

**«Geometria con fantasia».**  
**Ovvero: diritti umani e convenzioni internazionali**  
**nell'insegnamento di Giovanni Battaglini**

di Giuditta Brunelli – Cristiana Fioravanti

**Premessa**

Un punto di vista "classico" sui rapporti tra ordinamento interno e diritto internazionale

**Parte I**

La prospettiva dell'internazionalista

1. Adattamento ed esecuzione di obblighi internazionalmente assunti in tema di diritti umani - 2. Un caso emblematico: il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti nell'ordinamento interno - 3. Il ruolo del giudice interno quale "primo" organo di garanzia del rispetto di obblighi internazionalmente assunti dallo Stato, con particolare riguardo agli obblighi derivanti dalla Convenzione di Roma e di New York contro la tortura - 4. Ricorsi sovranazionali e previo esaurimento dei ricorsi interni.

**Parte II**

La prospettiva del costituzionalista

1. Ordinamento interno e diritto internazionale nei recenti orientamenti della Corte costituzionale - 2. Rinvio "di produzione giuridica" alla CEDU e carattere peculiare della Convenzione di Roma - 3. Dalla teoria alla sua implementazione giurisprudenziale: a) violazione dell'art. 15 CEDU e legislazione d'emergenza. - 4. b) violazione dell'art. 3 CEDU e divieto di tortura. - 5. c) violazione dell'art. 6 CEDU e revisione del giudicato penale.

Premessa (\*)

*“La materia è complessa ed articolata ed esige soprattutto l'approfondimento dei temi di adattamento del diritto interno all'internazionale: per cui s'impone assolutamente una riflessione di rigoroso impegno sulle 'Nozioni', per l'appunto classiche nel rigore e nella brillante geometria delle idee, di Gaetano Morelli”*  
 (G. Battaglini, *Percorsi nel diritto internazionale*, Appunti inediti, Padova)

E' questo il passo che chiude lo scritto di Giovanni Battaglini per i frequentanti del *Corso per la preparazione alla carriera diplomatica* - quei *Percorsi* di apertura ai problemi di ogni rilevante sezione della materia volti ad offrire la chiave di lettura per provocare la *fantasia* degli studenti <sup>1</sup> - la cui parte finale era dedicata al tema dell'adattamento del diritto interno alle convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani. Nel pensiero di Giovanni Battaglini, un' idea classica dei rapporti tra ordinamento interno e diritto internazionale, ascrivibile ad una concezione sistematica di limpida ispirazione formale-astratta, convive senza contraddizioni, ed anzi in modo assai fecondo, con una particolare sensibilità al tema della garanzia dei diritti fondamentali e al ruolo che il giudice è chiamato a svolgere in questo delicato ambito. Il giudice è il "primo

\* La Premessa è comune; la Parte I è di Cristiana Fioravanti e la Parte II è di Giuditta Brunelli. Il saggio è destinato agli *Scritti in memoria di Giovanni Battaglini*.

<sup>1</sup> I *Percorsi*, inediti, specialmente utilizzati nel Corso di preparazione alla carriera diplomatica della Facoltà di Scienze Politiche dell'Ateneo di Padova, si ricollegano al manuale (*Materiali per un corso di diritto internazionale. Formazione delle norme e adattamento*, Torino, Giappichelli, 1991) in cui Giovanni Battaglini aveva fatto confluire i documenti e le riflessioni che avevano caratterizzato nel tempo il suo corso di Diritto internazionale nell'Università di Ferrara: una riflessione - ricorda l'A. nella Premessa al volume - "guidata da pagine classiche come quelle delle *Nozioni* di Gaetano Morelli: *classiche* perché il loro rigore dà luce a ricostruzioni sempre aderenti ai problemi reali, nella trasparenza di concetti continuamente attuali".

