

DIRITTI VIVENTI A CONFRONTO: A PROPOSITO DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE NEL PROCESSO ETERNIT BIS

Nota a Tribunale di Torino, ord. 24 luglio 2015, G.u.p. Bompieri

di Alessandra Galluccio

Abstract. *Il presente contributo prende spunto dall'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale nel noto processo Eternit bis per interrogarsi sull'opportunità dell'intervento della Consulta in casi – come quello di specie – in cui ad ostare all'interpretazione convenzionalmente conforme della disposizione non sia il tenore letterale della stessa, bensì la sua costante interpretazione da parte della Corte di cassazione. Cosa può (o cosa deve) fare il giudice comune, stretto nella morsa di due 'diritti viventi' contrapposti? Deve assolvere l'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme – pur nella consapevolezza delle elevate probabilità che la sentenza da lui pronunciata venga riformata – o può sollevare questione di legittimità costituzionale? Può, in altri termini, riconoscersi alla Consulta un ruolo nella composizione dell'inevitabile conflitto che si genera qualora la Cassazione – organo deputato alla funzione nomofilattica – sia restia ad 'abbandonare' una interpretazione della disposizione di legge che sia manifestamente in contrasto con la CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo?*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza del G.u.p. di Torino. – 2.1. Il medesimo fatto storico e i problemi di *bis in idem*. – 2.2. La necessità della rimessione alla Consulta. – 3. Diritti viventi a confronto. – 4. Un primo significato: diritto vivente come limite al potere interpretativo del giudice in favore della certezza del diritto. – 5. Un'analogia fruttuosa: la nascita del diritto vivente europeo. – 6. Tornando alla fattispecie concreta: un caso facile? – 7. L'altra faccia del diritto vivente: espressione del *self restraint* della Corte costituzionale rispetto alle prerogative delle Cassazione. – 8. Le peculiarità del neonato diritto vivente europeo e una proposta di soluzione. – 9. Conclusioni.

1. Premessa.

Con l'ordinanza in commento¹ il G.u.p. del Tribunale di Torino solleva **questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.** per contrasto con l'art. 117

¹ Su cui si veda, [in questa Rivista, I. GITTARDI, Eternit 'bis in idem'? Sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU, 27 novembre 2015](#); si veda inoltre

c.1, quale parametro interposto dell' **art. 4 prot. 7 CEDU**, nell'interpretazione che di tale articolo dà la Corte di Strasburgo.

L'art. 649 c.p.p. sarebbe incostituzionale – afferma in giudice *a quo* – nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del '**medesimo fatto giuridico**' nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del '**medesimo fatto storico**' come delineato da un orientamento consolidato della Corte Edu – orientamento del quale pertanto il giudice nazionale deve tenere conto, nei limiti in cui egli non ritenga che esso sia in contrasto con la Costituzione.

Fra i molteplici spunti offerti dall'ordinanza in commento quello che si vuole raccogliere in questa sede è relativo alle **perduranti incertezze circa le modalità attraverso le quali proporre questione di legittimità costituzionale** nei casi in cui vengono in considerazione profili di diritto sovranazionale. Ci chiederemo, in particolar modo, se sia consentito ricorrere alla Corte costituzionale in casi – come quello di specie – nei quali vi sia un **consolidato orientamento della Corte di cassazione** che depone in senso contrario a quanto indicato dalla giurisprudenza di Strasburgo.

2. L'ordinanza del G.u.p. di Torino

2.1. Il medesimo fatto storico e i problemi di *bis in idem*

La questione sottoposta al Tribunale di Torino è, per la vicenda umana e giuridica cui direttamente si ricollega, particolarmente delicata. Essa trae origine dalla richiesta di rinvio a giudizio di Stephan Schmidheiny – nella sua qualità di effettivo responsabile della gestione di *Eternit Spa, Industria Eternit Casale Monferrato Spa, Industria Eternit Napoli Spa, Icar Spa, Industria Eternit Reggio Emilia Spa*, esercenti gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto di Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli e Rubiera – per il delitto di omicidio volontario aggravato (artt. 81, comma 2, 575, 577, comma 1, n. 2 e 4 e 61 n. 1, c.p.) di 258 tra lavoratori operanti presso gli stabilimenti Eternit, familiari degli stessi e cittadini residenti nelle zone limitrofe.

Come tutti ricorderanno, tuttavia, Schmidheiny era già stato processato in relazione ai medesimi fatti – con le precisazioni che vedremo – per i reati di cui agli artt. 437 (omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) e 434 c.p. (disastro doloso), il primo dichiarato estinto per prescrizione dalla Corte d'Appello di Torino con sentenza del 3 giugno 2013, il secondo dichiarato estinto dalla Corte di Cassazione con sentenza 19 novembre 2014, n. 7941/15.

Nel corso dell'udienza preliminare si è dunque posto il problema della possibile ricorrenza di un *bis in idem*.

l'accurata analisi di [E. SCAROINA, Ancora sul caso Eternit: la giustizia e il sacrificio dei diritti, in Archivio penale, 3, 2015.](#)

La difesa dell'imputato ha in particolar modo sottolineato che: *a)* anche nel primo processo, come in quello attualmente pendente, veniva in rilievo la qualità di effettivo responsabile della gestione delle società del Gruppo Eternit, rivestita da Schmidheiny; *b)* gli stabilimenti interessati (Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli e Rubiera) sono gli stessi; *c)* il periodo di tempo considerato è il medesimo; *d)* le condotte omissive addebitate all'imputato sono sovrapponibili (quelle relative al primo processo sono integralmente confluite nella nuova contestazione *sub* lettera G); *e)* 186 delle 258 vittime individuate figuravano già come vittime nel primo procedimento penale. Pertanto, i difensori hanno chiesto l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. ai fini della pronuncia di una sentenza di proscioglimento ex art. 425 c.p.p. e – in subordine – che il G.u.p. sottoponesse alla Corte di Lussemburgo una questione interpretativa pregiudiziale sulla portata dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che com'è noto sancisce il principio del *ne bis in idem*.

Il G.u.p. ha innanzitutto respinto, con separata ordinanza, la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia poiché la questione di diritto controversa non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e il procedimento principale non riguarda l'applicazione o l'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione².

Il giudice si è poi detto convinto che il fatto materiale contestato nel secondo processo sia – sotto il profilo storico naturalistico – indubbiamente il medesimo in relazione al quale l'imputato è già stato prosciolto, per le ragioni indicate dai difensori e inoltre perché: *f)* le sentenze pronunciate nei tre gradi di giudizio del primo procedimento penale contengono passaggi argomentativi e valutativi di aspetti della condotta dell'imputato che sono confluiti nelle imputazioni del processo Eternit *bis*, con la conseguenza che tra il fatto giudicato e la *res judicanda* vi sarebbe coincidenza non solo ponendosi nella visuale della 'contestazione formale' dell'accusa, ma anche sotto il diverso profilo della 'progressione della vicenda processuale'; *g)* l'esame operato in seno al primo processo coprì, senza dubbio, almeno l'accertamento della sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta omissiva tenuta da Schmidheiny e i decessi di alcuni operai addetti agli stabilimenti e abitanti delle aree limitrofe: in quella sede, infatti, fu ammessa la costituzione dei parenti delle vittime quali parti civili e fu liquidato in loro favore un risarcimento dei danni.

