

LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE HA LO STESSO “VALORE” DELLA FONTE DEL DIRITTO SCRITTO? QUANDO L’INTERPRETAZIONE CONFORME ALLA CEDU PONE DEI DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ

di *Francesca Biondi**

SOMMARIO: 1. Il caso - 2. La sentenza del 21 gennaio 2010, n. 18288, delle Sezioni Unite della Corte di cassazione – 3. Qualche nota critica: la violazione del principio di indipendenza funzionale interna del giudice – 4. Quando l’interpretazione conforme alla Cedu incontra il limite della Costituzione - 5. Conclusioni.

1. Il caso.

Un cittadino italiano, condannato all’estero, ottiene il riconoscimento della sentenza di condanna così da poter scontare la pena nel nostro Paese. Dopo l’inizio dell’esecuzione chiede di beneficiare dell’indulto concesso con la l. n. 241/2006, ma tale richiesta viene rigettata dalla Corte d’appello di Milano, in ossequio alla giurisprudenza di legittimità allora prevalente, in base alla quale la pena detentiva inflitta con la sentenza straniera di condanna e posta in esecuzione in Italia non sarebbe condonabile poiché l’art. 10 della Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle persone condannate stabilisce che lo Stato di esecuzione deve, in linea di principio, conformarsi alla natura giuridica e alla durata della sanzione così come stabilite dallo Stato di condanna, e l’art. 12 del medesimo atto, avente natura eccezionale, non contempla espressamente l’indulto tra i benefici che lo Stato di esecuzione può accordare¹.

Pochi mesi dopo il rigetto della richiesta del condannato, le Sezioni Unite penali della Cassazione si pronunciano nuovamente in materia e, modificando il proprio precedente orientamento, ammettono che l’indulto possa essere applicato anche ai condannati all’estero². In questa decisione, ampiamente motivata, basandosi sulla lettura delle disposizioni convenzionali che regolano i rapporti tra gli Stati in materia di trasferimento dei condannati ed esecuzione delle pene, spiegano come l’argomento letterale fondato sull’art. 12 della Convenzione di Strasburgo non sia dirimente e che, anzi, puntuali e decisivi argomenti logici e sistematici militano a favore della tesi opposta, secondo cui, con il citato art. 12, gli Stati contraenti hanno fatto riferimento alla grazia, all’amnistia e alla commutazione della pena non con l’intento di limitare i benefici concedibili ai condannati, ma per designare qualsiasi, equivalente, istituto che,

* *Ricercatore in Diritto Costituzionale – Università di Milano*

¹ Si trattava di un orientamento giurisprudenziale costante della Cassazione: v., con riferimento all’applicazione dell’indulto concesso nel 2006, Cass., Sez. I, n. 10266/2008; Cass., Sez. I, n. 2106/2007; Cass., Sez. I, n. 47005/2007; Cass., Sez. I, n. 42420/2007; Cass., Sez. I, n. 40804/2007; Cass., Sez. I, n. 19444/2007; Cass., Sez. VI, n. 17804/2007; Cass., Sez. I, n. 19076/2007; Cass., Sez. I, n. 17583/2007. Posizioni dissonanti si ritrovano, invece, in qualche decisioni dei giudici di merito: v. Corte App. Roma, 21/9/2006, e Corte App. Catanzaro, 1/12/2006, in *Foro It.*, 2007, II, 60.

² V. Cass., SU, n. 36527/2008, (Napoletano), in *Foro it.* 2009, I, 5, che segue, tra l’altro, l’orientamento dottrinale prevalente: cfr., per tutti, Pisani, *Il trasferimento dei detenuti, l’indulto e la Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 474 ss.

nell'ambito dei singoli ordinamenti, corrisponde all'esercizio di un potere di clemenza. Inoltre, osservano come l'eventuale interpretazione di segno difforme potrebbe indurre ad un rilievo d'incostituzionalità della legge di ratifica della Convenzione, in quanto esporrebbe il cittadino italiano condannato all'estero che sia stato trasferito in Italia per l'esecuzione della condanna ad un trattamento (irragionevolmente) deteriore rispetto agli altri detenuti, italiani e stranieri, i quali potrebbero beneficiare nella fase esecutiva della generalità degli istituti clemenziali e dei benefici previsti dalle rispettive legislazioni: e ciò nonostante lo scopo dichiarato del trasferimento del condannato sia quello di favorirne il reinserimento sociale nel Paese d'origine.

