere concreta incidenza sul giudizio finale, ovvero se siano state date risposte esaustive alle obiezioni difensive delle parti.

Ferma restando l'esclusione dal novero dei vizi deducibili di quello indicato

² Tra le più recenti, Cass., sez. II, 3.9.2012, Di Gioia, *ined.*; Cass., sez. I, 17.1.2011, Pardo, *FI*, 2011, II, 197; Id., sez. I, 12.1.2011, Mazza, *ibidem*; Id., sez. I, 10.12.2010, Valletta e altri, *ibidem*, con nota erosivamente critica di SILVESTRI, *Misure di prevenzione e metamorfosi del ricorso per cassazione*; Id., sez. V, 8.4.2010, Palermo, *CED*, rv. 247514. In generale, sulla riconducibilità del vizio di motivazione c.d. apparente alla categoria della violazione di legge, Cass., Sez. Un., 28.5.2003, Pellegrino, *CED*, rv. 224611; Id., sez. I, 9.11.2004, Santa-paola, *ivi*, rv. 230303.

³ Cass., sez. VI, 17.12.2003, Criaco e altro, *CED*, rv. 229305; Id., sez. VI, 26.6.2002, *ivi*, rv. 222754; Id., sez. II, 6.5.1999, Sannino, *ivi*, rv. 213852.

⁴ Cass., sez. V, 30.10.2002, Ferrara, *Mass. Uff.*, n. 223218.

dall'art. 606, 1° co., lett. e), c.p.p. (vale a dire: mancanza, illogicità, contraddittorietà della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero dal raffronto con altri atti del processo specificamente indicati nell'atto di gravame), il controllo del provvedimento può riguardare, pertanto, solo la verifica della rispondenza degli elementi esaminati (se necessario acquisiti *ex officio* dal giudice) ai parametri legali, imposti per l'applicazione delle singole misure e vincolanti, in assenza della quale ricorre la violazione di legge *sub specie* di motivazione apparente⁵. La violazione di legge deducibile, in conclusione, ricorre solo ove il vizio di motivazione assume dimensioni "così eclatanti" e "macroscopiche" da integrare l'inosservanza del precetto legale dell'art. 10, 2° co., d.lg. n. 159/2011, che impone al giudice d'appello di provvedere sulla richiesta di misura di prevenzione con decreto "motivato".

Tale orientamento non ha mostrato cedimento alcuno tanto dinanzi alle novità normative che hanno determinato una significativa metamorfosi della natura giuridica della confisca di prevenzione⁶ ed inasprito la sua finalità⁷, tanto dinanzi alla progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione che, sotto molteplici profili, pacificamente non si sottrae ai contenuti minimi del *giusto processo* di cui all'art. 111 Cost.

Orientamento consolidato insensibile, infine, agli spunti provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo in ordine alla confisca in generale ed a quella di prevenzione in particolare che, incidendo sui aspetti sostanziali e processuali dell'istituto⁸, assume rilevanza dirimente ai fini della

⁵ Cass., sez. V, 8.4.2010, Palermo, cit.; Id., sez. I, 21.1.1999, Barbangelo, CED, rv. 212946.

⁶ Si allude, essenzialmente, alla entrata in vigore del d.l. n. 92/2008, conv. con modifiche nella l. n. 125/2008 che ha introdotto il principio della reciproca autonomia ed indipendenza fra misure di prevenzione personali e patrimoniali, ora cardine della nuova normativa contenuta nel d.lg. 6.9.2011, n. 159 (c.d. codice antimafia).

⁷ Le misure di prevenzione, specie patrimoniali, una volta "sganciate" da un giudizio di pericolosità personale del proposto, danno luogo ad una vera e propria *actio in rem* in forza della quale ove ricorrano le condizioni di applicabilità della misura, i beni appartenenti al soggetto o a congiunti o a terzi estranei sono pericolosi *in se*, svelando una straordinaria ed indifferenziata potenzialità lesiva. Con espressione efficace, benché riprovevole, la confisca di prevenzione antimafia è stata di recente definita strumento di "prosciugamento" dei patrimoni mafiosi da Cass., sez. II, 3.9.2012, Di Gioia, cit.

⁸ Come avrà modo di illustrarsi più avanti, sotto il primo aspetto il riferimento va a Corte eur., 20.1.2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia nonché alla prima decisione emessa in seno al medesimo procedimento, sulla ricevibilità del ricorso, Corte eur., 30.8.2007, Sud Fondi s.r.l.; sotto il secondo aspetto, alle decisioni dei Giudici di Strasburgo che hanno condannato lo Stato italiano per violazione del diritto alla pubblicità dell'udienza nel procedimento di prevenzione, Corte eur., 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia; Corte eur., 5.1.2010, Buongiorno c. Italia.

Decisioni che, a loro volta, hanno indotto la Consulta, con sentenza n. 93/2010 (in *GiC*,

fondatezza della q.l.c. che qui si propone.

In realtà, la questione non è nuova. Interrogata sulla ragionevolezza della scelta legislativa e dei conseguenziali risvolti applicativi, la Consulta in tempi meno recenti ne ha riconosciuto la legittimità rispetto ai parametri costituzionali di riferimento invocati nell'ordinanza remittente, dichiarando con sent. n. 321/2004 la infondatezza della questione di legittimità dell'art. 4, 11° co., l. 27.12.1956, n. 1423, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.

La decisione, invero modestamente argomentata rispetto alle articolate censure contenute nell'ordinanza di remessione, ove non apertamente criticata⁹, è passata praticamente inosservata nel dibattito dottrinale che non contribuì ad arricchire.

A parere della Corte, in breve, le censure di legittimità prospettate in ordine alla impossibilità di includere nel vizio di violazione di legge anche la illogicità manifesta della motivazione, così come definito dall'art. 606, 1° co., lett. e), c.p.p., non sono fondate, e ciò perché «il risultato perseguito dal rimettente non può essere ritenuto costituzionalmente obbligato»¹⁰.

La censura relativa, poi, alla ingiustificata disparità di trattamento sotto il profilo della disciplina delle impugnazioni fra misure di prevenzione e misure di sicurezza e fra misure di prevenzione e misure, parimenti qualificate¹¹, previste dalla l. 13.12.1989, n. 401, avverso le quali il ricorso per cassazione non soffre limitazione alcuna, non è stata ritenuta fondata perché inopinatamente basata sul «confronto tra settori direttamente non comparabili, posto che il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali»¹². Evocando precedenti decisioni¹³, la Con-

2010, 1066, con commento di GAITO-FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*), a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, l. 27.12.1956, n. 1423, e dell'art. 2 ter, l. 31.5.1965, n. 575, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al Tribunale e alla corte d'appello, nelle «forme dell'udienza pubblica». In linea con la decisione della Consulta, il legislatore del 2011 ha previsto che «l'udienza si svolge senza la presenza del pubblico» ma «il presidente dispone che il procedimento si svolga in pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta». Medesima disposizione disciplina la «conversione» del rito in appello ex art. 10, 2° co., codice antimafia, a sua volta richiamato dall'art. 27 stesso testo in tema di impugnazioni avverso il decreto applicativo della misura di prevenzione reale.

⁹ Fra gli altri, VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, 7.

¹⁰ C. Cost., ord., 5.11.2004, n. 321, *GU*, 10.11.2004.

¹¹ Cass., Sez. Un., 29.11.2005, Ghezzi, *FI*, 2006, II, 480; Id., Sez. Un., 27.10.2004, Labbia, *CED*, rv. 229112.

¹² C. Cost., ord., n. 321/2004, cit. È stato fatto osservare, prontamente, che l'art. 4, 12°

sulta ha quindi confermato quell'indirizzo secondo il quale «*le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione*»¹⁴.

Invero, l'ordinanza di rimessione della questione di legittimità, che per l'attuale condivisibilità delle argomentazioni in questa sede si richiama interamente¹⁵, aveva posto problematiche assai più complesse. In esordio, si rimarcava come la disciplina del ricorso per cassazione avverso provvedimenti in tema di misure di prevenzione risente di un vizio di fondo, che ne svela l'illegittimità, legato all'avvicendamento normativo fra vecchio e nuovo codice di rito, determinante un pericoloso "arretramento" sotto il profilo delle garanzie rispetto al passato. Il codice del 1930, vigente all'epoca dell'entrata in vigore della l. n. 1423/1956, non operava distinguo alcuno fra "violazione di legge" e "vizio di motivazione" nelle sue diverse modulazioni, con la conseguenza che il ricorso per cassazione avverso il decreto confermativo di una misura di prevenzione era certamente proponibile anche nelle ipotesi classicamente riconducibili al vizio di motivazione, in cui il discorso giustificativo del giudice era intimamente illogico, contraddittorio o mancante.

L'entrata in vigore del nuovo codice di rito, e lo "sganciamento" del vizio di motivazione dalla violazione di legge, non accompagnata da una modifica dell'art. 4, 1° co., l. n. 1423/1956, che solo a quest'ultimo alludeva, aveva determinato una sorta di "irragionevolezza sopravvenuta" della disciplina in esame.

Con maggiore precisione. L'art. 475, n. 3, c.p.p. 1930 prevedeva la nullità della sentenza in caso di mancanza o di contraddittorietà della motivazione; al contempo, l'art. 524, 1° co., n. 3, stesso testo, individuava fra i motivi di ricorso per cassazione l'inosservanza di norme stabilite a pena di nullità, inammissibili-

co., l. n. 1423/1956 richiama espressamente la disciplina prevista dal codice di procedura penale per le misure di sicurezza, onde «*lungi dall'essere non comparabili, i due procedimenti sono assolutamente sovrapponibili a causa di un rinvio normativo esplicito dell'uno all'altro*» (VALENTINI, *op. cit.*, 9). Le innegabili affinità sotto il profilo sostanziale e processuale erano state del resto rimarcate dalla stessa Corte costituzionale con sentenze 22.12.1980, n. 177 (*GI*, 1981, I, 660) e 7.12.1994, n. 419 (*CP*, 1995, 509).