Tuttavia, pur riscontrando la medesimezza del fatto storico, il giudice ritiene di non poter applicare l'art. 649 c.p.p. nel caso sottoposto al suo esame: secondo una giurisprudenza granitica della Corte di cassazione, infatti, il divieto del doppio giudizio ha nell'ordinamento processuale italiano un ambito di applicazione limitato ai casi in cui si riscontri la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati; non rilevarebbe dunque in alcun modo, ai fini del riconoscimento della sussistenza di un *bis in idem*, che i fatti storici oggetto dei diversi e successivi procedimenti siano i medesimi.

² Sul punto, da ultimo, [M. SCOLETTA, Omesso versamento delle ritenute di imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di giustizia dichiara la propria incompetenza, in questa Rivista, 8 maggio 2015](#); [M. BONTEMPELLI, Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee \(fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale\), in Archivio penale, 1, 2015](#).

Tale principio è particolarmente evidente nella materia degli infortuni sul lavoro – laddove la Cassazione riconosce un concorso formale fra i delitti di omissione dolosa di cautele aggravato dall'evento morte di lavoratori (art. 437 c. 2 c.p.) e di omicidio colposo (art. 589 c.p.) aggravato dalla violazione delle norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro – ma risulta costantemente applicato, secondo il giudice, in tutti i settori dell'ordinamento penale³.

2.2. La necessità della rimessione alla Consulta

All'orientamento consolidato della giurisprudenza nazionale si contrappone – rileva ancora il G.u.p. – l'interpretazione altrettanto consolidata che del principio di *ne bis in idem*, di cui all'art. 4 prot. 7 Cedu, fornisce la Corte europea dei diritti dell'uomo. Il *leading case* in materia è costituito dalla sentenza della [Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolothukin c. Russia](#), nel quale i giudici di Strasburgo hanno precisato che l'art. 4 prot. 7 Cedu sancisce il «divieto di perseguire e giudicare una persona per un secondo reato quando all'origine di tale reato vi siano fatti identici o fatti 'sostanzialmente' uguali a quelli all'origine del primo reato» e racchiude in sé tre garanzie diverse, stabilendo che nessuno può essere perseguito, giudicato o punito due volte per gli stessi fatti. Dall'opzione ermeneutica prescelta con la sentenza *Zolothukin* la Corte Edu non si è più discostata – viene osservato –, ed anzi nella [sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia](#) l'ambito di applicazione del divieto sancito dall'art. 4 prot. 1 Cedu è stato ulteriormente precisato, mediante l'affermazione che «la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti [...] siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta». Inoltre nella sentenza 23 giugno 2015, *Butnaru et Bejan-Piser c. Romania* i giudici di Strasburgo hanno espressamente affermato che nella protezione offerta dal principio di *ne bis in idem* rientra non solo il divieto della doppia condanna per il medesimo fatto storico, ma anche il diritto a non essere processati due volte.

Dal confronto delle rispettive giurisprudenze in materia di *bis in idem* appare evidente – conclude il giudice – la sussistenza di un contrasto fra la nozione di 'medesimo fatto' accolta dalla giurisprudenza nazionale e quella invece adottata dalla Corte Edu. Un contrasto che il giudice non ritiene di poter ricomporre in via

³ Il giudice cita, esemplificando: Cass., 3116/1994 in materia di reati fiscali; Cass., 10472/1997 sui rapporti fra bancarotta fraudolenta e appropriazione indebita; Cass., 3755/1999 in materia di diritti di monopolio. Viene inoltre sottolineato come nelle sentenze meno risalenti e, in particolar modo, nelle sentenze successive all'affermarsi di un diverso orientamento della Corte Edu, la Corte Suprema faccia mostra di tenere in considerazione il diverso criterio della medesimezza del fatto storico, finendo poi comunque sempre per disattenderlo in favore di quello della coincidenza 'giuridica' degli elementi costitutivi del reato: Cass., 34665/2005; Cass. 10180/2005; Cass. 18376/2013; Cass. 52645/2014; Cass. 50310/2014; Cass. 52645/2014; Cass. 52215/2014.

interpretativa prediligendo, come anticipato, la strada della questione di legittimità costituzionale.

In particolar modo, la questione sollevata sarebbe rilevante, stante la certezza raggiunta dal giudice *a quo* circa l'identità del fatto storico da cui traggono origine i due procedimenti penali cui l'imputato è stato sottoposto; l'accoglimento della questione determinerebbe quindi un ampliamento dell'ambito di applicabilità dell'art. 649 c.p.p. tale da ricomprendere anche l'ipotesi oggetto del processo pendente di fronte al G.u.p.⁴, costituendo il presupposto per una declaratoria di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. Una tale interpretazione dell'art. 649 c.p.p. pare inoltre al giudice *a quo* perfettamente in linea⁵ con la garanzia costituzionale del giusto processo (art. 111 cost.): sebbene infatti la norma costituzionale si riferisca letteralmente alla durata del singolo processo, deve ritenersi pienamente conforme alla *ratio* di tale norma una lettura che estenda la nozione di ragionevole durata del processo anche a più processi relativi allo stesso fatto storico e scaturenti da successive, diverse qualificazioni dello stesso.

La questione sarebbe poi non manifestamente infondata – nonostante la formulazione letterale dell'art. 649 c.p.p. non osti ad un'interpretazione convenzionalmente orientata del divieto di *bis in idem* – in quanto l'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. fornita dalla Corte di cassazione è consolidata al punto da assumere valenza di 'significato obiettivo della disposizione' e da concretizzare la nozione di diritto vivente; il giudice che se ne discostasse, allora, «finirebbe per assegnare alla disposizione un significato 'del tutto eccentrico' rispetto alla sua lettera e a come essa 'vive' nell'ordinamento, compiendo un'operazione che la stessa Corte costituzionale ha censurato (cfr. sent. 49/2015)».

Ricapitolando, il giudice rimettente: prende atto della sussistenza, nel caso sottoposto al suo giudizio, di un nuovo esercizio dell'azione penale relativo a fatti storici già oggetto di un precedente giudizio dichiarato estinto per decorrenza del termine prescrizione; ritiene che sulla base di un orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte Edu – il giudice insiste molto su questo punto, citando più volte la sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 – la prosecuzione del processo a carico dell'imputato già giudicato e prosciolti integri una violazione dell'art. 4 prot. 7 Cedue; vorrebbe applicare l'art. 649 c.p.p., che sulla base della sua formulazione letterale consente una interpretazione convenzionalmente orientata, in modo da pronunciare sentenza di proscioglimento; osserva che l'interpretazione convenzionalmente orientata sarebbe del tutto in linea con i principi costituzionali, anzi ne implementerebbe l'efficacia; **ritiene tuttavia di non potersi procedere**, poiché

⁴ Più precisamente, il G.u.p. afferma che la pronuncia della Corte costituzionale «costituirebbe il presupposto per per la declaratoria di una sentenza ex art. 425 c.p.p., come richiesto dai difensori di Schmidheiny, eventualmente parziale e, cioè, limitata agli omicidi le cui vittime già figuravano nel primo processo quali persone decedute». Meno scontata appare già al giudice rimettente, dunque, la ricorrenza di un *bis in idem* in relazione a quelle vittime che non erano indicate come tali anche nel primo procedimento.