Alla luce di questo mutamento giurisprudenziale, il condannato chiede nuovamente di beneficiare dell'indulto, e qui si apre la vicenda giudiziaria da cui ha origine la sentenza che si commenta.

Secondo quanto stabilito dal codice di rito, nella fase esecutiva, le richieste rigettate e successivamente riproposte sono dichiarate inammissibili se fondate sui "medesimi elementi", intesi come gli stessi presupposti di fatto e le medesime ragioni di diritto (v. art. 666, comma 2, c.p.p.). E mentre si ammette pacificamente che la richiesta debba essere dichiarata ammissibile, se c'è stato un mutamento normativo, il problema è capire se la preclusione al riesame della domanda possa essere superata anche da un mutamento giurisprudenziale.

Le argomentazioni favorevoli e contrarie a tale soluzione assumono particolare rilevanza per il diritto costituzionale, poiché si fondano su una questione centrale in tema di fonti del diritto, cioè la possibilità di qualificare il precedente giurisprudenziale quale fonte del diritto avente lo stesso valore della legge.

2. La sentenza del 21 gennaio 2010, n. 18288, delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Con la decisione che qui si commenta, le Sezioni Unite intervengono per chiarire se "il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite renda ammissibile o no la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata" e giungono a dare una soluzione positiva a tale quesito, sostenendo che essa sia "imposta dall'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa comunitaria in senso conforme alle previsioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla Corte di Strasburgo".

In particolare, si osserva che il principio di legalità, sancito in materia penale dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla Corte europea, impone di fare riferimento ad "un concetto di 'legalità materiale'", "per così dire 'allargato'", tale da ricomprendervi "sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale".

Ripercorrendo quella giurisprudenza della Corte europea che ha valorizzato il momento interpretativo della legge, anche penale, le Sezioni Unite ne ricavano che il *novum* non è soltanto la nuova legge in senso formale, ma anche il nuovo diritto vivente. Infine, riconducendo il diritto vivente alla "giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario", conclude il ragionamento affermando che nel concetto di nuovo "elemento di diritto" ex art. 666 c.p.p. deve essere incluso anche "il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di

questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il ‘diritto vivente’”, tanto più se tale operazione è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali.

3. *Qualche nota critica: la violazione del principio di indipendenza funzionale interna del giudice.*

Anche se la sentenza n. 18288/2010 della Cassazione sopra sintetizzata è finalizzata a garantire l’eguaglianza dei detenuti e come tale difficilmente può essere contestata per le conseguenze che produce nel caso concreto, essa desta qualche perplessità per l’impianto teorico su cui si fonda.

Pur essendo gli effetti della decisione circoscritti al cd. giudicato “esecutivo” e “cautelare” (e non al concetto di giudicato formale elaborato nel processo di cognizione) e nei soli casi in cui sia necessario ad ampliare la garanzia dei diritti individuali, essa rischia di mettere in crisi un principio cardine del diritto costituzionale, quello dell’indipendenza funzionale interna del giudice, corollario della sua soggezione “solo” alla legge.

La Cassazione, infatti, in questa sentenza, non solo qualifica in sostanza il proprio precedente come una fonte del diritto, ma, imponendo a tutti i giudici di rivedere le proprie decisioni, se c’è stato un mutamento giurisprudenziale, equipara gli effetti di quest’ultimo al diritto di origine legislativa³.

Che il diritto di origine giurisprudenziale contribuisca alla costruzione del sistema normativo ormai non può essere contestato. Una volta svelata l’ideologia giuspositivista, secondo cui, ricorrendo alle regole dell’interpretazione, è possibile giungere ad una univoca soluzione nell’applicazione della legge al caso concreto⁴, la maggioranza della dottrina ammette che il giudice, sia pure entro i limiti consentiti dal dato testuale, contribuisce alla “creazione” del diritto.