*organo di garanzia*” dei diritti umani sanciti dai patti internazionali, “a cominciare dalla Convenzione di Roma”<sup>2</sup>: un punto di vista che la Corte costituzionale ha in larga misura accolto nelle ormai famose pronunce del 2007 sulla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti<sup>3</sup>. Essa ha infatti affermato che “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme”, in tal modo enfatizzando l’essenziale funzione del giudice ordinario a garanzia delle norme interne di adattamento alla Convenzione. “L’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito (...) in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di *giudici comuni della Convenzione*”<sup>4</sup>. Soltanto laddove il contrasto del diritto statale con la disposizione convenzionale non sia sanabile in via interpretativa, il giudice avrà l’obbligo di attivare il controllo della Corte costituzionale, “attraverso l’invocazione diretta dell’art. 117, co. 1, Cost. e quella indiretta della norma CEDU, valevole come parametro interposto”, nell’interpretazione fatta propria dalla Corte di Strasburgo<sup>5</sup>.

La corretta ricostruzione dei rapporti fra ordinamento interno e internazionale finisce allora per affidare, anzitutto, al *giudice del caso* l’interpretazione da attribuire alla norma convenzionale e, ove necessario, la coordinazione delle disposizioni interne attraverso il superamento di “antinomie solo apparenti”. E’ quanto già affermava Giovanni Battaglini: “invece di perdersi – e farsi da parte – dietro azzardate questioni di costituzionalità (...) il giudice dovrebbe piuttosto uscire allo scoperto ad affrontare la tematica della coordinazione di norme di pari grado, non escluse ovviamente quelle conformi ai Trattati internazionali, se già possibile per lui direttamente, nella fattispecie concreta”<sup>6</sup>. Uno sforzo ermeneutico che impone al giudice di interpretare, da un lato, la norma di origine convenzionale alla luce dell’ordinamento da cui *provviene* e, dall’altro lato, di coordinarne la relativa disciplina con il quadro normativo interno, nello sforzo di superare le antinomie solo apparenti, così operando appunto quale “primo organo di garanzia” per il rispetto di obblighi convenzionalmente assunti, e ciò senza coinvolgere la Corte costituzionale, il cui intervento deve necessariamente ridursi – come ora insegna la stessa Corte – alle sole ipotesi in cui il giudice di merito non sia in grado di risolvere le antinomie perché, appunto, *non apparenti*.

Le rilevanti novità introdotte dalla Corte costituzionale a partire dal 2007 si sono dunque collocate in un quadro interpretativo “classico” di separazione tra ordinamenti, e molti degli argomenti utilizzati danno ragione al lontano tentativo di Giovanni Battaglini di conferire il massimo di forza applicativa interna alle norme CEDU senza sconfessare i postulati tradizionali del rapporto tra diritto statale e diritto internazionale<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> G. BATTAGLINI, *Il giudice interno “primo” organo di garanzia della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova, Cedam, 1988, 190.

<sup>3</sup> Si tratta, com’è noto, delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, in seguito confermate da un’altra importante decisione “dottrinale”, la n. 80 del 2011.

<sup>4</sup> Sentenza n. 349 del 2007 ( n. 6.2 cons. dir.; corsivo non testuale).

<sup>5</sup> A. GUAZZAROTTI, *La CEDU dopo il Trattato di Lisbona: come un gioco dell’oca?*, in *Studium iuris*, 2012, pp. 173-174.

<sup>6</sup> Così G. BATTAGLINI, *Convenzione europea, misure d’emergenza e controllo del giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, p. 421.

<sup>7</sup> Proprio l’impostazione “classica” seguita dalla Corte è oggetto di critica da parte di chi, autorevolmente, sostiene la necessità di una prospettiva diversa, di tipo assiologico-sostanziale, nell’inquadramento sistematico dei rapporti tra ordinamento interno e CEDU: si vedano in argomento i numerosi contributi di Antonio Ruggeri, il quale anche di recente ha rilevato, commentando la sentenza n. 80 del 2011, come “la Corte tenda a mettere in evidenza i profili di *separazione* tra gli ordinamenti, a tutto discapito di quelli d’*integrazione*: e, per far ciò, ambienti senza esitazione alcuna in prospettiva formale-astratta il suo ragionamento che, fissate le premesse dal quale muove, è quindi portato alle sue lineari e consequenziali conclusioni”. In altre parole, la Corte “seguita a ragionare di *fonti* e dei modi della loro composizione in sistema (secondo gerarchia ovvero secondo separazione)”, senza “puntare direttamente alle *norme*, a ciò che esse sono in grado di fare al servizio dei diritti e, in ultima istanza, della dignità della persona umana,