¹³ C. Cost., ord., 5.12.2003, n. 352, *DPP*, 2004, 53.

¹⁴ C. Cost., n. 321/2004, cit.

¹⁵ Cass., sez. I, 26.11.2003, Guttadauro, *CED*, rv. 226035, ha dichiarato non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 1° co., l. 27.12.1956, n. 1423, nella parte in cui, limitando alla sola violazione di legge il ricorso per cassazione contro il decreto della corte d'appello in materia di misure di prevenzione personale, esclude la sindacabilità del vizio di illogicità manifesta della motivazione ai sensi dell'art. 606, 1° co., lett. e), c.p.p.

tà o decadenza. Per l'effetto, alle misure di prevenzione era certamente applicabile il regime "ordinario" del ricorso per cassazione nel quale i vizi di illogicità della motivazione, nel loro diverso atteggiarsi, erano riconducibili nello schema della violazione della legge processuale. "Sganciato" il vizio di motivazione dalla violazione di legge, sul terreno delle misure di prevenzione il legislatore ha ritenuto di non intervenire determinando la sopravvenuta irragionevolezza della disciplina nella misura in cui ha reso insindacabile ciò che invece prima pacificamente era soggetto a controllo.

Ad oggi, in ragione della autonomia concettuale fra vizio di motivazione e violazione della legge processuale, le patologie che affliggono il ragionamento del giudicante non sono riconducibili al caso descritto dalla lett. c) dell'art. 606, 1° co., c.p.p. bensì a quello di cui alla lett. e) della stessa norma, comprensivo della mancanza, contraddittorietà ed illogicità manifesta del discorso giustificativo della decisione. Al contempo, l'art. 546, 3° co., c.p.p. sancisce con la nullità la sola ipotesi della mancanza di motivazione mediante esplicito rinvio all'art. 125, 3° co., c.p.p.

Invero, per avallare la necessità di una misura di prevenzione (il pensiero corre soprattutto a quella patrimoniale ormai disgiunta da quella personale), non è sufficiente soffermarsi sulla *rubrica* della legge che si assume violata ed avallare l'indirizzo giurisprudenziale costante; piuttosto doveva e deve essere esaminata la questione processuale sottoposta al vaglio della Corte di cassazione e propendere con coraggio per soluzioni giurisprudenziali che censurino gli atti in odore di disinvolta superficialità. Altrimenti, procedendo alla acritica e formalistica applicazione di canoni giurisprudenziali ormai diventati marmorei, il controllo di legittimità sulle decisioni scaturite dal procedimento di prevenzione non ha più alcuna ragione di esistere.

Deve, invece, sottolinearsi con forza che la funzione nomofilattica adempiuta dalla Suprema Corte e quindi il perseguimento dell'uniformità giurisprudenziale non può diventare la difesa ad oltranza di un'interpretazione avulsa da Costituzione, leggi e tempi; e, questa stessa comoda esegesi, un monolite immodificabile¹⁶.

Il diritto di difesa ha senso se è sorretto da controlli giurisdizionali concreti¹⁷. Mentre, attualmente, all'orizzonte giurisprudenziale si vede limpidamente una situazione caratterizzata, oltre che estremo disinteresse verso *interpretazioni costituzionalmente orientate*, di evidente contraddizione rispetto ai limiti entro i quali il vizio di motivazione possa o meno rilevare ai fini dell'integrazione

¹⁶ FURFARO, *Nomofilachia*, Dig. pen., Agg., VI, Torino, 2011, 325.

¹⁷ Da tempi non sospetti: GAITO, *Sequestri dei beni «mafiosi» e controlli giurisdizionali*, GI, 1986, II, 209.

di quello di violazione di legge, non mancando – per fortuna – significative prese di posizione giurisprudenziali, quali quelle che recentemente hanno disposto l’annullamento del decreto di applicazione delle misure di prevenzione avendo riconosciuto la violazione di legge nel caso in cui il decreto non ha dato rilevanza alla circostanza che il sottoposto alla restrizione patrimoniale aveva dimostrato di avere avuto fonti di reddito lecite grazie al suo lavoro, svolto seppure con alterne fortune¹⁸ ovvero laddove il decreto si è limitato a condividere le valutazioni del Tribunale¹⁹.

Tanto basta a dimostrare che la chiusura ad una rivisitazione in sede di legittimità non è poi così netta. E che nonostante la strozzatura della deducibilità della sola violazione di legge, l’effettività del controllo è ancora possibile.

3. IL CONTROLLO DELLA MOTIVAZIONE: PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Come s’è visto, in una sola occasione la Corte di cassazione ha seriamente dubitato della razionalità della disciplina risultante dalla trasformazione della sfera precettiva in discorso, esprimendo plurime perplessità sulla conformità della modificata portata normativa ai principi della Carta costituzionale²⁰. Con l’atto di promovimento, il giudice remittente aveva rimarcato come l’assetto attuale della disciplina delle impugnazioni in materia si pone in aperta antitesi con la progressiva giurisdizionalizzazione²¹ cui il procedimento volto alla applica-

¹⁸ Cass., sez. I, 12.4.2012, n. 16145/2012, Vallone ed altri, *ined.*

¹⁹ Cass., sez. II, 23.3.2012, n. 14258/2012, Paviglianiti ed altri, *ined.*

²⁰ Cass., sez. I, 26.11.2003, Guttadauro, *cit.*

²¹ Tanto per citare alcuni passaggi fondamentali di tale processo, evocati nell’ordinanza remittente: «a) ... si ritiene che la decisione, formalmente denominata decreto, abbia natura sostanziale ed efficacia di sentenza, in quanto conclude una fase del giudizio ed è soggetta ad appello e a ricorso per cassazione, ossia alle medesime impugnazioni previste contro le sentenze (Cass., Sez. I, 16 aprile 1996, Biron e altri; Sez. I, 14 ottobre 1988, Olivieri, *rv.* 179719; Sez. I, 21 dicembre 1984, De Cicco, *rv.* 167525; Sez. I, 14 gennaio 1980, Garonfolo, *rv.* 144576); b) la natura del decreto si riflette sulla dimensione dell’obbligo della motivazione, che deve essere imperniata su elementi indiziari, realmente sintomatici della pericolosità sociale ed ancorati a fatti obiettivi, con l’esclusione di valutazioni puramente soggettive ed incontrollabili (Corte cost., 7 dicembre 1994, n. 419, e 22 dicembre 1980, n. 177; Cass., Sez. V, 14 dicembre 1998, Musso; Sez. I, 8 marzo 1994, Scaduto; Sez. VI, 24 marzo 1993, Bertuca, *rv.* 194196; Sez. I, 1° giugno 1990, Franco, *rv.* 184901); c) nel procedimento di prevenzione, è operante la regola della correlazione della decisione con gli addebiti contestati, imposta dalla necessità di osservare i principi del contraddittorio e della tutela dei diritti di difesa (Cass., Sez. I, 11 novembre 1985, Nicoletti, *rv.* 171475; Sez. I, 10 marzo 1986, Scarrantino, *rv.* 172302); d) anche nel procedimento di prevenzione è ammissibile la rimessione ex art. 45 c.p.p., in virtù della natura pienamente giurisdizionale di esso, che postula l’esistenza di un giudice indipendente e imparziale (Cass., Sez. I, 9 febbraio 2000,

zione di misure di prevenzione, pur mantenendo le proprie peculiarità, è pervenuto, in uno alla «piena assimilazione al processo ordinario di cognizione, essendo caratterizzato, al pari di quest'ultimo, dai principi coesenziali al giusto processo, identificati dal novellato art. 111 Cost. nella presenza di un giudice terzo e imparziale e nel contraddittorio delle parti in posizione di parità»²².

Gli effetti significativamente limitativi della libertà personale e lesivi della proprietà impediscono pertanto di prescindere dall'osservanza delle garanzie che sono tipiche ed irrinunciabili del processo penale; di riflesso, per quanto concerne le impugnazioni, deve essere assicurato il «controllo effettivo e reale delle decisioni limitative della libertà personale»²³.

Si era osservata, infine, la diversità di trattamento riservata alle impugnazioni avverso provvedimenti applicativi delle misure di sicurezza ed avverso misure, anch'esse comunemente qualificate di prevenzione, disposte ai sensi dell'art. 6, l. 13.12.1989, n. 401, in relazione a condotte violente poste in essere in occasione di manifestazioni sportive.

Quanto alle prime, l'art. 10, 4° co., d.lg. n. 159/2011 rinvia, per la proposizione e decisione dei ricorsi in materia di prevenzione alle norme del codice di procedura penale dettate per le impugnazioni delle misure di sicurezza rispetto alle quali vi era, vigente il vecchio codice, indiscussa equiparazione. Entrato in vigore il nuovo codice di rito, mentre in ordine alle misure di sicurezza il ricorso per cassazione è pacificamente esteso alla illogicità manifesta della motivazione in forza del combinato disposto degli artt. 678, 1° co., e 666, 6° co., c.p.p., detto vizio, sganciato dalla violazione di legge, non è deducibile come motivo di ricorso contro le decisioni di secondo grado relative alle misure di prevenzione «con un'evidente disparità normativa priva di base razionale»²⁴. Disparità di trattamento priva di giustificazione che assume connotazioni ben più preoccupanti se si confronta la disciplina di cui si contesta la legittimità con quella prevista per le impugnazioni dei provvedimenti disposti ai sensi dell'art. 6, l. n.