⁵ Non sussistendo dunque, a parere del giudice *a quo*, alcun problema di 'controlimiti'.

la norma in questione è **costantemente interpretata in senso difforme dalla giurisprudenza di legittimità**: una interpretazione diversa rispetto a quella che ormai costituisce diritto vivente nazionale, infatti, sarebbe da considerarsi **eccentrica rispetto al sistema e pertanto preclusa al giudice comune**; per questi motivi solleva questione di legittimità costituzionale.

3. Diritti viventi a confronto

Un problema dunque di diritto vivente, anzi – verrebbe da dire – di **diritti viventi, in una prospettiva multilivello**. Il giudice rimettente è per la verità ben attento ad evitare la confusione semantica, adoperando la nozione di diritto vivente nella sua accezione tradizionale: quella di significato obiettivo della disposizione nell'interpretazione che ne dà l'organo titolare, nell'ordinamento nazionale, della funzione nomofilattica; la disposizione è dunque l'art. 649 c.p.p., l'interprete è la Cassazione. Quando invece vuole riferirsi alla giurisprudenza Edu, il giudice *a quo* utilizza la diversa locuzione di 'orientamento consolidato': qui la norma in relazione alla quale si dà un determinato orientamento è l'art. 4 prot. 7 Cedu e l'interprete è la Corte di Strasburgo.

La notazione sarebbe superflua se la Corte costituzionale – di recente, proprio nella sentenza n. 49 del 2015 – non avesse invece adoperato la locuzione diritto vivente per identificare il cd. *well established case law* della Corte europea dei diritti dell'uomo. Due diritti viventi, dunque, a due diversi stadi del sistema multilivello di tutela dei diritti umani sul cui ruolo – nell'economia della questione di legittimità costituzionale – ci soffermeremo per un istante.

Il **diritto vivente europeo** è stato il grande protagonista della sentenza della [Corte costituzionale 49 del 2015](#)⁶, la cui nascita è stata salutata con favore da quanti ritenevano che troppo passivamente il giudice comune assorbisse i principi giurisprudenziali enunciati dalla Corte Edu – anche quelli magari frutto di una singola pronuncia, a sezioni semplici e riguardante un ordinamento giuridico distante da quello italiano – e che troppo in fretta avesse dimenticato il suo dovere di collaborare

⁶ Su cui si vedano [F. VIGANÒ, La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione \(editoriale\), in questa Rivista, 30 marzo 2015](#); [M. BIGNAMI, Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente, in questa Rivista, 30 marzo 2015](#); [A. RUGGERI, Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno, in questa Rivista, 2 aprile 2015](#); [V. MANES, La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza, in questa Rivista, 13 aprile 2015](#); [G. MARTINICO, Corti costituzionali \(o supreme\) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni \(CEDU e Convenzione americana sui diritti umani\), in questa Rivista, 28 aprile 2015](#); [O. DI GIOVINE, Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale, A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro, in questa Rivista, 12 giugno 2015](#); [D. PULITANÒ, Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015, in questa Rivista, 22 giugno 2015.](#)

all'interpretazione del diritto, al quale è richiamato dall'art. 101, co.2, Cost⁷. Proficua appariva, allora, l'applicazione (anche) alla giurisprudenza di Strasburgo di un concetto – proprio quello di diritto vivente – **già noto al giudice italiano** nella sua versione tradizionale: quello di **stabile interpretazione della norma da parte della Corte di cassazione**.

Ebbene, per comprendere in che modo l'utilizzo del concetto di diritto vivente possa contribuire al risultato di una maggiore partecipazione del giudice nazionale all'applicazione dei diritti convenzionali, è forse necessario soffermarsi qualche istante sui significati che tale concetto riveste per il giudice italiano.

4. Un primo significato: il diritto vivente come 'limite' al potere interpretativo del giudice in favore della certezza del diritto

Il primo e più immediato fra i significati che la locuzione 'diritto vivente' riveste per il giudice italiano attiene ad una sorta di **bilanciamento** fra il principio costituzionale della **sottoposizione del giudice unicamente alla legge** e quella della **prevedibilità della decisione giudiziaria**. Il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme applicazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale (art. 65 co. 1, o.g.) spetta, com'è noto, alla Corte di cassazione, in qualità di supremo organo della giurisdizione. Presupposto di tale operazione è il riconoscimento ai giudici «di un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente creativa dell'interpretazione, la quale, senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente a una funzione integrativa della medesima⁸». Con la conseguenza che quando l'organo deputato alla funzione nomofilattica ha consolidato una certa interpretazione di una norma, tale norma vive nell'ordinamento non tanto nell'astratta previsione legale quanto nella concreta interpretazione ed applicazione che ne danno i giudici. Così, sarà non tanto alla norma nella sua formulazione letterale, bensì a come essa vive nell'ordinamento – al diritto vivente, dunque – che dovranno riferirsi gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità della decisione, fondamentali per garantire la uniforme applicazione del diritto⁹. La formazione di un diritto vivente è però ineluttabilmente frutto di un'evoluzione diacronica e il raggiungimento dell'interpretazione 'migliore' è – non

⁷ M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono*, cit., 3.

⁸ Cass., SS.UU., 18288/2010, P.G. in procedimento Beschi. La sentenza – che con riferimento al cd. giudicato esecutivo ex art. 666, co.2, c.p.p. afferma il principio secondo cui «il mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata» – è citata come esempio del ruolo svolto nel nostro ordinamento dal diritto vivente da [G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione, in corteappellomilano.it*](#).

⁹ G. CANZIO, *Nomofilachia*, cit., 1.

necessariamente, ma spesso – il risultato di una serie di tentativi, e di uno sforzo interpretativo congiunto che vede impegnato, in prima battuta, il giudice di merito.

Proviamo, allora, ad immaginare il momento nel quale si consolida uno stabile orientamento della Corte di cassazione come una **soglia**. **Prima** del formarsi di un diritto vivente vi è la **massima estensione del principio di cui all'art. 101, co. 2, Cost.** e tutti i giudici comuni collaborano – nel dialogo e nel confronto delle rispettive soluzioni interpretative – alla formazione del significato della disposizione. **Dopo** che è emersa una soluzione consolidata nella giurisprudenza della Cassazione, il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge deve fare i conti con l'altrettanto fondamentale esigenza – neppure essa sprovvista di rilevanza costituzionale, quanto meno sotto il profilo dell'**art. 3 Cost.** – della certezza del diritto, *sub specie prevedibilità della decisione giudiziaria*, che parla in favore di una almeno tendenziale necessità che il giudice si conformi a tale soluzione.