Tutto ciò è stato certamente favorito dall’introduzione del giudizio di costituzionalità⁵: la distinzione tra disposizione e norma e il conseguente giudizio sulle norme si giustificano, infatti, se ed in quanto la norma non è solo una interpretazione tra le tante, ma è la disposizione interpretata, ossia è diritto oggettivo essa stessa⁶. Solo se

³ Interessante segnalare che impostazioni analoghe si trovano anche nella giurisprudenza dei giudici comuni. V., per es. Trib. Varese, 8 ottobre 2010, in www.ilcaso.it, dove si esclude di poter dichiarare improcedibile l’opposizione a decreto ingiuntivo per non aver rispettato i termini per la costituzione in giudizio, in quanto l’errore si basava su precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale: sostenendo che il nuovo orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Cassazione non potrebbe avere efficacia “retroattiva”, se ne afferma la portata “innovativa”.

⁴ Fondamentale sul punto è la riflessione di T. Ascarelli, che espressamente osserva come la peculiarità delle sentenze interpretative consista nel fatto che “si ammette ivi espressamente quella possibilità di interpretazioni diverse che invece le sentenze di tutte le magistrature del mondo generalmente tendono a negare” (T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 358).

⁵ Sia consentito rinviare a F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, Milano 2006, 90ss.

⁶ Cfr. V. Crisafulli, *Le sentenze “interpretative” della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano 1969, V, 2872, dove l’Autore afferma: “Né, sotto la denominazione di sentenze “interpretative”, si vuol fare riferimento a sentenze che si esauriscono nell’interpretare, essendo pacifico che l’interpretazione del diritto vigente rappresenta un momento, necessario, bensì, ma strumentale dell’attività della Corte: non si configura, cioè, e non può configurarsi, come oggetto autonomo, fine a se stesso, delle pronunce di sua competenza”; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, 42; Id., voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 207.

Si noti, infine, che i passi da ultimo segnalati rivelano la diversità dell’impostazione di Crisafulli rispetto alle ricostruzioni di Ascarelli sul tema del diritto vivente, poiché mentre per il primo la norma è il

L'interpretazione ha dignità di norma può, cioè, essere cancellata dalla Corte⁷. Questo passaggio diviene centrale, poiché la richiesta rivolta dalla Corte al giudice di individuare, nell'impostazione dei termini della questione, la norma applicabile al caso concreto presuppone che esso entri nel circuito di produzione del diritto.

Ciò che, invece, non convince pienamente è il “valore” che le Sezioni Unite della Cassazione attribuiscono alla propria decisione, ossia il fatto di ritenere che essa vincoli alla stessa stregua della fonte scritta. In altre parole, si muove dall'idea che la giurisprudenza, sia pure “*senza varcare la 'linea di rottura' con il dato positivo ed evadere da questo*”, partecipa alla produzione del diritto per arrivare a sostenere che, se cambia il “diritto vivente”, il giudice dovrà tenerne conto come se vi sia stato un mutamento normativo. Non solo: le Sezioni Unite della Cassazione finiscono per identificare il diritto vivente con la propria pronuncia.

Il problema che si affronta in questa sentenza è, cioè, quello del valore vincolante del precedente, finendo per aderire alla dottrina, molto autorevole, ma sicuramente minoritaria, che ravvisa, anche nei sistemi di *civil law*, un dovere giuridico di conformità ai precedenti, al fine di realizzare il principio dell'interpretazione conforme della legge e, dunque, un'uguaglianza effettiva dei cittadini di fronte a questa⁸. Al contrario, è noto che anche tra coloro che valorizzano il precedente giudiziario, includendolo espressamente tra le fonti del diritto, prevale in fondo l'idea che esso abbia un'efficacia persuasiva e non vincolante (se non per il giudice del rinvio)⁹.

A questa conclusione si giunge non solo distinguendo tra il diritto di origine giurisprudenziale e quello di origine legislativa, ma anche considerando che, se si impone a tutti i giudici di adeguarsi al principio di diritto espresso nella sentenza resa a Sezioni Unite, si viola il principio di indipendenza funzionale interna dei giudici.

Com'è noto, l'art. 101, comma 2, Cost., nello stabilire che i giudici sono soggetti solo alla legge, esprime l'esigenza che il giudice non riceva che dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto¹⁰.