Queste sono le ragioni scientifiche che ci hanno indotto ad elaborare questo saggio, il quale si propone di mettere in rilievo l'indiscussa attualità della rigorosa concezione teorica di Battaglini, analizzata sia nella prospettiva dell'internazionalista che dal punto di vista del costituzionalista.

Ma vi è anche una ragione non "scientifica" che ci ha indotto a questa scelta: è la profonda riconoscenza personale che entrambe proviamo per un Maestro al quale ci ha unito un indimenticabile legame umano.

## Parte I

### La prospettiva dell'internazionalista

1. In un tempo ormai lontano, molto prima che la Corte costituzionale fosse chiamata a pronunciarsi sui rapporti fra diritto interno e internazionale con riguardo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ottica del novellato art.117 1° comma della Costituzione<sup>8</sup>, Giovanni Battaglini - a commento critico di talune sentenze della Corte di Cassazione degli anni ottanta<sup>9</sup>- aveva chiarito con assoluto rigore come anche in questa delicata materia, come del resto per ogni Trattato, la *recezione* disposta dall'ordinamento interno per i fini dell'adattamento non potesse in alcun modo dar "luogo a un fenomeno di rinvio *ricettizio materiale* al contenuto dell'accordo". Pur muovendo dalla dottrina dualista classica secondo cui "le norme interne di adattamento al diritto internazionale poste mediante l'*ordine di esecuzione* creano nell'ordinamento italiano le distinte norme conformi", Battaglini indicava all'interprete la via da seguire per determinarne il contenuto, da ricostruirsi sempre alla luce di "quelle internazionali come stanno, con i loro precisi significati, nel sistema normativo cui continuano ad appartenere *in via esclusiva*"<sup>10</sup>. E dunque, se non si poteva mai trattare d'un *rinvio ricettizio materiale* alle disposizioni contenute nelle stesse convenzioni

---

nella quale è da rinvenire (...) il *Grundwert* e la *Grundnorm* insieme sia dell'ordinamento che delle relazioni interordinamentali": così A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)* (23 marzo 2011), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>8</sup> In tema v. diffusamente F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, pp. 637 ss., e, più in generale, sulla giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti fra ordinamento interno e obblighi internazionalmente assunti, ID., *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, *ibidem*, 2006, pp. 340 ss. Sulla portata delle sentenze citate e sullo sviluppo successivo della giurisprudenza costituzionale cfr. inoltre i vari contributi raccolti in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di F. Salerno e R. Sapienza, Torino, Giappichelli, 2010.

<sup>9</sup> Cfr. G. BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., pp. 192 ss., 196 ss. In particolare l'A. prendeva allora in esame quanto la Corte di cassazione esprimeva nei primi anni ottanta quando con riferimento, in genere, alle convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia affermava che "esse sono di immediata applicazione nel nostro paese...in considerazione del loro inserimento nell'ordinamento italiano", considerandole dunque come legge interna e appunto in questi termini, la conclusione appariva discutibile per la teoria dell'adattamento del diritto statale a quello internazionale. Né va tralasciato quanto ancora precisava l'A. con riferimento alla "revisione" successivamente operata dalla stessa giurisprudenza interna che, in effetti, non se ne discostava sostanzialmente, ma quanto meno chiariva che non si trattava d'un rinvio ricettizio materiale alle disposizioni convenzionali, ma ricettizio formale. Con particolare riguardo all'evoluzione della giurisprudenza interna in materia e sull'atteggiamento dei giudici v. il contributo di R. PISILLO MAZZESCHI, *Sulla applicabilità diretta e il rango delle norme della CEDU nell'ordinamento italiano: due recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, cit., pp. 41 ss., p. 56, nonché per rilevanti spunti critici pp. 57 ss.