Intendiamoci: in un ordinamento di *civil law* al **precedente** (per quanto consolidato) non può ovviamente essere attribuita alcuna efficacia **vincolante**; innegabile è, però, la forza **persuasiva**¹⁰ che promana da un orientamento granitico della Corte di cassazione, una forza tanto maggiore quando il formarsi del significato della norma è frutto di uno sforzo condiviso di interpretazione. Il precedente diventa così 'autorevole' e dunque capace di condizionare le decisioni dei giudici inferiori¹¹, i quali – riconoscendo il grado di persuasione proprio delle sentenze di Cassazione – dovranno quanto meno tendenzialmente applicare la soluzione suggerita come canone di soluzione delle fattispecie concrete sottoposte al loro giudizio¹². Così – attraverso le

¹⁰ Per un'analisi delle posizioni dottrinali in ordine ai parametri necessari per il corretto svolgimento della funzione nomofilattica si veda G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*, Torino, 2015, 192 ss. L'autore segnala come la tendenza sia quella di sostenere la possibilità di ancorare la nomofilachia al valore o, meglio, all'impatto delle decisioni della Cassazione all'interno dell'ordinamento, la Suprema corte sarebbe quindi in grado di «svolgere le proprie funzioni interpretative, in qualità di Corte suprema, quando l'esatta osservanza della legge e l'uniformità della giurisprudenza saranno garantite da pronunce che assumano, alla stregua di un precedente seppur non vincolante, un importante valore persuasivo»; per una concezione di nomofilachia fondata sul precedente persuasivo si veda, poi, A. PIZZORUSSO, *Cassazione e diritto vivente*, in L. LANFRANCHI (a cura di) *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 376; sottolinea inoltre l'importanza del ruolo del precedente 'ragionevole' tanto sul versante della garanzia dell'esatta osservanza della legge, quanto su quello del rapporto tra potere interpretativo e tutela dell'uniformità della giurisprudenza M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 59 ss.

¹¹ Sul punto si veda ancora G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. it.*, vol. XXIII, Roma, 1990, 1 ss., il quale sostiene come vi sia, tanto in capo alla Corte di legittimità quanto in capo al giudice di merito, un dovere giuridico ('funzionale') di rispettare un precedente giuridico effettivamente esistente, discostandosene solo ove sussistano gravi motivi; nonché di nuovo G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri*, cit., 198 e s. per ulteriore bibliografia.

¹² Osserva ancora G. CANZIO, *Nomofilachia*, cit., 4 – citando a sua volta G. BORRÈ, *L'evoluzione della Corte nel diritto commerciale, del lavoro, nel diritto pubblico e processuale civile*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico*, Milano, 1996, 252 – che «la nomofilachia, siccome diretta a conferire coerenza e prevedibilità all'interpretazione delle norme, mediante la creazione di decisioni destinate a costituire 'precedenti' per la soluzione di future controversie in casi simili o analoghi, costituisce un valore per la collettività, pur avvertendosi che 'non è un valore assoluto ma metodologico' e, nell'inarrestabile evoluzione della

due fasi che caratterizzano la formazione, prima, e la vigenza, poi, di un diritto vivente – si tenta di realizzare il contemperamento tra la libertà interpretativa del giudice e la certezza del diritto, cui è sotteso il rispetto del principio di uguaglianza.

5. Un'analogia fruttuosa: la nascita del diritto vivente europeo

È – ci pare – **applicando questo primo significato** della locuzione 'diritto vivente' all'orientamento consolidato della giurisprudenza di Strasburgo che la sentenza della Corte Costituzionale n. 49 del 2015 ha voluto richiamare il giudice italiano al suo ruolo di protagonista del sistema integrato di tutela dei diritti umani. A fronte di quello che veniva percepito come un atteggiamento supino del giudice comune, del suo applicare indistintamente ogni principio promanante dalla giurisprudenza di Strasburgo, la Corte costituzionale ne ha ripensato il ruolo partendo proprio dalla logica del diritto vivente.

In ottemperanza al principio di cui all'art. 101, co.2, Cost., la Corte ha infatti stabilito che – prima che si possa affermare che esiste un diritto vivente europeo che impone una determinata interpretazione – il giudice comune è libero: di non applicare il principio non consolidato o poco chiaro proveniente dalla giurisprudenza di Strasburgo; di dare comunque applicazione alla giurisprudenza isolata o minoritaria della Corte Edu, mediante lo strumento dell'interpretazione conforme.

Entrambi questi comportamenti sono, in questa fase, **comportamenti costruttivi**: essi consentono la più ampia estensione del dialogo circa il corretto significato o la latitudine da attribuire al diritto fondamentale.

La compressione delle esigenze di certezza del diritto che ne deriva è, poi, solo temporanea e funzionale al consolidarsi dell'interpretazione 'migliore'. Quando tale interpretazione si sarà consolidata – divenendo diritto vivente europeo, questa volta – i diritti compressi si riespanderanno a scapito della libertà interpretativa: il giudice sarà infatti, da quel momento in poi, tenuto all'interpretazione convenzionalmente conforme. Una interpretazione che però – anche in questa occasione la Consulta lo ha ribadito –, diversamente da quella che si pone nel solco di un orientamento consolidato della Cassazione, **non costituisce una facoltà del giudice comune, bensì un preciso obbligo**.

Beninteso, presupposto comune – tanto dell'obbligo (in senso *soft*) che sorge per il giudice comune dall'esistenza di un diritto vivente nazionale, quanto di quello (in senso proprio) derivatogli dall'orientamento consolidato della corte di Strasburgo – è la previa verifica della **conformità a costituzione** dell'interpretazione prescelta. Essa è il riflesso, da un lato, della fedeltà del singolo giudice alla Carta repubblicana e sostanza, dall'altro, quello che è stato definito come il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu.

giurisprudenza, confluisce dinamicamente nel 'dovere funzionale di ragionevole mantenimento della soluzione ragionevolmente conseguita'».

Fuori dall'ambito di questa indagine restano, ovviamente, i casi nei quali una determinata interpretazione della norma, avvalorata da un consolidato orientamento della Corte di Strasburgo, non sia consentita al giudice a causa dell'inequivoco tenore letterale di quest'ultima. Il naturale ambito di applicazione di un concetto come quello di diritto vivente è, infatti, quello dell'interpretazione: in tutti i casi in cui l'interpretazione non è possibile il giudice dovrà servirsi di altre regole – quelle relative alla possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale, invocando, quale parametro interposto rispetto alla norma convenzionale che si assume violata, l'art. 117 Cost. – per risolvere il conflitto. Con l'ulteriore novità, anche essa frutto della sentenza 49 del 2015, che adesso la questione di legittimità costituzionale sarebbe proponibile solo a fronte di un orientamento consolidato della giurisprudenza di Strasburgo.

6. Tornando alla fattispecie concreta: un caso facile?

Abbiamo visto come, lavorando sul concetto di diritto vivente, la Corte costituzionale abbia fortemente differenziato gli obblighi e le facoltà del giudice comune in relazione al suo dovere/potere di dare applicazione alla giurisprudenza della Corte Edu.

Riassumendo: il diritto consolidato nella giurisprudenza della Corte Edu costituisce ora il **presupposto** perché possa essere sollevata questione di legittimità costituzionale della norma la cui formulazione letterale osta all'interpretazione convenzionalmente conforme del giudice comune; in caso contrario (ed in presenza di un diritto vivente europeo) tale interpretazione – è stato ribadito – costituisce un **obbligo** per il giudice, previo il controllo del rispetto dei principi costituzionali. Qualora poi l'orientamento della Corte Edu non sia ancora consolidato, l'interpretazione convenzionalmente conforme, ove possibile, **smette di essere un obbligo** – e il giudice che non dovesse condividere l'approccio dei giudici di Strasburgo può discostarsene – **ma continua ad essere una facoltà** concessa al giudice comune.