Tale aspetto dell'indipendenza nell'esercizio in concreto dell'attività giurisdizionale non può essere lesa da poteri esterni alla magistratura, né dall'attività di altri giudici, neppure della Cassazione. La Costituzione non solo non riconosce la funzione nomofilattica della Cassazione, ma semmai valorizza il pluralismo interpretativo¹¹, ripudiando una concezione “verticistica” della giurisdizione.

risultato dell'interpretazione, per il secondo la norma vive come norma solo nel momento in cui viene applicata (sul tema, si rinvia a A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso e implicazioni*, Milano 1994, 57ss. e 103 ss.).

⁷ Cfr. A. D'Atena, *La produzione normativa fra rappresentanza e consenso nella riflessione di Esposito, Crisafulli e Paladin*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, a cura di L. Carlassare, Padova 2004, 169-170.

⁸ Ci si riferisce agli studi di G. Gorla. Tra i tanti, cfr. *Introduzione ad una raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni del Foro italiano* 1966, 13 ss.; *Precedente giudiziario*, in *Enc. Giur.* XXIII, 1990.

⁹ Cfr. A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1977, 525 ss.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 40 del 1964.

¹¹ Cfr. R. Romboli, con riferimento alla garanzia del giudice naturale, in *Attività tabellare del Consiglio superiore della magistratura e indipendenza interna del giudice*, in *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari 1994, 108.

Salvo che sia la legge espressamente a stabilirlo, in ossequio alla logica del sistema processuale¹² o perché necessario a coordinare l'esercizio della funzione giurisdizionale per finalità di giustizia o per ragioni di economia processuale¹³, ciascun giudice è libero di interpretare la legge, anche in dissonanza rispetto a precedenti numerosi o autorevoli¹⁴. La Costituzione, legando il giudice alla legge, lo assoggetta non solo al vincolo di una norma che specificamente contempra la fattispecie da decidere, ma altresì alle valutazioni che la legge dà dei rapporti, degli atti e dei fatti, e al rispetto degli effetti che ne desume: se, però, tale valutazione manca, egli decide liberamente il caso sottoposto al suo esame.

In questa prospettiva, appare dunque improprio il richiamo che nella sentenza n. 18288/2010 la Cassazione opera alla nozione di diritto vivente elaborata dalla giurisprudenza costituzionale, non solo perché quella serve alla Corte costituzionale per regolare gli effetti delle decisioni interpretative, quanto perché, proprio in ossequio al principio di indipendenza funzionale del giudice, il diritto vivente non si identifica con la decisione della Cassazione a Sezioni Unite, bastando talvolta la costante interpretazione di una disposizione fatta propria dai giudici di merito¹⁵.

4. Quando l'interpretazione conforme alla Cedu incontra il limite della Costituzione.

Probabilmente è proprio la consapevolezza che il ragionamento seguito non è pienamente compatibile con il nostro ordinamento costituzionale che ha indotto la Cassazione a cercare un aggancio con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella sentenza che si commenta, la Cassazione, infatti, ha ritenuto che la propria decisione derivasse dall'obbligo di rispettare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte europea, con particolare riferimento al principio di legalità penale di cui all'art. 7.

Si tratta di un richiamo che, sia pure ad una prima osservazione, non appare pienamente conferente.

Premesso che manca una pronuncia della Corte europea che abbia condannato lo Stato italiano con riferimento a questa specifica ipotesi¹⁶, è vero che, nella giurisprudenza della Corte europea, la nozione di "legge" penale non coincide con la nozione di "legge" fatta propria dalla nostra Costituzione; che si deve fare riferimento a

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 142 del 1971, con riferimento al sistema delle impugnazioni, e, in particolare, Corte cost., sent. n. 50 del 1970, con riferimento al vincolo di diritto per il giudice di rinvio.

¹³ Cfr. Corte cost., ord. n. 241 del 1991.

¹⁴ Sul punto, cfr. più diffusamente N. Zanon - F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Torino 2008, 86 ss.

¹⁵ Cfr. A. Pugiotto, *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.* 1998, V, 372.