Tiani, rv. 216005; Sez. I, 9 gennaio 1998, Bardellino, rv. 210233); e) nell'ottica del giusto processo, il principio di neutralità-terzietà del giudice rende applicabile l'istituto della ricusazione quando il giudice, chiamato a decidere sulla responsabilità dell'imputato, abbia espresso, nel procedimento di prevenzione, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti della medesima persona (Corte cost., 14 luglio 2000, n. 283, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 37, comma 1, c.p.p.): identico principio è indubbiamente operante nell'ipotesi inversa a quella esaminata in detta pronuncia di incostituzionalità, onde la ricusazione è sicuramente esperibile allorché il procedimento di prevenzione penda dinanzi ad un giudice che ha già giudicato, in un processo penale, la stessa persona per i medesimi fatti».

²² Cass., sez. I, 26.11.2003, Guttadauro, cit.

²³ Cass., sez. I, 26.11.2003, Guttadauro, cit.

²⁴ Cass., sez. I, 26.11.2003, Guttadauro, cit.

401/1989²⁵, certamente di minore afflittività: l'art. 6, 4° co., cit. prevede l'impugnabilità in cassazione dell'ordinanza di convalida, senza limitazioni di sorta, ivi compresa l'illogicità manifesta della motivazione della decisione impugnata.

La Corte costituzionale, come s'è visto, ha superato con imperdonabile eccesso di disinvoltura, l'eccezione di incostituzionalità postulando che il risultato perseguito dal rimettente non può ritenersi costituzionalmente obbligato e che non è ravvisabile un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto a quanto previsto per le misure di sicurezza e per le misure contemplate dall'art. 6, l. 13.12.1989, n. 401, con la precisazione, inoltre, che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, le forme di esercizio del diritto di difesa possono essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento²⁶. Le critiche immediatamente articolate in letteratura sono rimaste inascoltate²⁷.

Costituzione, leggi e tempi impongono, però, un radicale ripensamento, anche per la considerazione forse banale, ma ineludibile a livello di logica, che se il riferimento alla violazione di legge non aveva alcun valore limitativo quando era in vigore il codice fascista, non può averlo acquistato a seguito dell'adozione del codice Vassalli²⁸.

Pesa inoltre il modello europeo, secondo cui «la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ... impone ... una lettura del procedimento di prevenzione che sia in linea con i principi del giusto processo»²⁹, cosicché la persistente previsione di ambiti processuali entro i quali il controllo che può devolversi alla Corte di cassazione è circoscritto alla "violazione di legge" concreta una limitazione che, ogni qualvolta intesa in senso formalistico, rischia di determinare altrettante ipotesi di non più accettabile arretramento di tutela e di lesione dei diritti di difesa garantiti dal sistema delle norme interne e sovranazionali in materia di processo giusto.

Correlativamente, deve porsi l'interrogativo se tale disciplina sia rispondente alle condizioni richieste dai precetti costituzionali per l'esercizio del diritto di

²⁵ Modificato dall'art. 1, d.l. 20.8.2001, n. 336, convertito nella l. 19.10.2001, n. 377.

²⁶ C. Cost., n. 321/2004, cit.

²⁷ MOLINARI, *Le misure di prevenzione e il diritto di difesa in Cassazione dimezzato*, CP, 2005, 414; VALENTINI, *op. loc. cit.*; da ultimo SILVESTRI, *op. loc. cit.*

²⁸ MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione*, Milano, 2002, 247; MARGARITELLI, *Le impugnazioni nel procedimento di prevenzione*, in *Le Impugnazioni penali*, Trattato diretto da GAITO, II, Torino, 1998, 1185; RUSSO, *Processo di prevenzione*, EGTreccani, XXIV, Roma, 1991, 15; GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Aspetti sostanziali e processuali*, Padova, 2004, 237.

²⁹ Così Cass., Sez. Un., 25.3.2010, Cagnazzo e alt., in CED, rv. 246272.

difesa, in termini adeguati rispetto ai valori e agli interessi coinvolti, e se la limitazione dell'esperibilità del ricorso per cassazione possa trovare razionale collocazione nel sistema processuale vigente, ancorato ai principi di equità e giustizia sostanziale.

La potestà di restringere libertà costituzionalmente garantite non può prescindere dall'osservanza delle garanzie che sono proprie del processo e di riflesso, per quanto concerne le impugnazioni, deve essere assicurato sempre il controllo effettivo e reale, non solo delle sentenze, ma di tutte le decisioni comunque direttamente o indirettamente limitative della libertà personale. Per l'effetto, se e quando il sindacato di legittimità non ricomprende la possibilità di controllare la congruenza della struttura logica della motivazione, si determina una innegabile contrazione del livello di effettività della tutela apprestata alla libertà della persona dall'art. 13 Cost. fino a configurare una carenza legislativa per inadeguatezza, stante l'anacronistica utilizzazione di uno strumento apprestato in tempi remoti dalla legge ma non più rispondente agli obiettivi attuali del processo penale accusatorio.

Tali argomentazioni mostrano oggi un rinnovato vigore alla luce della evoluzione normativa e giurisprudenziale, interna e sovranazionale, che ha interessato proprio la materia delle misure di prevenzione.

Sotto il profilo interno, la progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione ha investito il terreno della prova. E, in proposito, è relativamente recente la decisione con la quale la giurisprudenza di legittimità ha sancito il principio di diritto per cui «l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti in qualsiasi tipo di giudizio, e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione»³⁰.

In epilogo ad una pregevole ricostruzione della giurisprudenza di legittimità e costituzionale in materia, il massimo Collegio ha osservato con termini ineccepibili che «il vero tratto distintivo che qualifica l'autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale, va intravisto nella diversa "grammatica probatoria" che deve sostenere i rispettivi giudizi: una diversità, però, che, proprio in quanto riferita esclusivamente al "modo d'essere" degli elementi di apprezzamento del "merito", non incide affatto sulla legittimità delle acquisizioni, a prescindere... dalla sede in cui le stesse siano operate. La prova inutilizzabile... non può "proiettarsi" sul terreno della prevenzione, al pari di qualsiasi altra ipotesi di prova "illegale" in quanto assunta in contrasto con i divieti di legge. Pretendere, dunque, di fondare su di un malinteso concetto di "autonomia" dei procedimenti la possibilità di distinguere il regime di utilizzazione

³⁰ Cass., Sez. Un., 25.3.2010, Cagnazzo, cit.

di prove che la legge processuale qualifica come illegittimamente assunte – in un’area, per di più, costituzionalmente presidiata, quale è quella garantita dall’art. 15 Cost. – si rivela operazione concettualmente scorretta, in quanto è solo la legge che ha il compito di delineare (e, quindi, eventualmente circoscrivere) la portata degli effetti demolitori che scaturiscono dalla sanzione di inutilizzabilità, con cui la legge stessa ha inteso presidiare la violazione dei divieti probatoris»³¹.

È da sottolineare, altresì, come le Sezioni Unite abbiano posto alla base del ragionamento – fra gli altri argomenti – il contributo giurisprudenziale offerto dalla Corte europea sul tema, in sintonia con la decisione evocata, tanto da ispirarne la *ratio*, riconoscendo che «i connotati di sicura giurisdizionalità che caratterizzano il processo di prevenzione si sono venuti ulteriormente ad esaltare alla luce dei più recenti apporti che hanno contrassegnato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, di riflesso, quella costituzionale in materia»³².

Sotto il profilo sovranazionale, l’apporto dei Giudici di Strasburgo è utile ai nostri fini almeno sotto un duplice profilo: sostanziale e processuale, a loro volta strettamente correlati, posto che la *sostanza* impone il rispetto delle *forme* e che il rispetto delle forme è sostanza.

Va rilevato in proposito come in almeno due occasioni³³, la Corte europea, ha definito la confisca³⁴ come una *sanzione* penale, e ciò indipendentemente dalla qualifica offerta dal diritto interno di sanzione amministrativa, precisando che «la confisca si traduce in una pena» anche quando «a livello interno la definizione di “amministrativa” data alla confisca, permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia penale»³⁵.

A tale risultato interpretativo la Corte europea è pervenuta attraverso argomentazioni ineccepibili che con le dovute accortezze non possono non condividersi anche in ordine alle misure di prevenzione. In primo luogo, è stata confermata la «portata autonoma rispetto a quella degli ordinamenti interni» della nozione di “pena” di cui all’art. 7 CEDU, posto che la Corte, per «rendere efficace la protezione offerta dalla disposizione, deve essere libera di andare al di là delle apparenze e ... giudicare da sé se una misura particolare realizzi una pena ai sensi della disposizione convenzionale»³⁶. Quel che più rileva, insomma, è che per giungere ad attribuire ad una determinata “misura” la natura di

³¹ Cass., Sez. Un., 25.3.2010, Cagnazzo, cit.

³² Cass., Sez. Un., 25.3.2010, Cagnazzo, cit.

³³ Corte eur., 30.8.2007 e 20.1.2009, Sud Fondi c. Italia, cit.

³⁴ Nell’ambito di quel procedimento disposta ai sensi dell’art. 240, 2° co., c.p.

³⁵ Corte eur., 20.1.2009, Sud Fondi c. Italia, cit.

³⁶ In tal senso, cfr. Corte eur., 21.2.1984, Öztürk c. Rep. federale tedesca; Corte eur., 9.2.1995, Welch c. Regno Unito.

pena, «il punto di partenza ... consiste nello stabilire se la misura in questione sia stata irrogata in seguito ad una condanna per un reato. Altri elementi possono essere ritenuti rilevanti in proposito: la natura e lo scopo della misura; la sua qualificazione nel diritto interno; i procedimenti che hanno condotto alla sua adozione; nonché la sua severità»³⁷.

Evidente che la misura di prevenzione, applicabile anche in assenza di accertamento della responsabilità penale, non può definirsi tecnicamente pena; tuttavia, se si guarda allo scopo della misura, al procedimento che ha condotto alla sua applicazione e soprattutto alla sua severità, è innegabile che si tratti di una pena ai sensi dell'art. 7 CEDU, in quanto è la *repressione* a costituire la *caratteristica classica* che definisce la *pena*³⁸ e, in relazione a ciò, il parametro di riferimento è costituito dal rapporto di proporzione tra la gravità della misura ablativa e gli scopi in concreto perseguiti dall'ordinamento.