Insomma: il giudice che ritenga di interpretare una norma rilevante nel giudizio pendente davanti a lui in maniera convenzionalmente conforme – previo ovviamente accertamento della conformità a costituzione di tale interpretazione – **può sempre farlo** ed anzi, quando riscontri la sussistenza di un diritto vivente europeo, **ha il dovere di farlo**.

Non ci pare, invece, che la pur illuminante sentenza 49 del 2015 abbia affrontato il **diverso tema** della rilevanza che riveste il **diritto vivente nazionale** nell'economia della questione di legittimità costituzionale né, in particolar modo, che in essa la Corte costituzionale abbia sostenuto – come l'ordinanza in commento sembrerebbe affermare – che proprio la sussistenza di un consolidato orientamento difforme della Corte di cassazione costituisca un **limite** all'opera di interpretazione convenzionalmente conforme del giudice comune. Il passaggio della sentenza ripreso dall'ordinanza – che recita: «naturalmente, non è in discussione che [...] compete al giudice di assegnare alla

disposizione interna un significato quanto più aderente ad essa (sentenza n. 239 del 2009), a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008)» – è stata intesa da tutti i (molti ed autorevoli) commentatori, in conformità tra l'altro al suo significato letterale, come semplice riaffermazione dell'impossibilità per il giudice di travolgere, nella sua opera di interpretazione, il dato normativo. Resta inteso, dunque, che **l'unico limite** alla interpretazione conforme è quello rappresentato dalla **lettera della legge** e che dunque l'opera interpretativa del giudice è necessitata – se vi è un diritto vivente europeo – o comunque consentita – se non può ancora dirsi che vi sia un diritto vivente – anche in presenza di un consolidato orientamento della Cassazione di senso contrario.

Insomma, il G.u.p. del Tribunale di Torino **avrebbe potuto** – all'esito della verifica da lui puntualmente svolta circa la sussistenza di un diritto vivente europeo in materia di *ne bis in idem* che osta al doppio esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto storico e ritenuto che la nozione di *bis in idem* accolta dalla Corte Edu sia quella che meglio realizza la garanzia costituzionale del giusto processo – **procedere ad un'interpretazione convenzionalmente (ma anche costituzionalmente) conforme dell'art. 649 c.p.p. e prosciogliere l'imputato**¹³. Applicando dunque in maniera rigorosa il celebre *calembour* della sentenza dalla Corte costituzionale n. 356 del 1996 – «una legge si dichiara incostituzionale non perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» – l'ordinanza in commento, pur dettata da una serie di comprensibili ragioni di opportunità, risulterebbe **inammissibile**.

Non crediamo, tuttavia, che la questione possa essere liquidata così semplicisticamente.

La stessa possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale in relazione al diritto vivente nazionale – certamente praticabile, come vedremo – costituisce, a ben vedere, una **macroscopica eccezione** alla regola enunciata dalla sentenza 356 del 1996. Un'eccezione sulle cui ragioni vorremmo soffermarci per un momento.

7. L'altra faccia del diritto vivente: espressione del *self-restraint* della Corte costituzionale rispetto alle prerogative della Cassazione

Per capire perché la questione sia più complicata di quanto appaia, occorre soffermarsi brevemente sul secondo dei significati che la locuzione 'diritto vivente' riveste nel nostro ordinamento. Un significato che inerisce non più al rapporto fra giudice di merito e giudice di legittimità bensì a quello fra **giudice comune** – o meglio, come vedremo, vertice della giurisdizione comune – e **giudice costituzionale**. Proprio

¹³ Di questo avviso E. SCARONA, *Ancora sul caso Eternit, cit.*, 15 ss., che osserva come «il G.u.p. in effetti avrebbe ben potuto fare subito propria la lettura della norma ritenuta corretta, assumendo le conseguenti determinazioni riguardo alla ricorrenza nel caso di specie del *ne bis in idem*».

l'accoglimento della c.d. **'teoria del diritto vivente'** da parte della Corte costituzionale, in chiave di autolimitazione dei propri poteri interpretativi, ha infatti messo fine ad una serie di aspri contrasti fra la Consulta e la Corte di cassazione.

Già prima che la Corte costituzionale cominciasse a funzionare si erano avanzati dubbi¹⁴ circa la possibilità di separare nettamente la funzione nomofilattica – storico appannaggio della Corte di cassazione – da quelle della neonata Consulta. Il tema, dapprima oggetto di mere speculazioni teoriche, venne concretamente ad emergere quando la Corte costituzionale, dopo una prima fase di cautela, inaugurò la stagione delle sentenze interpretative di rigetto¹⁵.

Presupposto della sentenza interpretativa è – come è noto – che dalla disposizione di legge possano trarsi almeno due diverse norme; se anche una sola delle norme è compatibile con la Costituzione, la Consulta potrà fare salva la disposizione, precisando che da essa il giudice ordinario potrà trarre, in via interpretativa, solo la norma giudicata rispettosa dei principi costituzionali.

Appare evidente come, nel compiere tale operazione, la Corte non si limiti ad interpretare la disposizione costituzionale ma si spinga fino al punto di indicare la corretta interpretazione della norma ordinaria, attribuendosi così un compito che, almeno *prima facie*, l'ordinamento affida alla sola Corte di cassazione.

L'avvento delle **sentenze interpretative di rigetto** segna, così, l'inizio di quella che venne definita¹⁶, forse con qualche enfasi, la stagione delle **'guerre fra le Corti'**: un periodo caratterizzato da un ricorrente confronto-contrasto giurisprudenziale fra i due organi, concernente essenzialmente l'estensione dei rispettivi poteri interpretativi.

La Consulta rivendicava il **diritto di interpretare le norme ordinarie**, esattamente come quelle costituzionali, affermando che «stabilire quale sia il significato della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale, ma esso appartiene al giudizio della Corte non meno che la comparazione, che ne consegue, fra la norma interpretata e la norma costituzionale, l'uno e l'altro essendo parti inscindibili del giudizio che è propriamente suo¹⁷». La

¹⁴ Sul punto si veda A. PIZZORUSSO, *Corte di cassazione*, in *Enc. Giur. It.*, vol. IX, Treccani, Roma, 1988, 5; G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri*, cit., 173, sottolinea come il profilo che destava maggiori preoccupazioni concernesse proprio l'idea che il ruolo della Corte di cassazione potesse venire 'deformato' con l'avvento dell'effettivo funzionamento del giudizio di controllo di costituzionalità delle leggi. Tale preoccupazione traspariva, in particolar modo, negli scritti di G. AZZARITI, *Una minaccia di deformazione della Corte di cassazione*, in *Foro.it*, 1951, IV, 1 ss.

¹⁵ Sul punto e per una divisione in fasi dell'operato della Consulta nei suoi primi decenni di attività si veda ancora l'accurata analisi di G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri*, cit., 201 ss. e, soprattutto, 203, dove si evidenzia come i primi passi della Consulta furono contrassegnati proprio dall'esigenza di «chiarire le sue competenze ed in particolare l'ambito di applicazione del suo potere interpretativo, rispetto alle norme costituzionali e alle norme ordinarie oggetto del giudizio di costituzionalità».