<sup>10</sup> Così G. BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., pp. 404 ss., nota 40. Si vedano insieme le osservazioni critiche alle sentenze della giurisprudenza nazionale secondo cui in virtù dell'adattamento le norme internazionali "diventerebbero" norma interna ID., *Il giudice interno*, cit., pp. 189 ss, spec. par. 2 e nota 23.

internazionali, ma *ricettizio formale* – ossia di “produzione giuridica” nell’ordinamento interno - delle “distinte norme via via ‘conformi’ in tutto e per tutto alla Convenzione<sup>11</sup> (anche per come essa vive e per come viene internazionalmente intesa<sup>12</sup>) era da escludersi che le norme convenzionali a protezione dei diritti umani potessero allora intendersi senza tener conto dell’ordinamento d’origine.

Conclusioni che poggiavano, dunque, sulla rigorosa costruzione dell’ordine di esecuzione per la dottrina dualista classica<sup>13</sup>, ma che avevano, intanto, trovato successivamente espressa conferma nella giurisprudenza costituzionale quando la Corte giungeva a precisare che si incorre in un “palese vizio logico” se si interpreta la norma convenzionale “alla luce del diritto interno”<sup>14</sup>, e non già nel quadro dell’ordinamento cui essa appartiene, “secondo la prassi e la giurisprudenza proprie in generale di questo sistema e del regime di diritto internazionale particolare instaurato eventualmente per tutta la materia dal Trattato medesimo”<sup>15</sup>, come appunto già aveva sottolineato Giovanni Battaglini.

La ricostruzione nei termini indicati del rapporto fra diritto interno e internazionale nella speciale materia delle convenzioni a tutela dei diritti umani consentiva di cogliere un ulteriore, rilevante profilo nella speciale materia. Sulla scorta dell’impostazione in termini di corretto rapporto fra ordinamenti distinti, derivava infatti – sempre nell’insegnamento di Giovanni Battaglini - anche l’esigenza di un rinvio non ricettizio dal diritto internazionale a quello di ogni singolo Stato contraente per i significati di *nozioni presupposte dall’ordinamento interno* ma utilizzate da un trattato, come è ad esempio la morale che s’invochi internazionalmente da una convenzione in tema di diritti umani per porvi un limite<sup>16</sup>. Se, infatti, si dovesse ragionare in termini di rinvio ricettizio, la conseguenza che ne deriverebbe sarebbe quella dell’inserimento nel diritto statale delle proposizioni delle convenzioni internazionali concernenti i limiti opponibili allora ai diritti e alle libertà delle persone nel rapporto Stato-individui: in questa dimensione, limiti siffatti – ove ritenuti “nazionalizzati” - finirebbero addirittura per compromettere i fondamentali principi costituzionali su cui poggia l’ordinamento.

Non per nulla, del resto, la Corte Costituzionale, sul presupposto che ove una norma della CEDU si ponga in conflitto con norme della Costituzione, dopo aver precisato che in tale ipotesi – pure ritenuta eccezionale<sup>17</sup>- ad essa spetti il compito di dichiarare l’illegittimità “per quanto di ragione della legge di adattamento”<sup>18</sup>, ha correttamente

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.192. Sui rapporti fra diritto interno e diritto internazionale, specie sotto il profilo della distinzione fra concezione dualista e monista – già secondo l’insegnamento di G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed., Padova, Cedam, 1967, pp. 68 ss. – v. ancora F. SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, cit., pp. 340 ss.

<sup>12</sup> V. *infra*, par. 3.

<sup>13</sup> Si veda G. BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p.417 e insieme note 42 e 43. In tema, anche alla luce dello sviluppo successivo della giurisprudenza e del vincolo al rispetto degli obblighi internazionali posto dall’art.117, 1° comma novellato, v. F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea*, cit., spec. pp.654 ss.