L'orizzonte di riferimento europeo propone, insomma, delle *distinzioni funzionali* di genere ancorate alla sostanza e alle garanzie, imponendo l'abbandono di interpretazioni fondate sulle definizioni utilizzate dai testi normativi che, sulla scorta di *generi* diversi, mortifica sostanzialmente le naturali relazioni effetto-causa e, in punto di forma, sacrifica le più elementari garanzie di tutela del singolo nelle sue posizioni soggettive di vantaggio. In tale prospettiva, spiccatamente sostanzialista, si colloca, per esempio, l'elaborazione interpretativa della Corte europea³⁹ per cui la confisca è legittima unicamente ove «*sia riconosciuta la natura illegale dei beni*», da considerare, non già soltanto nella relazione reato-bene, ma secondo criteri di attribuzione certa di responsabilità⁴⁰, che deve consistere in un reato e che non può prescindere dalla sentenza di condanna dell'imputato-proprietario⁴¹. Una volta chiarito che la confisca, ancorché consi-

³⁷ Corte eur., 9.2.1995, Welch, cit.

³⁸ Corte eur., 9.2.1995, Welch, cit.; Corte ed.u., 20.1.2009, Sud Fondi, cit.

³⁹ Corte eur., 19.10.2000, Ambruosi c. Italia; Corte eur., 7.12.1976, Handyside c. Regno Unito; Corte eur., 24.10.1986, Agosi c. Regno Unito; Corte eur., 2.8.2002, Soc. La Laurentina coop. c. Italia; Corte eur., 30.5.2000, Carbonara e altri c. Italia, secondo la quale «un'interferenza delle autorità nel diritto al rispetto dei beni deve assicurare un "equo bilanciamento" tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e quelle della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo. La necessità di esaminare la questione dell'equo bilanciamento non può tuttavia porsi che una volta accertato che l'interferenza contestata abbia rispettato il principio di legalità e che non fosse arbitraria. L'articolo 1 del Protocollo n. 1 esige infatti, innanzitutto e soprattutto, che un'ingerenza di una pubblica autorità nell'esercizio del diritto al rispetto dei beni sia legale».

⁴⁰ Così, in tema di confisca ai sensi della legge antimafia, Corte eur., 15.4.1991, M. c. Italia; Corte eur., 22.2.1994, Raimondo c. Italia; Corte eur., 5.7.2001, Arcuri c. Italia.

⁴¹ Cfr. Corte eur., 28.11.2002, Marziano c. Italia. Ancora più incisiva, in vista di una conclusione rispettosa di elementari principi di certezza del diritto e delle garanzie di controllo e tutela, la decisione quadro n. 2005/212/GAI secondo la quale ciascuno Stato membro

derata misura di sicurezza o amministrativa, è ormai doverosamente riconducibile nell'alveo delle sanzioni giuridiche ed, in particolare, delle sanzioni penali, ne discende che la sua applicazione deve essere subordinata al rispetto, in sede normativa, dei principi di legalità ed, in concreto, all'accertamento dell'illiceità da parte del giudice secondo le regole del *giusto processo*.

Con peculiare riguardo alla confisca di prevenzione, vero è che occorre sfuggire alla tentazione di una semplificativa sovrapposizione. Altrettanto vero, però, che sebbene la Corte europea abbia in più di un'occasione riconosciuto la compatibilità dell'istituto con l'art. 7 CEDU, ritenendo che le peculiari finalità che la connotano la rendono comunque legittima impedendo un uso illecito e pericoloso per la società di beni di cui non sia stata dimostrata la provenienza "*lecita*"⁴², allo stesso modo ha rimarcato che la «*posta degli interessi in gioco*» e quindi gli effetti punitivi che caratterizzano l'ablazione non sottrae il procedimento applicativo alle regole fondanti il *giusto processo*, del quale l'esercizio della giurisdizione in pubblica udienza rappresenta aspetto fondamentale⁴³.

La Corte europea nelle medesime decisioni citate ha posto l'accento sull'ampiezza e sulla legalità dell'accertamento di prevenzione osservando, da un lato, che per decidere l'applicazione delle misure di prevenzione i giudici nazionali non possono basarsi su semplici *sospetti*, dovendo accertare e valutare oggettivamente i fatti esposti dal ricorrente e, dall'altro lato, che la legalità dell'aggressione patrimoniale deriva dalla correttezza del procedimento di prevenzione: «*laddove le argomentazioni del ricorrente vengano esaminate dai giudici interni secondo il procedimento in contraddittorio, è tale da offrire all'interessato occasione adeguata per esporre la sua causa alle autorità competenti. Con la conseguenza che, secondo la CEDU, in considerazione del margine di apprezzamento degli Stati nel regolamentare "l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale", in particolare nell'ambito di una politica di contrasto al fenomeno della grande criminalità, l'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto dei beni costituita dalla confisca di prevenzione, a seguito di un corretto procedimento in contraddittorio secondo le norme del diritto na-*

«*adotta le misure necessarie per potere procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con pena privativa della libertà, superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi*», dal corpo della quale risulta che la confisca è inscindibilmente collegata «*alla condanna per un reato*».

⁴² Corte eur., 26.7.2011, Pozzi c. Italia e Paleari c. Italia, cit.; Corte eur., 17.5.2011, Capitani e Campanella c. Italia, cit.; Corte eur., 5.7.2001, Arcuri ed altri c. Italia; Corte eur., 4.9.2011, Riela ed altri c. Italia.

⁴³ Corte eur., 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia, cit.; Id., 5.1.2010, Buongiorno c. Italia.

zionale, non è sproporzionata rispetto al fine legittimo perseguito»⁴⁴.

Quindi: nella materia di prevenzione può anche esservi una diversa ed apprezzabile finalità; tuttavia, il metodo dell'accertamento non si differenzia e ciò perché la *“posta in gioco”* è la medesima: libertà personale, capitali, patrimonio mobiliare e immobiliare del proposto e, non di rado, di familiari, congiunti, terzi sovente estranei alle ipotesi di reato ascritte o, a volte, nemmeno ipotizzate trattandosi appunto di misure di prevenzione. Gli effetti processuali appaiono dirompenti, laddove è la sostanza ad imporre la *forma*. Sebbene la fattispecie risolta dalla Corte europea riguardava il limitato aspetto relativo alla pubblicità dell'udienza nel procedimento di prevenzione, nulla è stato detto circa il grado di tutela del contraddittorio che – anche in sede camerale – deve essere rispettato in relazione a quelle fattispecie per le quali la presunzione legislativa viene meno, anche se solo a richiesta dell'interessato. Insomma: che il pubblico sia presente o meno, in aula, è aspetto accessorio e non rilevante (il processo è “pubblico” anche se fisicamente non c'è nessuno); mentre sono le regole fondanti il leale esercizio della giurisdizione penale a dover sempre essere rispettate, senza cedimenti.

Tanto premesso, la *«posta degli interessi in gioco»*, tanto per rievocare un'espressione cara alla Corte europea⁴⁵, richiede un *quid pluris* in termini di riconoscimento di un contenuto minimo di garanzie, anche ma non solo, in punto di sindacabilità delle decisioni terminative sotto ogni aspetto, che l'attuale assetto normativo inopinatamente impedisce. Risulta davvero difficile sostenere che la definizione di controversie di tale complessità possa essere in qualche modo sottratta al controllo di ragionevolezza, limitando l'ammissibilità dell'impugnazione ai soli casi in cui il vizio che connota il ragionamento del giudice sia di gravità tale da risultare meramente apparente.

Nel procedimento volto alla applicazione di misure di prevenzione, assai afflittive da un punto di vista personale e patrimoniale, l'apertura della Corte costituzionale nella nota decisione n. 93/2010 ed ora del legislatore ordinario alla udienza pubblica, ove la parte lo richieda, non può non proiettarsi sul regime delle impugnazioni ordinarie, ampliando i confini della ricorribilità per cassazione del decreto confirmativo della misura disposto dalla corte d'appello.

4. LA PUBBLICITÀ DELL'UDIENZA IN CASSAZIONE E LA CONSULTA: A) LE INCONGRUENZE SISTEMATICHE

⁴⁴ Così, evocando la giurisprudenza citata, Cass., sez. V, 17.11.2011, Casacci, in motivazione.

⁴⁵ Corte eur., 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia, cit.

L'esclusione dell'udienza pubblica in cassazione è stata suggellata dalla Corte costituzionale, secondo cui *«I giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1 della convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla corte di cassazione. La valenza del controllo immediato del quisque de populo sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza – uno degli strumenti di garanzia della correttezza dell'amministrazione della giustizia – si apprezza, difatti, secondo un classico, risalente ed acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative»*⁴⁶.

La conclusione cui è pervenuta la Corte, seppure quasi scontata a seguito della citata sentenza n. 93/2010, non convince, innanzi tutto, in punto di inquadramento sistematico e di coordinazione tra la fattispecie in esame e il disposto dell'art. 611 c.p.p.; disposizione che, per *eadem ratio*, è direttamente evocabile in tema di prevenzione, così come di fatto è stata evocata dalle decisioni della stessa Corte che, in punto di pubblicità dell'udienza, hanno abbondantemente richiamato le forme e i contenuti delle disposizioni del codice di procedura penale in argomento.

La norma di cui all'art. 611 c.p.p., infatti, prevedendo in via generale che la Corte procede con le forme del rito camerale *«quando deve decidere su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi nel dibattimento, fatta eccezione delle sentenze pronunciate a norma dell'art. 442»*, fissa un principio di *inderogabilità dell'udienza pubblica* ogni qualvolta si discuta della legittimità di qualsivoglia provvedimento (e non solo, quindi, delle sentenze) emesso a seguito del confronto tra le parti in sede di pubblica udienza, con l'unica specifica aggiunta concernente la sentenza emessa in abbreviato a seguito di procedimento camerale.