¹⁶ La definizione fu usata per la prima volta da A.C. JEMOLO, *Pensieri di questi giorni – la legge dell'istruttoria sommaria*, in *Astrolabio*, 1965, III, 10 e ripresa da N. ASSINI, *L'oggetto della questione di Costituzionalità e la 'guerra delle due Corti'*, Milano, 1973, 6.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 11 del 1965. Sulla necessità di non privare la Consulta dei poteri interpretativi sulla disposizione impugnata dal giudice *a quo*, pena la degradazione della questione di legittimità costituzionale a giudizio meramente ipotetico, avente ad oggetto non la norma di legge bensì l'esegesi

Cassazione, dal canto suo, rispondeva a quella che riteneva un'ingerenza indebita non adeguandosi alle scelte interpretative proposta dalla Consulta e aprendo così il dibattito sui vincoli derivanti dalla **pronuncia di una sentenza interpretativa di rigetto**¹⁸.

Fu solo nel periodo compreso fra gli inizi degli anni settanta e la fine degli anni ottanta che i rapporti fra le Corti giunsero ad una stabilizzazione, grazie proprio all'affermarsi dapprima del concetto di diritto vivente¹⁹ e poi della relativa teoria²⁰. Dopo qualche tentennamento²¹, che portò a nuove frizioni nei rapporti fra le Corti, la teoria venne nuovamente ribadita con la sentenza 299 del 2005²² e mai più sconfessata.

Quel che la teoria del diritto vivente postula è, in breve, l'adozione di un **atteggiamento di self restraint da parte della Corte costituzionale**, allo scopo di mettere fine ai contrasti con la Cassazione. La Consulta, in presenza di un **consolidato orientamento della Cassazione**, ritiene che ad essa spetti esclusivamente giudicare se la norma – nel suo significato, appunto, 'vivente' – sia costituzionalmente legittima o meno, senza spingersi fino a verificare se dalla disposizione sarebbe stato possibile trarre un significato diverso, più aderente ai principi costituzionali.

Anche in questo frangente, il momento a partire dal quale può dirsi consolidato un orientamento all'interno della giurisprudenza della Cassazione opera come una

proposta dal giudice, si veda V. ONIDA, *L'attuazione della costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale in Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 532.

¹⁸ Sul dibattito relativo alla non vincolatività *inter pares* delle sentenze interpretative di rigetto si veda ancora G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri*, cit., 283 ss.

¹⁹ La prima decisione della Corte costituzionale in cui si rinviene la locuzione 'diritto vivente' è la sentenza 11 dicembre 1974, n. 276. Il significato della locuzione si è stabilizzato nel tempo fino a indicare l'interpretazione della norma fornita dall'organo titolare del potere nomofilattico, indipendentemente dal fatto che essa sia supportata dalla giurisprudenza di merito o avallata dalla dottrina. Sul punto si veda SORRENTI, voce *Diritto vivente* in *Diz. dir. pub.*, a cura di CASSESE, Milano, 2006, p. 1977. Per una ricostruzione dell'evoluzione storica del diritto vivente dal punto di vista giurisprudenziale si veda, invece, [SALVATO, Profili del 'diritto vivente' nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, in cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

²⁰ Solo in via esemplificativa si ricordano sul punto, fra i tanti, i contributi di A. ANZON, *La Corte costituzionale e il diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1984, 300 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, 1148 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1984.

²¹ Ci riferiamo al noto contrasto con la Cassazione penale relativo ai termini di durata massima della custodia cautelare, iniziato nel 1998 e terminato solo con la sentenza n. 299 del 2005, al quale è stato significativamente attribuito il nome 'seconda guerra fra le Corti'. Questo temporaneo abbandono della dottrina del diritto vivente è stato valutato negativamente dalla dottrina, che vede proprio in tale teoria un «saggio meccanismo compensativo», che consente di risolvere in uno spirito di leale collaborazione le inevitabili interferenze fra legalità costituzionale e legalità legale. Sul punto si veda, in particolar modo, M. LUCIANI, *Studi su legalità costituzionale e legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 509.

²² Si vedano sulla sentenza le osservazioni di SALVATO, *Profili del 'diritto vivente'*, cit., 35, il quale sottolinea che «non poteva essere esplicitato in più chiari termini il limite che, secondo la Corte costituzionale, essa incontra in presenza di un diritto vivente, che le preclude la possibilità di pronunciare sentenze interpretative, essendole riservato esclusivamente il compito di verificarne la compatibilità con la Costituzione, non anche quello di sindacare la correttezza dell'operazione maieutica svolta dall'organo della nomofilachia per desumere dalla disposizione un dato enunciato normativo».

soglia. Prima del formarsi del diritto vivente, **la Consulta rivendica la massima espansione dei suoi poteri interpretativi**²³, anche relativamente alla disposizione ordinaria, e si riserva di pronunciare sentenze interpretative tanto di rigetto quanto di accoglimento²⁴. **Dopo** che una stabile interpretazione della Cassazione si è formata, la Corte circoscrive invece notevolmente i suoi poteri interpretativi: essa **assume come oggetto di scrutinio la norma come enucleata dalla giurisprudenza di legittimità** e si limita, nel caso in cui essa sia costituzionalmente illegittima, a pronunciare una sentenza di accoglimento della questione di legittimità costituzionale.

Presupposto perché la Corte costituzionale possa sindacare la norma nel suo significato vivente è, ovviamente, che sia **possibile sollevare questione di legittimità costituzionale** fondata non sull'impossibilità di fornire della norma una diversa interpretazione, ma sul presupposto che tale diversa interpretazione verrebbe presumibilmente isolata e disattesa in ragione dell'esistenza di un contrario, granitico orientamento della Suprema corte. Si tratta, come anticipavamo, di una macroscopica eccezione alla regola generale della sentenza 356 del 1996, dettata però da comprensibili ragioni di buon senso: benché, come abbiamo visto, non sussista per il giudice di merito un obbligo di conformarsi agli orientamenti della Cassazione – tranne che, ovviamente, nel caso del giudizio di rinvio – quando l'interpretazione si è stabilizzata, la norma vive nel significato datole dall'organo titolare della funzione nomofilattica in modo così radicato da rendere «difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore»²⁵.

Riassumendo: non vi sono dubbi che la Consulta debba **poter sindacare la norma per come concretamente vive nell'ordinamento** e, se del caso, debba poterla dichiarare costituzionalmente illegittima. Il vuoto di tutela, in caso contrario, sarebbe non solo enorme ma del tutto ingiustificato: la Corte costituzionale, nel giudicare costituzionalmente illegittima la disposizione da cui costantemente viene tratta una norma incostituzionale, svolge un compito che è esclusivamente suo e che presuppone la sola interpretazione del parametro di costituzionalità.