<sup>14</sup> V. Corte cost., sentenza n. 288 del 1997 (n. 7 cons. dir.), richiamata da F. SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, cit, p. 361.

<sup>15</sup> G. BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., pp.417-418.

<sup>16</sup> E’ quanto rileva ad esempio per la Dichiarazione universale dei diritti umani del ’48 che, all’art.29, primo comma, prevede che limitazioni dei diritti umani ad opera di ogni Stato possano disporsi “per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell’ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica”, su cui peraltro v. ancora le decise conclusioni di G. BATTAGLINI, *ibidem*, p. 414 e spec. nota 35 sui rapporti fra la Costituzione repubblicana e i Patti internazionali sui diritti umani.

<sup>17</sup> Sulla “eccezionalità” v. quanto precisa S. FORLATI, *Il margine di apprezzamento lasciato ai giudici nazionali dalla Corte europea dei diritti dell’uomo:l’esperienza britannica*, in *La Convenzione europea*, cit., pp. 117 ss, nota 3 e, insieme, le osservazioni di G. GAJA, *Convenzione europea dei diritti umani e norme costituzionali*, *ivi*, pp.1 ss, spec. pp.3 ss.

<sup>18</sup> Così già le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, richiamate dalle sentenze n. 311 e 317 del 2009 (n. 6 cons. dir.) e n. 80 del 2011 (n. 2 cons. dir.) secondo cui la Corte Cost., ove investita dello scrutinio, “pur non

interpretato la natura dei limiti contemplati da norme contenute nella Convenzione europea tenuto conto di quel *margin di apprezzamento* che la Convenzione lascia ai Contraenti in ordine, ad esempio, alla rilevanza di “motivi imperativi di interesse generale”, ma ricostruendone pur sempre la portata alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte europea<sup>19</sup>. I limiti presenti nelle convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani, con i loro rinvii a nozioni presupposte dagli ordinamenti degli Stati contraenti, condizionano invero l’attività degli organi dello Stato: le limitazioni – ove invocate da una Parte contraente – incidono pertanto esclusivamente ai fini dell’attenuazione internazionalmente rilevante degli obblighi di attività degli organi dello Stato, ma in applicazione della Costituzione e delle leggi interne<sup>20</sup>.

Orbene, se il procedimento speciale di adattamento alle convenzioni internazionali non comporta mai una *recezione materiale* del Trattato cui si riferisce, la conformità dell’ordinamento interno agli obblighi internazionalmente assunti realizzabile con il semplice “rinvio” disposto dall’ordine di esecuzione può evidentemente determinarsi solo quando le disposizioni di quest’ultimo siano esaustive al fine della loro puntuale attuazione: in una parola “*self-executing*”<sup>21</sup>. E’ quanto Giovanni Battaglini è giunto ad affermare non solo con riferimento all’art.3 della Convenzione europea<sup>22</sup>, ma anche in tema di istruzione religiosa, sulla base della corretta interpretazione dell’art. 2 del Primo Protocollo della Convenzione europea: “trattandosi di una disposizione convenzionale esauriente... in Italia l’ordine di esecuzione della Convenzione e di quel suo primo Protocollo (addizionale) è sufficiente ad indicare la fonte esterna di una proposizione normativa interna immediatamente operativa”<sup>23</sup>.

Per contro, un contenuto troppo vago delle norme convenzionali necessita evidentemente di un “arricchimento” nell’ordinamento statale attraverso apposite norme integrative elaborate all’interno con un procedimento ordinario (legislativo) di adattamento. Dunque, solo in ipotesi siffatte, s’impone l’adozione di specifiche norme per i fini dell’adattamento, senza escludere che l’interprete – giusta la sentenza n. 28 del 1982 della Corte costituzionale – debba spingersi a verificare, pur in mancanza di ordine di esecuzione o in presenza di un trattato che contempli norme non auto-applicative, se non si diano comunque nell’ordinamento interno norme *adeguate* al rispetto di obblighi internazionalmente assunti. E’ questo quanto in effetti si è verificato nella vicenda che aveva riguardato il *Memorandum* d’intesa per Trieste e il suo secondo Allegato<sup>24</sup>.