Proprio tale principio pare non esser stato adeguatamente considerato.

Va detto, in proposito, che tanto la decisione n. 93/2010, quanto la sentenza n. 80/2011, in tema di rilevanza della pubblicità dell'udienza nelle fasi di merito del giudizio di prevenzione hanno proposto conclusioni che, incentrate sul confronto tra il concetto di pubblicità dell'udienza e l'impianto codicistico del dibattimento penale, risultano irragionevolmente misconosciute nel momento in cui, invece, compito dell'interprete della legittimità costituzionale era invece

⁴⁶ C. Cost., ord., 7.3.2011, n. 80.

quello di raccogliere (e raccordarle) per pervenire conclusioni coerenti con le logiche sistematiche evocate a sorreggere le soluzioni proposte.

In particolare, la decisione n. 93/2010, dopo avere sottolineato come «l'assenza di un esplicito richiamo in Costituzione non scalfisce ... il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie» in quanto «la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connesso ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione», è pervenuta alla nota conclusione di illegittimità costituzionale delle norme sul procedimento di prevenzione nella parte in cui non consentono che su istanza degli interessati esso si svolga «nelle forme dell'udienza pubblica», utilizzando tale espressione dopo il richiamo esplicito della norma di cui all'art. 472 c.p.p. e, implicitamente, all'altro, relativo al successivo art. 473, che concerne ovviamente la distribuzione di competenze tra presidente del collegio e giudice in merito alla decisione sull'esclusione della pubblicità.

Non diversamente, la decisione n. 80/2011, che, in relazione al valore del controllo immediato sullo svolgimento delle attività processuali da parte del pubblico, ha specificato, ancora una volta facendo implicito riferimento alle disposizioni del codice di procedura penale, che esso «si apprezza ... in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti».

Può dirsi, dunque, che attraverso l'attribuzione al giudice di un potere di esclusione della pubblicità negli specifici casi previsti dalla disposizione del codice di procedura penale e il richiamo al valore del controllo pubblico nell'assunzione delle prove nel processo penale, la Corte costituzionale abbia, non solo riempito di contenuto l'espressione «nelle forme dell'udienza pubblica» da Essa utilizzata nella decisione n. 93/2010, ma, così facendo, ha individuato nel modello dibattimentale disciplinato dal libro VII del codice di procedura penale la forma del procedere dei giudizi di merito per l'applicazione delle misure di prevenzione.

Per altro, con tutti i limiti astrattamente e concretamente ipotizzabili in punto di forme di introduzione e di svolgimento delle attività delle parti nel giudizio pubblico di prevenzione, è evidente come sarebbe davvero del tutto riduttivo andare a cogliere l'essenza dell'esigenza della pubblicità consentita nelle fasi di merito considerando soltanto gli aspetti spazio-temporali che differenziano l'udienza pubblica dalla camera di consiglio, lasciando in ombra, cioè, la finalità della pubblicità, il cui riconosciuto «valore costituzionale» si impone, sostanzialmente, ogni qual volta un giudizio si persegue attraverso una struttura del procedere che, in quanto *congegnato* predisposto ad un accertamento che trascen-

de la dimensione privata, non può non seguire il modulo processuale di cui all'art. 111, 2° co., Cost.

Seppure, dunque, fosse possibile un approccio diverso della decisione in esame in punto di considerazione della pubblicità secondo una relazione di confronto col giudizio penale – escludendo magari similitudini tra i due sistemi e facendo leva invece sulla natura essenzialmente amministrativa del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, trattato dal giudice ordinario secondo la collaudata esperienza della volontaria giurisdizione – la Corte ha scelto la via dell'assimilazione tra giudizio penale e giudizio di prevenzione e, così facendo, ha di fatto determinato un vero e proprio *corto circuito* proprio in punto di delimitazione sistematica e di *unità* di sistema di riferimento.

In verità, anche l'approccio diverso non pare potesse mutasse il senso delle cose, ma l'esplicita indicazione delle «*forme dell'udienza pubblica*» e il riferimento preciso di tali forme a quelle del giudizio penale palesa chiaramente l'equiparazione sostanzialmente tra la pubblicità dell'udienza e il dibattimento penale proposto dalla Corte costituzionale, cosicché l'incongruenza è palese, in quanto, in evidente contraddizione con l'equiparazione proposta, il giudice delle leggi ha ritenuto legittimo che la Corte di cassazione proceda in camera di consiglio anche nei casi in cui il procedimento di prevenzione, nelle fasi di merito, si sia svolto in udienza pubblica.

Non si disconosce – è chiaro – che, a monte, esistono riferimenti normativi tutt'altro che organici, cui non si è certo *messo mano* col d.lg. n. 159/2011 e che, in particolare, gli artt. 4, l. n. 1423/1956 e 3 *ter*, l. n. 575/1965 (oggi gli artt. 10 e 27 d.lg. cit.) stabiliscono che la Corte di cassazione proceda in camera di consiglio e che l'art. 611 c.p.p. esordisce prevedendo che lo stesso faccia «*nei casi particolarmente previsti dalla legge*»⁴⁷. Ciò posto, tuttavia, non può non rilevarsi come, riconosciuta l'equiparazione tra il giudizio di merito di prevenzione e il dibattimento penale, oltre che a cagione della pubblicità dell'agire e della contiguità dei fini perseguiti, anche in relazione alla tutela che la pubblicità nel merito offre in relazione all'assunzione delle prove e comunque all'accertamento e alla ricostruzione dei fatti, il differente sbocco procedimentale in sede di legittimità del procedimento di prevenzione sia comunque giustificabile, laddove i giudizi di merito si siano stati svolti in udienza pubblica e non pure in camera di consiglio.

In tal caso, infatti, il richiamo ad una sorta di *specificità tecnica* della materia trattata in cassazione – che, a ben riflettere, pur coi limiti di ricorribilità imposti

⁴⁷ Tra i quali, come nota GARAVELLI, *Art. 611*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, VI, Torino, 1991, 247, proprio il procedimento di legittimità in materia di prevenzione.

dalla legge (la sola violazione di legge), non sembra proprio costituire elemento atto a connotare di *specialità* e, quindi, a discriminare *ratione materiae* il procedere, laddove tali limiti si confrontino con i casi di ricorribilità oggettiva scanditi dall'art. 606 c.p.p., tra i quali, appunto, è la violazione di legge – sembra influente rispetto al problema, costituito evidentemente dalla previsione di una forma procedimentale in sede di legittimità incompatibile con quella prevista dalla legge processuale penale per tutti i procedimenti (nessuno escluso) che, nelle fasi di merito, si svolgono con le forme dell'udienza pubblica.

5. *SEGUE: B) L'EFFICACIA DELLE NORME CEDU*

Anche per altra ragione – forse più radicale – le conclusioni della Corte costituzionale in tema di pubblicità dell'udienza di prevenzione in cassazione paiono insostenibili. Si tratta dell'applicazione diretta delle norme CEDU nell'ordinamento a seguito dell'adesione italiana al Trattato di Lisbona.

Secondo la decisione della Corte costituzionale, nessun argomento a favore dell'applicazione diretta può trarsi, né dall'adesione (ancora non compiuta) alla CEDU da parte dell'Unione, né, comunque, dal contenuto del § 3 dell'art. 6 del detto Trattato – secondo cui «*i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*» – che replicando la stessa forma di protezione in sostanza del previgente § 2 dell'art. 6 del Trattato dell'Unione – «*restano ... valide le considerazioni svolte da questa Corte in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all'impossibilità ... di far derivare la riferibilità alla Cedu dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come "principi generali" del diritto comunitario*», in quanto «*le variazioni apportate al dettato normativo – e, in particolare, la sostituzione della locuzione "rispetta" (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione "fanno parte" – non sono, in effetti, tali da intaccare la validità di tale conclusione*» – non avrebbe in sostanza alcuna portata innovativa.

Il problema merita un certo approfondimento in quanto, come si vedrà, la decisione, pur nella proclamata continuità con le precedenti decisioni n. 348/2007 e n. 349/2007⁴⁸, pare rappresentare un vero e proprio ripensamento della Corte rispetto ai suoi ultimi approdi e costituire, viepiù, un impedimento (se non proprio una chiusura) al processo di integrazione e applicazione diretta delle fonti di garanzia dei diritti fondamentali già da tempo perseguito per via

⁴⁸ Si tratta, ovviamente, di C. Cost., 24.10.2007, n. 348, *GI*, 2008, 565 e di C. Cost., 24.10.2007, n. 349, *CorG*, 2008, 183.

interpretativa dalla giurisprudenza di legittimità sia civile che penale⁴⁹.

Giova prendere le mosse da tale ultimo aspetto. La distinzione tra trattati, norme comunitarie e corpi normativi sovranazionali recepiti dall'ordinamento, infatti, se per un verso sembra ispirata a prospettive di inquadramento sistematico che, del tutto formali ed astratte⁵⁰, non tengono conto dei principi che le disposizioni del Trattato dell'Unione esprimono, per altro verso, pare non considerare adeguatamente né l'ampiezza di riferimento che gli artt. 10 e 11 Cost. propongono allorché evocano il «*diritto internazionale generalmente riconosciuto*»⁵¹, né, a ben considerare, il concetto di «*trattato*» ivi espresso, quale evidentemente risulta alla luce dell'evoluzione degli strumenti di cooperazione internazionale e di disciplina comune delle garanzie di tutela delle situazioni soggettive che, modellate ormai su norme-principio dirette alle collettività che comunque le accettano e le fanno proprie, ben difficilmente possono sopportare il peso di distinzioni nominalistiche che, in relazione appunto al rispetto di quei principi, si risolvono davvero in sterili prese di posizione, fondate su discriminazioni, più che altro terminologiche, evidentemente incongrue data l'ampiezza delle disposizioni costituzionali di riferimento (gli artt. 10 e 11, appunto) e le indicazioni provenienti dagli organi sovranazionali di giustizia che anche allorché richiamano limiti e distinzioni al fine di giustificare decisioni di (apparente) disimpegno rispetto al sistema dei diritti fondamentali, altro non fanno che sottolineare comunque la necessità di superamento delle distinzioni e dei limiti conseguenti.