Diversa è la questione se quello che si chiede alla Corte è una sentenza interpretativa di rigetto: una sentenza, cioè, che dichiari incostituzionale una delle norme che dalla disposizione possono trarsi – segnatamente quella stabilmente accolta

²³ «La Consulta, verificata l'assenza di un'interpretazione ripetuta e 'confortata' da una serie di decisioni della Cassazione può intervenire prospettando, attraverso una pronuncia interpretativa di rigetto e in presenza delle condizioni previste, una propria esegesi delle norme oggetto di giudizio, che sia conforme e compatibile con le disposizioni costituzionali, o può anche 'preferire' semplicemente una decisione di inammissibilità chiedendo che sia il giudice a procedere, valutando la praticabilità di un'interpretazione adeguatrice» G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri, cit.*, 260; l'autore precisa poi che di norma la Consulta non autorizza o meglio non giustifica i giudici a rimettere questioni di legittimità costituzionale che abbiano il solo scopo di risolvere un dubbio interpretativo: il giudizio di legittimità costituzionale non può essere preordinato a far prevalere un'interpretazione su un'altra.

²⁴ Molteplici le sentenze nelle quali la Consulta, in mancanza di un diritto vivente, ha essa stessa interpretato la disposizione sottoposta al suo giudizio. Si vedano, ad esempio, le sentenze: n.57 del 1975, n. 193 del 1983, n. 230 e 386 del 1993.

²⁵ Corte cost., sent. n. 350 del 1997.

dalla Cassazione – e, salvando la disposizione, ne suggerisca una interpretazione diversa conforme a costituzione.

Vi è, in tali casi, la **controindicazione** che abbiamo segnalato: offrendo della disposizione una nuova lettura ritenuta conforme a costituzione pur in presenza di un diritto vivente, **la Corte costituzionale finirebbe per usurpare le prerogative della Corte di cassazione, unico organo deputato nel nostro ordinamento alla funzione nomofilattica**. E, a ben vedere, molto spesso quello che il giudice *a quo* chiede alla Corte costituzionale quando solleva questione di legittimità costituzionale di una disposizione così come interpretata dal diritto vivente è, fuori dai denti: di tu alla Cassazione, che la interpreta così, che la norma deve essere invece interpretata colà.

La Corte costituzionale ovviamente si guarda bene, in questi casi, dallo spingersi fino a dire come la norma vada interpretata²⁶: **il rischio è quello, niente affatto teorico, di un nuovo aperto contrasto fra le Corti**. La Cassazione infatti – muovendo dal presupposto della non vincolatività delle sentenze interpretative di rigetto – potrebbe ignorare la pronuncia della Consulta o, magari, dissentire apertamente.

8. Le peculiarità del neonato diritto europeo e una proposta di soluzione

Il nuovo rilievo attribuito al diritto consolidato della Corte Edu e la scelta, da parte della Consulta, di assimilarlo ad una locuzione polisemica come quella di diritto vivente non poteva non comportare – oltre ai benefici che abbiamo sottolineato – la sua dose di dubbi ed incertezze, manifestatesi soprattutto in relazione al tema della proposizione della questione di legittimità costituzionale. Si tratta **non tanto di incertezze relative alla gerarchia dei diritti viventi**, nazionale ed europeo: non par dubbio, infatti, che – ove non contrasti con la Costituzione – sia il secondo a dover prevalere; le incertezze concernono, piuttosto, **quale sia il giudice** che abbia il compito di dichiarare tale prevalenza.

Se da un lato **sembra che il giudice di merito non possa sottrarsi** a tale compito, essendo in questi casi tenuto all'interpretazione convenzionalmente conforme, dall'altro il rischio che le pronunce dei giudici inferiori si scontrino contro il **muro dell'orientamento consolidato** della Cassazione rende taluno di essi propenso a sollevare questione di legittimità costituzionale. Si tratta di casi in cui non vi è dubbio

²⁶ Il concetto è espresso molto chiaramente dalla Consulta nella sentenza n. 188 del 1997, laddove la Corte afferma che la natura meramente interpretativa delle questioni sollevate non comporta l'inammissibilità delle stesse «una volta che il Tribunale rimettente, pur mostrando di non condividere l'esegesi da ultimo consolidatasi nella giurisprudenza della Corte di cassazione, non ne pretende una revisione sul piano ermeneutico (effettivamente non consentita in questa sede), bensì, assumendo proprio quella interpretazione come diritto vivente, ne chiede una verifica sul piano della costituzionalità, il che innegabilmente invece rientra nel sindacato di legittimità riservato a questa Corte». Dal che si deduce, *a contrario*, che la richiesta di una revisione sul piano ermeneutico di disposizioni sulle quali si sia formato un diritto vivente sarebbe, invece, illegittima.

che l'interpretazione conforme sia possibile – altrimenti la questione di legittimità sarebbe imprescindibile – e tuttavia la possibilità di rivolgersi alla Consulta troverebbe qui il suo fondamento nella sussistenza di un consolidato orientamento della Suprema corte.

È un'operazione, lo ripetiamo, senz'altro possibile qualora non sia implicato il diritto di Strasburgo e la stessa Corte costituzionale ne ha in alcuni arresti predicato la fattibilità anche in presenza di pronunce della Corte Edu²⁷. Si tratta tuttavia di arresti precedenti rispetto alla sent. 49 del 2015, che ha innegabilmente ridisegnato le modalità di proposizione della questione di legittimità costituzionale nei casi in cui vi siano orientamenti più o meno consolidati della Corte di Strasburgo, e che di tale specifica possibilità non parla.

Le **ragioni di opportunità** di un intervento della Consulta in casi simili restano, invero, attuali in tutti i casi in cui sia registrabile un atteggiamento ostile al cambiamento da parte della Corte di Cassazione. Indiscutibile è però il **ruolo di 'supplenza' che la Corte costituzionale si vede attribuito**, in questi frangenti, dai giudici *a quibus*. Essa è infatti investita da **istanze che sono propriamente nomofilattiche**: è su di lei che si conta per affermare – contro le resistenze della Cassazione – l'interpretazione proveniente da Strasburgo con l'autorevolezza che consente all'accoglimento di una tale interpretazione di stabilizzarsi, garantendo una uniforme applicazione del diritto.

Si tratta di un approccio certamente 'aggressivo' – per quanto necessitato dalla presenza di quelle che vengono percepite come inaccettabili sclerotizzazioni nelle posizioni della Suprema corte – e che tuttavia **punta a risolvere una impasse altrimenti difficilmente risolvibile**. Il meccanismo dell'interpretazione convenzionalmente conforme, infatti, presuppone il contributo della Cassazione, senza il quale gli sforzi dei singoli giudici di merito restano isolati oltre che spesso misconosciuti.

La situazione del contrasto fra diritti viventi presenta, dunque, delle **indubbie peculiarità**, peculiarità delle quali la Consulta potrebbe tener conto nel decidere se intervenire e come modulare il proprio intervento nel caso di specie.