---

potendo sindacare l’interpretazione della CEDU data dalla Corte europea” resta comunque legittimata a verificare se così interpretata la norma della Convenzione “la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale” si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In tema v. A. GUAZZAROTTI, *La CEDU dopo il Trattato di Lisbona*, cit., spec. par.2.

<sup>19</sup> Cfr. sentenza n. 311 del 2009 (n. 8 cons. dir.)

<sup>20</sup> Cfr. ancora G. BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., pp. 209 ss. con riguardo, appunto, all’incidenza del margine di apprezzamento.

<sup>21</sup> Sul punto, in particolare sul carattere di talune norme (quali ad esempio l’art.3) della Convenzione europea a torto qualificate quali norme “programmatiche” da parte della giurisprudenza, v. ancora G. BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., pp. 197-99 e dottrina ivi citata.

<sup>22</sup> V. *infra*, par.2.

<sup>23</sup> Così G. BATTAGLINI, *Istruzione religiosa e diritti umani*, in *Studi in onore di Piero Bellini*, Tomo I, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999, pp. 41 ss.

<sup>24</sup> Cfr. G. BATTAGLINI, *Materiali per un corso breve*, cit., pp. 157-159. In particolare, nel ricostruire l’intera vicenda anche alla luce dell’Atto di intervento dell’Avvocatura Generale dello Stato nel giudizio di legittimità costituzionale, l’A. giunge alla conclusione che “se ordine di esecuzione non c’è o il trattato non sia *self-executing*, l’insegnamento della Corte dovrebbe valere a provocare e a sostenere gli sforzi dell’interprete solo in presenza dei (o ipotizzando i) procedimenti ordinari di adattamento adeguati”(p. 159), pur rilevando la “difficoltà di far quadrare gli effetti dei procedimenti ordinari di adattamento” che, restando nella piena discrezionalità del legislatore, possono risultare non completi (in eccesso o in difetto) rispetto al contenuto del trattato internazionale. Cfr., insieme, ID., *Riflessione breve su di un tema della sentenza n.295, con variazioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1985, p. 1341 in specie.

Un'ulteriore precisazione – ancora nel seguito del lucido pensiero di Giovanni Battaglini - s'impone. Occorre, infatti, pur sempre distinguere fra le ipotesi in cui sia in gioco l'attuazione di norme che, sebbene già direttamente applicabili per effetto del rinvio operato dall'ordine di esecuzione, richiedano peraltro la messa in opera delle indispensabili misure interne - vale a dire l'adozione di provvedimenti concreti da parte delle amministrazioni interessate - da quelle in cui, viceversa, per il compiuto adempimento degli obblighi internazionalmente assunti occorra dotare l'ordinamento della necessaria normativa<sup>25</sup>, non essendo sufficiente, ai fini del rinvio, il solo ordine di esecuzione. Nel primo, caso, infatti, non di adattamento in senso stretto si tratta, ma di attuazione; nel secondo, invece, ai fini della dovuta puntuale osservanza dell'obbligo internazionalmente assunto sorge l'esigenza di emanare (o di continuare ad avere) adeguate *norme ordinarie* per i fini dell'adattamento dell'ordinamento interno all'internazionale.