Il risultato di tali operazioni è alquanto scoraggiante, in quanto, come esattamente rilevato dalla dottrina pubblicistica, mentre la materia trattata – i diritti

⁴⁹ Si vedano, in proposito, Cass., Sez. Un., 23.12.2005, Centurione Scotto, *GI*, 2006, 1903; Cass., sez. I, 22.9.2005, Cat Berro, *ivi*, 1935; Cass., Sez. Un., 26.1.2004, Corbo, *FI*, 2004, I, 693, nonché, in tempo precedente la modifica dell'art. 117 Cost., Cass., Sez. Un., 23.11.1988, Polo Castro, *CP*, 1989, 1418, secondo cui «*le norme convenzionali hanno natura immediatamente precettiva, sono di immediata applicazione nel nostro paese e vanno valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano*»; Cass., Sez. Un., 10.7.1991, Conigliaro, *GiC*, 1992, I, 742, per la quale «*le norme convenzionali hanno natura sovraordinata; un particolare grado di resistenza rispetto a quelle nazionali che, anche successive, il giudice può ritenere abrogate o disapplicare*».

⁵⁰ In tema, esaurientemente, RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEUR. e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in www.forumcostituzionale.it.

⁵¹ Rileva incisivamente RUGGERI, *op. cit.*, 5, come, a tacer d'altro, sia «*tutto da dimostrare che l'art. 11 si riferisca unicamente – com'è stato sin qui – ai trattati comunitari ed alle loro successive modifiche: quasi che il Costituente abbia voluto consegnarci un principio fondamentale-fotografia, una norma spendibile a beneficio di un solo soggetto internazionale e di nessun altro*».

fondamentali e «in ultima istanza, la dignità della persona umana, nella quale è da rinvenire il Grunwert e la Grundnorm assieme sia dell'ordinamento che delle relazioni internazionali»⁵² – richiederebbe l'adozione di meccanismi di salvaguardia di natura assiologico-sostanziale che facciano riferimento all'unitarietà dei principi di fondo, la pronunzia in commento tende piuttosto a mettere in evidenza i profili di separazione tra gli ordinamenti senza offrire, peraltro, supporti argomentativi adeguati a tale scelta, diversi, appunto, dall'arrocco sulle distinzioni terminologiche e formali.

Si vuol dire: evidente che il problema ruoti intorno a due disposizioni fondamentali – da un lato, l'art. 6, § 3, del Trattato dell'Unione, alla stregua del quale i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e, dall'altro lato, l'art. 51 della Carta di Nizza, secondo cui «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi, organismi dell'Unione europea nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto del diritto dell'Unione» e, pertanto «i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti e delle competenze conferite all'Unione nei trattati» – non si riesce a comprendere la ragione per la quale la decisione in commento abbia, tra le interpretazioni possibili, prescelto proprio quella di minore impegno sostanziale e, quindi, di minimo impatto in punto di garanzie, nonostante ben altre fossero le possibilità offerte dall'*humus* normativo di riferimento, proprio in prospettiva di conquista dell'unitarietà di fondo dei principi.

E ciò, mentre il contrasto di dottrina e giurisprudenza sulle due tesi contrapposte a proposito dell'interpretazione delle suddette norme in relazione al problema dell'incorporazione delle norme CEDU nel diritto dell'Unione risulta essere in corso di componimento, anche (ma non solo, come si vedrà) in considerazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, nel senso dell'avvenuta incorporazione⁵³, escludendo, cioè, che il portato dell'art. 51 cit. possa costituire ostacolo all'incorporazione, in quanto la norma, pur circoscrivendo l'ambito di attuazione del diritto dell'Unione agli atti normativi che esprimono in concreto le politiche comunitarie, è da leggere in combinato disposto, non solo con l'art. 6, 3° co., del Trattato, ma in una al 1° co. dello stesso art. 6 – «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 ... che ha lo stesso valore dei tratta-

⁵² RUGGERI, *op. cit.*, 2.

⁵³ In proposito, recentemente e proprio a margine della decisione in commento, CERASE, *Brevi riflessioni sull'efficacia orizzontale della Carta di Nizza*, in www.europeanrights.eu.

ti») – ed all’art. 52 di quest’ultima Carta – secondo cui «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla stessa convenzione»⁵⁴.

Sembra proprio che la Corte costituzionale non abbia considerato a dovere che il risultato del “gioco a catena”⁵⁵ delle norme or dette, non solo dà ragione all’indirizzo interpretativo che, prendendo le mosse dalla *sostanza delle cose*, privilegia l’avvenuta incorporazione, ma si propone pure come momento concludente per pervenire al medesimo risultato muovendo da un punto di vista formale ed astratto; secondo la stessa prospettiva, cioè, che ha mosso la decisione in commento.

Se, infatti, le disposizioni della CEDU altro non sono che gli strumenti attraverso i quali si individuano i principi generali dei diritti fondamentali cui fa riferimento l’art. 6, 3° co., del Trattato⁵⁶ e se, questi ultimi, sono richiamati dall’art. 52 della Carta di Nizza, che a mente dell’art. 6, 1° co., del Trattato, ha lo stesso valore giuridico dei trattati, la conclusione sull’essenzialità di quei principi nel sistema del diritto dell’Unione non è ancorata soltanto alla sostanza che si coglie dalle cose, ma risulta essere, viepiù, formalmente e chiaramente espressa proprio dalle disposizioni dei testi fondamentali del diritto dell’Unione.

Per altro, nel tempo è stato sottolineato come sostenere che la Carta di Nizza offra tutela solo per le fasi di attuazione del diritto comunitario «significh[i] concludere che essa nel nostro Paese serv[a] a ben poco, giacché la resistenza della tutela dei diritti fondamentali della persona all’ingresso del diritto dell’Unione in Italia è dato acquisito – in virtù della dottrina dei c.d. controlli – perlomeno dalla sentenza *Granital* n. 170 del 1984»⁵⁷. Seguendo tale indicazione sembra legittimo domandarsi che fine abbia mai fatto quel *percorso comunitario* della Corte costituzionale instaurato con la nota decisione “ENEL-Costa” del 1964 e se può davvero sostenersi che dalla decisione “Granital”⁵⁸

⁵⁴ In tal senso, dopo l’entrata in vigore del Trattato, Cass., sez. III, 2.2.2010, B.A.M., *LG*, 2010, 4, 365.

⁵⁵ L’espressione è di PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, DPP, 2011, 657 ss.

⁵⁶ Così, ancora, PALAZZO, *op. cit.*, 658.

⁵⁷ Così, CERASE, *op. cit.*, 8.

⁵⁸ Si tratta di C. Cost., 5.6.1984, n. 170, secondo la quale «Vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato ... Proprio in ragione, dunque, della distinzione fra i due ordinamenti, la prevalenza del regolamento adottato dalla CEE va intesa [...] nel senso [...] che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto, la

fino ad oggi non sia cambiato nulla nel panorama dell'integrazione europea nel diritto dell'Unione.

Qui giunti, si impongono alcune verifiche: tanto sull'andamento della Corte costituzionale; quanto su quelle della Corte di Giustizia.

Quanto all'andamento della Corte costituzionale, nonostante la proclamata *linea di continuità* con le decisioni del 2007, va detto che non mancano precedenti di rilievo di segno contrario e addirittura significative *deviazioni* successive che altro non fanno che riproporre l'annoso problema della conquista dell'omogeneità delle *indicazioni* che provengano dall'organo preposto al controllo della legittimità delle leggi e, con essa, la soluzione del problema dell'individuazione di linee-guida precise che escludano, soprattutto laddove siano in gioco i diritti fondamentali, *zone d'ombra* praticamente irrisolvibili laddove si voglia ancora far leva sulla distinzione di un diritto dell'Unione diverso dal diritto comunitario e da fonti patrizie diverse da quelle dei trattati.

E si ha, dunque, che negli anni successivi alla decisione "Granital", la Corte costituzionale ha avuto modo di parametrare in maniera diversa il rapporto diritto comunitario-diritto interno, fermando l'attenzione anche sul Trattato della Comunità europea.

Con la sentenza n. 232/1989⁵⁹, la Corte costituzionale ha accettato di esaminare un incidente di legittimità costituzionale dell'art. 174 del Trattato della Comunità europea, dichiarando l'inammissibilità della questione, perché lo stato della giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia trattata non era stato inteso correttamente dal giudice *a quo*. Si rileva, al proposito, in letteratura che «l'importante è cogliere che – già allora – si ritenesse direttamente applicabile il Trattato CE nell'ordinamento interno e che la sua interpretazione e applicazione spettasse al giudice italiano»⁶⁰.

Successivamente, con la sentenza n. 284/2007, la Corte è ritornata

quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario. La conseguenza ora precisata opera però, nei confronti della fonte statuale, solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno». Vale la pena sottolineare come tale decisione è pervenuta alla conclusione or detta, riducendo, per un verso, la portata della sentenza n. 183/1973 ed interpretando (per così dire) il passaggio della sentenza n. 232/1973 secondo cui «Le norme [comunitarie] vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne», non nel senso della preordinazione di tali norme così come individuato invece nella decisione citata, ma nel senso di una «necessaria coordinazione» mediata, appunto, dall'atto di introduzione interno. Sulla decisione "Granital", PACE, *La sentenza Granital ventitré anni dopo*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario (Roma, 20 aprile 2007)*, Milano, 2008, 405 ss.