Abbiamo visto che la teoria del diritto vivente e, più in generale, le riserve rispetto alla possibilità per la Corte costituzionale di intervenire con una sentenza interpretativa di rigetto attengono essenzialmente alla inopportunità del suo intervento in un ambito – quello dell'interpretazione della norma di legge ordinaria – di competenza della Suprema corte. La Cassazione è, infatti, libera di trarre dalla disposizione la norma 'migliore', e l'esercizio di una corrispondente libertà

²⁷ Il riferimento è alla sentenza n. 456 del 1989, alla quale pure l'ordinanza in commento si richiama. E. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit, cit.*, rileva inoltre come il limite del diritto vivente sia identificato anche nella relazione dell'ex Presidente della Corte costituzionale GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU, Bruxelles*, 24 maggio 2012, 7, nota 5, laddove afferma che il giudice deve interpretare la norma costituzionale in modo conforme alla CEDU «a pena di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, qualora tale tentativo non sia reso impossibile dalla *littera legis* e non si sia formato un diritto vivente in contrasto con la Convenzione».

interpretativa da parte della Consulta è giudicata non appropriata perché esulante dalle sue prerogative.

Da qui, due considerazioni.

Con specifico riferimento al caso di specie, se la Corte costituzionale volesse proporre – mediante sentenza interpretativa di rigetto – una lettura dell’art. 649 strettamente aderente a quella fornita dalla Corte di Strasburgo, essa **non si varrebbe, a bene vedere, dei propri poteri interpretativi**. Tutte le volte in cui vi è un diritto vivente europeo e la possibilità di una interpretazione conforme della disposizione, la norma che dalla disposizione deve trarsi è, infatti, **individuata non dal giudice comune né dalla Corte costituzionale, bensì dalla Corte Edu**. La Consulta non si troverebbe dunque a proporre un orientamento alternativo, bensì a decidere quale dei due ‘diritti viventi’ debba prevalere, sulla base di un criterio – peraltro – desumibile in via interpretativa proprio da una **disposizione costituzionale** (l’art. 117 c. 1 Cost.).

Ma vi è di più.

Forse, in presenza di un’interpretazione derivante da un diritto vivente europeo – non in contrasto, ovviamente, con la Costituzione – non si potrebbe neppure parlare di prevalenza di un’interpretazione rispetto a un’altra. A fronte del consolidato orientamento di Strasburgo è, infatti, quantomeno dubbia la possibilità da parte della Cassazione di proporre (o comunque continuare ad applicare) una norma differente: si tratta di casi in cui – lo abbiamo più volte sottolineato – **il giudice comune ha l’obbligo** di prescegliere, fra le possibili letture della norma, quella convenzionalmente conforme.

Insomma, un intervento nel caso di specie – e in tutti i casi nei quali vi è una contrapposizione fra diritti viventi – **non realizzerebbe un’indebita ingerenza** nelle prerogative della Corte di cassazione, **ma consentirebbe semplicemente alla Consulta di assumere un ruolo di controllo** circa l’effettiva applicazione, all’interno dell’ordinamento, di quei principi che devono essere rispettati proprio in forza di una prescrizione di natura costituzionale.

Nell’affermare, infatti, che è al giudice comune che spetta – in prima battuta – l’interpretazione convenzionalmente conforme, il giudice delle leggi sembrerebbe ritagliarsi un ruolo sussidiario rispetto a quello del giudice ordinario. Ma ciò non le impedirebbe di intervenire **quando i giudici comuni falliscono nel loro compito di garantire il rispetto dei fondamentali principi scaturenti dalla Convenzione**.

Intendiamoci: non ci sono dubbi che nell’ipotesi fisiologica nella quale al momento in cui sorge l’obbligo dell’interpretazione convenzionalmente conforme vi sia un ‘diritto vivente’ che interpreta la norma diversamente, sarà compito del giudice comune – di quello di merito e della Cassazione – conformarsi. Qualora però – trascorso un **lasso di tempo ragionevole** – ciò non avvenga, la situazione da fisiologica si tramuta in **patologica**: le fondamentali garanzie collegate all’affermarsi dell’interpretazione convenzionalmente conforme vengono, infatti, ingiustificatamente compresse da un ordinamento che fatica ad abbandonare l’orientamento consolidato. **La Corte costituzionale deve allora intervenire** – assumendosi il ruolo non di ‘primo’ giudice della Convenzione, ma di ‘giudice del controllo’, *di extrema ratio* – a sanzionare un comportamento che viola palesemente l’art. 117 co Cost.

9. Conclusioni

In definitiva.

La questione potrebbe essere dichiarata **inammissibile** – come anticipavamo –, sulla base dell'argomento che il G.u.p. avrebbe dovuto egli stesso procedere ad un'interpretazione della norma interna conforme agli obblighi internazionali – ed è innegabile che la lettera dell'art. 649 c.p.p. lo avrebbe consentito, statuendo anzi tale disposizione un divieto di secondo giudizio 'per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o le circostanze [...]': ciò che sembra alludere proprio a quel medesimo fatto storico, ancorché diversamente qualificato o qualificabile dal punto di vista normativo, che la costante giurisprudenza della Corte Edu assume a punto di riferimento del diritto al *ne bis in idem*.

Tuttavia, non si può non rilevare come la vicenda descritta dal giudice *a quo* presenti, effettivamente, **tratti 'patologici'**. Il giudice rimettente sottolinea bene, infatti, come le più recenti pronunce della Cassazione²⁸, **pur facendo mostra** di tener conto dell'esistenza di un diritto vivente europeo in materia di *bis in idem* che impone di considerare il 'medesimo fatto' come fatto storico, **finiscano sempre per disattenderlo** in favore di quello della coincidenza 'giuridica' degli elementi costitutivi del reato.

Ebbene, se in questa situazione la Corte costituzionale dichiarasse inammissibile la questione, il meccanismo dell'interpretazione convenzionalmente conforme rischierebbe di incepparsi, perché i giudici di merito 'timidi' si sottrarrebbero al loro dovere di interpretazione conforme, mentre quelli più audaci vedrebbero, presumibilmente, riformate e/o annullate le loro sentenze. Il risultato sarebbe, nel breve termine, una notevole incertezza del diritto in relazione alle sentenze di merito e, nel lungo termine, la definitiva negazione del diritto garantito dalla Convenzione in sede di legittimità. Inutile aggiungere, poi, che coloro i quali potranno sobbarcarsi i costi di un ricorso a Strasburgo vedranno alla fine con tutta probabilità riconosciuto il loro diritto con conseguenti, plurime condanne dell'Italia da parte della Corte Edu.

A fronte di un simile scenario, a nostro sommo avviso, **la Corte costituzionale può e deve intervenire**, ritenendo ammissibile (e fondata nel merito) la questione proposta dal G.u.p. di Torino.

Può intervenire perché – come abbiamo visto – La Corte si limiterebbe qui a ribadire l'obbligo dell'interpretazione conforme del giudice comune, a tutti i livelli, sulla base di quanto previsto dall'art. 117 co. 1 Cost.

Deve intervenire perché, in una simile situazione – a meno di un improbabile mutamento nella giurisprudenza della Cassazione – non vi è altro modo per risolvere l'*impasse* che si è venuta a creare; non vi è altro modo, in definitiva, di garantire

²⁸Cass., 34665/2005; Cass. 10180/2005; Cass. 18376/2013; Cass. 52645/2014; Cass. 50310/2014; Cass. 52645/2014; Cass. 52215/2014. Si vedano, sul punto, le pp. 5 ss. dell'ordinanza in commento.

all'imputato italiano il diritto fondamentale – che gli deriva dall'art. 4 prot. 7 della convenzione e, mediamente, dall'art. 117 co. 1 Cost. – a non essere processato due volte per il medesimo fatto storico.