2. All'esame della distinzione fra disposizioni pattizie esaustive e non esaustive e delle conseguenze che ne derivano per l'ordinamento interno è dedicata la riflessione di Giovanni Battaglini sulla portata del divieto di tortura e pene e trattamenti inumani o degradanti<sup>26</sup>. Una riflessione risalente ma estremamente "attuale", solo che si ponga mente alle vicende giudiziarie seguite ai fatti avvenuti a Genova nel corso delle manifestazioni di contestazione al vertice internazionale del G8 nel confronto con l'esame di una sentenza del Tribunale di Padova dell'inizio degli anni '80 che, "pur civilmente ispirata", orientava già allora Giovanni Battaglini a evidenziare i guasti di adattamenti "incompleti" e, insieme, di una carente consapevolezza da parte dei giudici del loro ruolo di *primi organi di garanzia* della Convenzione europea. Un confronto che – si vedrà – fa emergere con tutta evidenza quel ruolo di garanzia dei giudici che Giovanni Battaglini invocava e che trova ora nella "reazione" della Procura generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Genova una decisa, ancorché tardiva, risposta<sup>27</sup>.

Non si può certo affermare – scriveva Giovanni Battaglini – che l'art. 3 della Convenzione europea sia *programmatico*: al contrario, dal suo contenuto testuale e soprattutto dalla giurisprudenza degli organi di controllo della Convenzione, se ne ricava invece "con varie delucidazioni e integrazioni" l'inequivocabile assoluto divieto e, dunque, la sua natura di norma auto-applicativa (*self-executing*). Ed è pur vero che – a differenza di quanto imposto dalla Convenzione di New York del 1984, che obbliga viceversa ciascuno dei contraenti a prevedere una specifica fattispecie criminosa per adattarsi alla corrispondente norma convenzionale non *self-executing*<sup>28</sup> - l'art. 3 della Convenzione

<sup>25</sup> Si veda, sul punto, l'ampia e articolata ricostruzione di G. BATTAGLINI, *Amministrazione e sovranità nell'ex Territorio Libero di Trieste*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 139 ss., in particolare nota 146.

<sup>26</sup> In generale sul tema v. *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, a cura di A. Gianelli e M.P. Paternò, Roma, Carocci, 2004; A. Gianelli, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale: profili generali*, in AA.VV., *Itinerari giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 479 ss. e da ultimo A. SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenza di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione 'al ribasso' degli obblighi internazionali?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 5 ss.

<sup>27</sup> V. *infra*, par.3.

<sup>28</sup> Si consulti al riguardo la considerazione nettamente espressa (al punto 5) dal Comitato contro la tortura sul Rapporto inviato dalla Repubblica italiana (*Conclusions and recommendations of the Committee against torture, Thirty-eighth session, 30 April to 18 May 2007*, in <http://www.2.ohchr.org/english/bodies/cat/cats.38>): "the Committee reiterates its previous recommendation (A/54/44, para.169(a)) that the State party proceed to incorporate into domestic law the crime of torture and adopt a definition of torture that covers all the elements contained in article 1 of the Convention. The State party should also ensure that these offences are punished by appropriate penalties which take into account their grave nature, as set out in article 4, para.2 of the Convention". Si veda, insieme, la successiva *Liste des points à traiter établie avant la soumission du*

europea non richiede, per i fini del suo rispetto nell'ordinamento interno, l'emanazione di specifiche norme penali.

Vero è però che quel giudice interno, nel suo ruolo di primo organo di garanzia della Convenzione avrebbe allora dovuto comunque – opportunamente richiamandosi alla Convenzione europea – trarre “tutti i possibili effetti interni” per i fini del rispetto della Convenzione “in armonia con il fine di adattamento per lo stesso ordine di esecuzione” della Convenzione europea<sup>29</sup>: uno sforzo che si sarebbe dovuto tradurre – nelle conclusioni allora formulate da Battaglini - per il giudice nella ricerca nel tessuto normativo interno di adeguate norme penali di contrasto e, in mancanza, di “rilevarne criticamente l'assenza o l'inadeguatezza”, potendo comunque almeno spingersi sino al rifiuto della concessione delle “attenuanti”<sup>30</sup> in sede di determinazione della pena a carico degli imputati.