⁵⁹ Si tratta di C. Cost., 13.4.1989, n. 232.

⁶⁰ CERASE, *op. cit.*, 9.

sull'applicazione diretta delle norme del Trattato della Comunità europea ai sensi degli artt. 10 e 11 Cost., ed ha ritenuto inammissibile la questione proposta, *«in quanto non compete a questa Corte, ma al giudice comune accertare – eventualmente avvalendosi dell'ausilio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – se le disposizioni del diritto interno, rilevanti nella specie, confliggano con le evocate norme del diritto comunitario»*⁶¹.

Ancora, con l'ordinanza n. 36/2009⁶² la Corte ha dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità di una disciplina fiscale di recupero di aiuti pubblici ritenuti indebiti dall'ordinamento comunitario che, seppure agendo sulla sfera del contribuente in modo retroattivo, era volta a rimediare ad un illecito comunitario già rilevato dalla Corte di giustizia. Secondo la Corte, i principi fondamentali dell'Unione europea non potevano far sorgere nel contribuente il legittimo affidamento della situazione quesita e non sussisteva, quindi, la lamentata violazione degli artt. 53 e 97 Cost.

Non è tutto, in quanto la sentenza n. 227/2010, in tema di illegittimità dell'art. 18 della legge di recepimento della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo⁶³, seppure ha ritenuto che il contrasto tra normativa interna e decisioni quadro non dà luogo a disapplicazione diretta della norma interna – in quanto le decisioni quadro non sono direttamente applicabili, ma dà luogo a dichiarazione di incostituzionalità – in motivazione non ha mancato di rilevare come, nel caso, fosse quanto disposto dal Trattato di Lisbona ad impedire la disapplicazione diretta da parte del giudice nazionale e non pure la fonte di provenienza della norma, in quanto, appunto, *«con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre del 2009 e precedentemente oggetto della legge italiana di adattamento 2 agosto 2008, n. 130, la cooperazione giudiziaria in materia penale non è più oggetto di un ambito di competenze esercitate con metodo intergovernativo, ma è disciplinata dal capo 4, titolo V, del Trattato sul funzio-*

⁶¹ Così, appunto, C. Cost., 4.7.2007, n. 284.

⁶² Si tratta di C. Cost., ord., 6.2.2009, n. 36, *GiC*, 2009, 287, con nota di CELOTTO, *La (corretta) presbiopia comunitaria della Corte costituzionale*, che, sottolineando come sia assolutamente rilevante e corretto ritenere che un principio comunitario prevalga su un principio nazionale, sottolinea (comunque) come *«ogni volta che si trova una ulteriore conferma della primauté comunitaria in una decisione della Corte costituzionale si resta – per un attimo – stupiti e interdetti, un po' come quando lo scalatore raggiunge finalmente la vetta della agognata montagna»*. Un accenno sulla decisione in esame – e soprattutto una conferma della conclusione – è pure in PACE, *Dalla «presbiopia» comunitaria alla «miopia» costituzionale*, *ivi*, 2009, 672, che, a commento di altra decisione della Corte (l'ord. 13.3.2009, n. 71), evidenzia come, riconosciuta la legittimità dell'impostazione comunitaria, la conclusione cui è pervenuta la Corte *«è la conseguenza della primauté comunitaria fatta propria dal legislatore italiano in accordo con l'art. 11 Cost.»*.

⁶³ Si tratta di C. Cost., 24.6.2010, n. 227.

namento dell'Unione europea (art. 82 e seguenti), quindi oggetto di competenze esercitate con l'ordinario e diverso metodo comunitario; l'atto con il quale si interviene sulla disciplina della materia è la direttiva, adottata secondo la procedura legislativa ordinaria (art. 82 TFUE)». In mancanza della disposizione esplicita sul modo di introito della disciplina comunitaria nell'ordinamento interno, dunque, l'applicazione diretta della norma stessa sarebbe stata indubbia e, con essa, la conseguente disapplicazione delle norme interne contrastanti, posto che, appunto, il principio comunitario è che la cooperazione giudiziaria in materia penale, a seguito del Trattato di Lisbona, non è più oggetto di competenze esercitate con metodo intergovernativo.

Non diversa l'impostazione del problema a considerare i *precedenti* della Corte di Giustizia. Già la sentenza "Ratti"⁶⁴, infatti, nel considerare gli effetti della mancata adozione da parte dello Stato dei provvedimenti imposti da una direttiva del Consiglio delle Comunità europee, ha stabilito che «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d'attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa» (§ 22), con la conseguenza che «il giudice nazionale cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con detta direttiva non recepita nell'ordinamento interno dello Stato inadempiente deve accogliere tale richiesta, se l'obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso» (§ 23).

Si tratta di un principio che, come già bene da altri evidenziato⁶⁵, è stato successivamente esteso dalla Corte di Giustizia anche per ciò che riguarda le procedure amministrative con la sentenza "Costanzo"⁶⁶ – secondo la quale, appunto, «al pari del giudice nazionale, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta ad applicare la direttiva comunitaria e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a quella disposizione» – e, molto più incisivamente, per le decisioni quadro, con la sentenza "Pupino"⁶⁷, con la quale si è realizzata, in

⁶⁴ C. Giust., 5.4.1979, C-148/78, Tullio Ratti, in www.giurcost.org.

⁶⁵ CERASE, *op. cit.*, 12.

⁶⁶ C. Giust., 22.6.1989, C-103/88, Soc. Costanzo C., *RDIPP*, 1989, 719, sulla quale, SALBERINI, *Rileggendo la sentenza "fratelli Costanzo" della Corte di Giustizia delle C.E.*, in www.dirittoediritti, febbraio 2001.

⁶⁷ C. Giust., 16.6.2005, C-105/03, Maria Pupino, *GDir*, 2005, 26, 67, sulla quale CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazioni conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, 157 ss.; SALVATELLI, *Un'ulteriore tappa sulla via della comunitarizzazione del Terzo Pilastro?*, in *QCost*, 2005, 425 ss.; APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di giustizia sul "caso Pupino" in materia di incidente probatorio*, *CP*, 2006, 1165 ss.; MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in*

sostanza, una sorta di parificazione delle fonti sul principio di primazia delle disposizioni del diritto dell'Unione.

A tale percorso non pare che possano validamente opporsi le decisioni della Corte di Giustizia indicate nella sentenza in commento. Seppure è vero, infatti, che in ciascuna di esse è contenuto il richiamo alla portata dell'art. 51 della Carta di Nizza e alla considerazione di essa come limite, non è men vero che la particolarità delle materie nei casi sottoposti all'esame della Corte di Giustizia ha determinato che la violazione del diritto fondamentale di volta in volta asseritamente coinvolto non risultasse integrata dal confronto immediato tra la norma-principio che si voleva violata e la situazione di fatto denunciata, ma si ponesse, invece, come condizionata dalla presenza nel sistema sovranazionale di garanzia e/o nel sistema interno di altre norme che, appunto rispetto alla particolarità della materia, risultavano essenziali ai fini del giudizio sull'applicazione-disapplicazione della legge interna nel caso concreto.

L'ampia formulazione della norma-principio e la *concretizzazione* di essa attraverso altre disposizioni che ne dessero attuazione ha determinato, al dunque, che l'evocazione della norma-principio fosse, in tali casi, necessariamente correlata a norme secondarie, rispetto alle quali la situazione di volta in volta considerata risultava risolta o nel senso della non violazione del diritto fondamentale prospettato, ovvero al di fuori delle possibilità stesse di intervento della Corte di Giustizia.

Così, per l'ordinanza "Mariano"⁶⁸, in tema di assegni al convivente superstiti e di (prospettata) violazione degli artt. 12 («*Nel campo di applicazione del presente trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità*») e 13 («*Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali*») del Trattato CE. La Corte, in tal caso, dopo avere sottolineato che «l'art. 17, n. 2, CE ricollega allo status di cittadino dell'Unione i doveri e i diritti contemplati dal Trattato, tra cui il diritto di avvalersi dell'art. 12 CE in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario», tali situazioni comprendono, in particolare, quelle che rientrano nell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato» e che «l'art. 13 CE... attribuisce al

materia penale: profili di diritto sostanziale, CP, 2006, 1150 ss.

⁶⁸ C. Giust., 17.3.2009, C-217/08, Rita Mariano, in www.curia.europa.eu.

Consiglio dell'Unione europea il potere di prendere provvedimenti per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali», ha concluso nel senso che, essendo stata adottata in forza dell'art. 13 la direttiva n. 2000/78 al fine di stabilire, conformemente ai suoi artt. 1 e 2, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni dirette o indirette «la cittadinanza dell'Unione di cui all'art. 17 CE non ha lo scopo di estendere la sfera di applicazione ratione materiae del Trattato a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario» e che «secondo la giurisprudenza della Corte, l'art. 13 CE non è di per sé idoneo a collocare nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, allo scopo di vietare qualsiasi discriminazione fondata sull'età, situazioni che non rientrano nell'ambito delle misure adottate sulla base di detto articolo e, in particolare, della direttiva 2000/78».

Allo stesso modo, per la sentenza “J. McB.”⁶⁹, in tema di affidamento al padre di figli naturali non riconosciuti in relazione alla Convenzione dell'Aia, del 25.10.1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori e al Regolamento CE n. 2201/2003. Pure in tal caso, infatti, la Corte, dopo avere ricordato che «conformemente all'art. 6, n. 1, primo comma, TUE, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta [di Nizza], “che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”» e dopo avere precisato che già la Corte europea dei diritti dell'uomo, esaminando una controversia analoga a quella oggetto della causa principale (il figlio minore di una coppia non sposata era stato condotto in un altro Stato membro dalla madre, che sola aveva su di lui potestà genitoriale), aveva statuito che l'esistenza di una normativa nazionale che accorda i diritti della potestà genitoriale su un minore unicamente alla madre non è contraria all'art. 8 CEDU, interpretato alla luce della convenzione dell'Aia del 1980, purché permetta al padre del bambino, non investito della potestà genitoriale, di chiedere al giudice nazionale competente la modifica dell'attribuzione di tale autorità⁷⁰, ha conseguentemente deciso che «Il regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, deve essere interpretato nel senso che non osta alla normativa di uno Stato membro che subordini l'acquisizione, da parte del padre naturale di un minore, del diritto di affidamento al previo ottenimento di una decisione del giudice nazionale competente che gli attribuisca tale diritto, idoneo a rendere illecito, ai sensi

⁶⁹ C. Giust., 5.10.2010, C-400/10 PPU, J. Mc B., in www.curia.europa.eu.