¹⁶ Si ricordi invece il noto problema degli effetti delle decisioni della Corte Edu in caso di accertata violazione di principi del giusto processo: cfr., per tutti, F.M. Palombino, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e integrazione analogica dell'art. 625 bis c.p.p. (in margine al caso Drassich)*, in *Giur. it.* 2009, fasc. 10 pag. 2296 – 2299. e S. Lonati, *Il "caso Dorigo": un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.* 2007, 1538. Più in generale, sull'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea nei casi in cui siano parti o non lo siano, cfr. B. Randazzo, *Gli effetti delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it

tutto il “diritto”¹⁷ e a come esso “vive” nella giurisprudenza. Tuttavia, anzitutto, un conto è verificare come il diritto penale è interpretato – soprattutto, come fa la Corte europea, per valutare se, in materia penale, un certo orientamento giurisprudenziale fosse conoscibile e prevedibile nelle sue conseguenze –, altra cosa è ritenere che, in un ordinamento di *civil law*, il diritto vivente vincoli tutti i giudici.

Inoltre, il richiamo all’art. 7 della Cedu pare impreciso perché utilizzato da solo per imporre una certa interpretazione di una norma penale processuale, non di diritto penale sostanziale, là dove, forse più correttamente, andava invocato anche il rispetto dei principi del giusto processo.

Ad ogni modo, anche a voler ritenere pertinente il richiamo all’art. 7 della Cedu, e senza poter approfondire, in questa brevissima nota, il complicato intreccio dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale convenzionale, nonché la sempre maggiore influenza che il “sistema” della Cedu sta avendo sul nostro ordinamento giuridico, ciò che preme sottolineare è che la Cassazione richiama le sentenze della Corte costituzionale che invitano ad interpretare il diritto interno in modo conforme alla Cedu, tralasciando però di ricordare che le norme della Convenzione, come interpretate dalla Corte europea, integrano il parametro di costituzionalità solo se compatibili con l’ordinamento costituzionale italiano, “*che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall’art. 11 della Costituzione*”¹⁸.

Il rispetto della Costituzione – di tutta la Costituzione – costituisce un limite all’ingresso delle norme Cedu nel nostro ordinamento, sia nel giudizio di costituzionalità, sia – mi sembra implicito – quando si tratta di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Cedu e alla giurisprudenza della Corte europea. In conclusione, anche a voler ritenere che quella proposta sia una interpretazione obbligata dalla giurisprudenza della Corte europea, ci sembra che essa non possa essere seguita in quanto lesiva del principio costituzionale dell’indipendenza funzionale interna del giudice.

5. Conclusioni.

Rispetto a quanto detto, pare infine opportuno precisare che, pur muovendo qualche obiezione alla decisione delle Sezioni Unite n. 18288/2010, deve essere invece condivisa la soluzione interpretativa secondo cui va concesso l’indulto anche a coloro che stanno scontando in Italia una condanna pronunciata all’estero, poiché – come visto – costituisce il risultato di una interpretazione costituzionalmente conforme della Convenzione di Strasburgo, nonché, se vogliamo, convenzionalmente conforme.

Ciò comporta che, se il giudice dell’esecuzione a cui la richiesta è presentata condivide l’interpretazione delle norme della Convenzione di Strasburgo fatta propria dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 36527/2008 (Napoletano), concederà immediatamente il beneficio. Se la richiesta verrà rigettata, la difesa dell’imputato potrà ricorrere subito in Cassazione.

¹⁷ Sul principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee, cfr. M. D’Amico, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006, 153 ss.; A. Bernardi, *All’indomani di Lisbona: note sul principio di legalità penale*, in *Quad. cost.* 2009, 49.

¹⁸ Così, letteralmente, Corte cost. n. 348 del 2007.

Per i detenuti la cui domanda è stata in passato rifiutata alla luce del precedente orientamento giurisprudenziale, residua una sola possibilità: sperare che il giudice dell'esecuzione ritenga che un nuovo orientamento giurisprudenziale costituisca elemento idoneo a fargli rivedere la decisione. Dovrà, però, essere una soluzione interpretativa che egli individualmente condivida.

Ciò che non pare, invece, ammissibile, è che la Cassazione, per rimediare alle conseguenze della propria oscillante giurisprudenza, affermi, in astratto e in linea di principio, che un proprio nuovo orientamento obbliga i giudici dell'esecuzione a rivedere le proprie decisioni.