⁷⁰ Si tratta di Corte eur., 2.9.2003, Guichard c. Francia, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-X, che richiama, in motivazione, Corte eur., 14.9.1999, Balbontin c. Regno Unito.

dell'art. 2, punto 11, del citato regolamento, il trasferimento del minore da parte della madre o il suo mancato ritorno».

Sostanzialmente nello stesso senso, infine, pure l'ordinanza "Krasimir Asparuhov Estov e altri"⁷¹ che, in tema di legittimità dei piani regolatori e di asserita violazione degli artt. 47 e 51, n. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ha ritenuto l'incompetenza della Corte a decidere sulla questione dedotta per assenza di un collegamento di un diritto dell'Unione, ribadendo, sì, la portata dell'art. 51 Carta, ma non mancando di rimarcare che, così come in altre occasioni stabilito⁷², «le esigenze derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali vincolano gli Stati membri in tutti i casi in cui essi sono chiamati ad applicare il diritto dell'Unione e che essi sono tenuti, con ogni mezzo, a non disattenderle».

È il caso di ritornare al tema di fondo, posto che con le distinzioni alla base del ragionamento proposto dalla Corte – secondo la quale, in estrema sintesi, il rilievo giuridico posseduto dalle disposizioni CEDU. rimane circoscritto «ai soli ambiti in cui lo stesso diritto comunitario (ieri) e (oggi) il diritto ... "eurounitario" è applicabile, in forza del riparto delle competenze tra Unione e Stati»⁷³ – non pare si possa risolvere il problema costituito dalle conseguenze da trarre (e, quindi, dagli approdi cui pervenire) una volta che – piaccia o non – non solo con la CEDU e con le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo l'ordinamento interno ormai *deve fare i conti*, ma è l'Unione a proclamare che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione "*fanno parte*" del diritto dell'Unione stessa in quanto principi generali⁷⁴.

È evidente che nell'ambito delle realtà sovranazionali ci sia un riparto di competenze; parimenti evidente, però, che il campo delle diversità conseguenti non solo «*ha confini non nettamente definiti*», ma è in una situazione di visibile,

⁷¹ C. Giust., 12.11.2010, C-339/10, Krasimir Asparuhov Estov e alt., in www.curia.europa.eu.

⁷² In particolare, C. Giust., 11.10.2007, C-117/06, Möllendorf e Möllendorf-Niehuus, e la giurisprudenza ivi citata.

⁷³ Così, RUGGERI, *op. cit.*, 5-6, il quale, ricordando come l'espressione "*diritto eurounitario*" è stata da lui coniata, richiama altro suo intervento – *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, DUE, 2010, 1, 125 ss. – al quale si rimanda per gli opportuni approfondimenti.

⁷⁴ E non pare, a tal ultimo proposito, che la sostituzione dell'espressione "*rispetta*", presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato dell'Unione con l'altra, "*fanno parte*" costituisca mero esercizio di stile, posto che, lessico alla mano, mentre ciò che si rispetta, pur se si riconosce e si osserva come espressione di superiorità è pur sempre qualcosa che sta *al di fuori* di chi – persona o ente – riconosce e osserva, ciò che *fa parte*, invece, è sempre contenuto entro un ordine che lo considera come partecipe del tutto, così come avviene nel caso, di qualsivoglia produzione normativa all'ordinamento interno, per intendere.

continua e costante espansione, «testimoniata da una giurisprudenza sovrana-
zionale ormai nutrita, che proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti fon-
damentali appare connotata da forte attivismo»⁷⁵.

Tale evidenza pare imporre prese di posizione decise al fine di evitare, ad e-
sempio, che proprio sul piano delle garanzie accordate dalle Carte fondamentali
si ripeta lo stridente contrasto che qualche anno fa ha opposto proprio Corte eu-
ropea e Corte costituzionale su questioni fondamentali, quali quelle concernenti
la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto ad ottenere giustizia,
l'immunità parlamentare e, al dunque, i limiti di tollerabilità della guarentigia *ex*
art. 68, 1° co., Cost. rispetto ai diritti garantiti dall'art. 6, § 1, CEDU⁷⁶.

Se, in sostanza, la situazione allo stato attuale delle cose è caratterizzata dal
disordine insito nella coesistenza di sistemi di normazione diversi e tra loro non
collegati, non pare che l'approccio a conclusioni ordinate possa continuare ad
essere di tipo formale ed astratto; soprattutto laddove siano in gioco i diritti fon-
damentali, e, quindi, «un sovraordinato principio di eguaglianza di trattamento
(le cui eccezioni non possono che essere guardate con grande sospetto)»⁷⁷.

È essenziale alla certezza del diritto che si ponga fine a contropunte che, al
dunque, altro non determinano che una situazione di perdurante assenza, non
già soltanto di una gerarchia delle fonti, ma, con essa, di una gerarchia dei prin-
cipi che, appunto sui diritti fondamentali, comporta inesorabilmente
l'impossibilità di decisioni conformi e che si pone, quindi, come fonte di conti-
nua insicurezza nei rapporti tra i singoli e tra questi e l'autorità⁷⁸.

⁷⁵ RUGGERI, *op. cit.*, 6.

⁷⁶ Il caso è abbastanza noto: un deputato è stato querelato da un magistrato per il reato di
diffamazione, per avere rilasciato dichiarazioni critiche sul suo modo di operare. La Camera
dei deputati ha sostenuto che le affermazioni del deputato non costituivano che opinioni e-
sprese da un parlamentare coperte dall'immunità di cui all'art. 68, 1° co., Cost. Il giudice
adito dall'offeso ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale che ha deciso rigettando
l'eccezione; cosa che ha comportato il proscioglimento del deputato. La persona offesa ha
adito la Corte europea che, riconosciuta la violazione dell'art. 6 Ceur., ha condannato lo Sta-
to italiano (Corte eur., 6.12.2005, Ielo c. Italia). Un'ampia sintesi del caso concreto e delle
decisioni, in GARUTI, *I rapporti tra il diritto ad ottenere udienza e l'art. 68 comma 1 Cost.*,
DPP, 2006, 253.

⁷⁷ Così, PALAZZO, *op. cit.*, 658.

⁷⁸ Vale la pena ricordare come sia stata proprio la Corte europea ad enucleare, all'interno
del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 Ceur., un diritto alla «sicurezza giuridica», da in-
tendere, nell'accezione più ampia, come «la condizione di intima tranquillità di chi si trova
in una situazione giuridicamente rilevante che gli consente di sentirsi al riparo da pericoli
derivanti da una norma ovvero da un'azione o decisione giudiziale» (così, ad es., Corte eur.,
25.5.1993, Kokkinakis c. Grecia; Id., 22.10.1996, Stubbings e alt. c. Regno Unito; Id.,
28.10.1998, Pérez de Rada Cavanilles c. Spagna; Id., 29.3. 2006, Achour c. Francia. In dot-
trina, DE SALVIA, *La nozione di sicurezza giuridica nella giurisprudenza della Corte euro-
pea dei diritti dell'uomo*, RIDU, 2001, 717, evidenziando come la sicurezza giuridica di co-

Riconosciuto il valore del sistema convenzionale dei diritti umani, già questo – a prescindere, cioè, dal *far parte*, i diritti fondamentali, del diritto dell’Unione – dovrebbe bastare ad fine di superare tutte le possibili distinzioni che, a ben riflettere, dati i risultati appaiono ben più pericolose delle “*derive*” che, di certo, allontanandosi le forme e il riferimento ad esse dalla sostanza della materia prima, non varranno ad evitare⁷⁹.

E se sul piano della teoria delle fonti il significato delle differenziazioni e delle competenze può ancora apprezzarsi, mentre sul piano dell’interpretazione il solo «*pensare di tenere nettamente distinti campi materiali e competenze è, a dir poco, forzato ma, in realtà, a conti fatti, impossibile e, comunque, ingenuo*»⁸⁰, sembra esser tempo che qualsivoglia *movimento interpretativo* – e anche quello della Corte delle leggi – sia intrapreso muovendo dalla considerazione dei principi fondamentali, sui quali ogni sistema particolare non può che uniformarsi.

lui che è sottoposto alla giurisdizione «è, appunto, uno degli obiettivi della *Ceur.*, perché si ricollega direttamente ad uno dei principi di interpretazione ... proclamato nel Preambolo della *Ceur.*», esprime meglio il concetto, nella maniera che segue: «Etimologicamente, il vocabolo *sicurezza* designa «lo stato d'animo fiducioso e tranquillo di colui che si crede al riparo dal pericolo», mentre l'aggettivo giuridico sembra precisare piuttosto l'origine del pericolo, vale a dire il pericolo derivante da una norma di natura legislativa, regolamentare oppure giurisprudenziale».

⁷⁹ Ed è significativo che anche chi, PALAZZO, *op. loc. cit.*, ritiene di condividere le conclusioni della decisione in commento in quanto «indubbiamente ... sussiste» l'esigenza di impedire derive, rileva come sia il caso di valorizzare «argomenti per così dire “interni” al meccanismo della disapplicazione da parte del giudice comune».

⁸⁰ RUGGERI, *op. loc. cit.*