Come negare, allora, che al fine d'un *adempimento di buona fede* degli obblighi derivanti per lo Stato dall'art.3 della Convenzione di Roma meglio sarebbe stato procedere subito all'adozione di norme di diritto penale volte a contrastare efficacemente il divieto<sup>31</sup>? In quest'ottica - e ancora soccorre il pensiero di Giovanni Battaglini – l'adozione di una specifica previsione criminosa (poi necessaria per i fini dell'adattamento alla Convenzione di New York del 1984, una volta in vigore per la Repubblica italiana) avrebbe infatti comportato il pieno rispetto del divieto assoluto di tortura intanto posto dall'art.3 della Convenzione europea anche per come tale norma è interpretata dalla Corte europea. E, dunque, ove si fosse proceduto all'adozione di una specifica fattispecie criminosa di contrasto della tortura, tale norma avrebbe intanto avuto l'effetto di consolidare il divieto assoluto di tortura contemplato dalla Convenzione di Roma, per poi “servire”, quale norma di *necessario* adattamento ordinario, anche per i fini del rispetto della Convenzione di New York.

Le considerazioni di Giovanni Battaglini appena ricordate si riferiscono – come si diceva - ad un momento ancora antecedente alla ratifica, da parte della Repubblica italiana, della Convenzione di New York del 1984 contro la tortura e altri trattamenti crudeli, disumani o degradanti. Il deposito dello strumento di ratifica da parte dell'Italia, avvenuto solo il 12 gennaio 1989, era stato preceduto dalla legge di autorizzazione del 3

---

*sixième rapport périodique de l'Italie ( Cat/C/Ita/Q/6), ibidem, Renseignements concernant spécifiquement la mise en œuvre des articles 1<sup>er</sup> et 4 : « 1. Donner des renseignements à jour sur toute mesure par l'Etat partie pour introduire dans sa législation l'incrimination de torture selon la définition de l'article premier de la Convention, comme l'avait recommandé le Comité dans ses précédentes observations finales (par.5)...3.- indiquer toute mesure prise pour faire en sorte que des peines appropriées qui tiennent compte de la gravité des actes de torture soient prévues, comme il est énoncé au paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention ».*

<sup>29</sup> Così G. BATTAGLINI, *Il giudice interno “primo” organo di garanzia della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, cit., l'intero par. 4 e p. 204, in particolare per le conclusioni riportate.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>31</sup> Ancora G. BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 202. Occorre, in effetti, considerare che, per consolidata giurisprudenza della Corte europea che ne deduce l'obbligo generale dall'art.1 della CEDU, gli Stati non sono solo chiamati ad attivarsi per impedire la lesione dei diritti tutelati nel sistema convenzionale; una volta che la lesione si sia – in ipotesi – verificata essi sono infatti tenuti ad assicurare un'*adeguata repressione della lesione* (sia sotto il profilo dell'obbligo di incriminazione che di quello della previsione di sanzioni adeguate per le violazioni di tali diritti perpetrate da terzi). In tema, specie con riguardo agli obblighi “positivi” di cui all'art.3 CEDU in connessione con l'art.1, v. F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale, Vita e Pensiero*, Milano, 2003, spec. parte II, pp. 149 ss. Sull'*adeguatezza* del sistema sanzionatorio v. insieme le conclusioni della *Corte europea dei diritti dell'uomo, Caso Darraj contro Francia*, 4 novembre 2010, ricorso n. 34588/07 ( par. 49 ss. in part.): a fronte della condanna a una pena pecuniaria di modesta entità pronunciata dai giudici francesi a carico di agenti di polizia colpevoli di avere commesso atti di tortura nei confronti di un “fermato”, la Corte ha infatti ritenuto che - in mancanza di ulteriori sanzioni disciplinari e di un modesto risarcimento a favore della vittima – la condanna non costituiva una sanzione *adeguata* dal momento che, per questo suo carattere, non può esplicare un “adeguato effetto deterrente”.

novembre 1988 che conteneva altresì – com'è d'uso - l'ordine di esecuzione utilmente funzionale per quelle sole norme convenzionali già esaustive e così direttamente "recepite" nell'ordinamento italiano. Il rinvio speciale (l'ordine di esecuzione) risultava peraltro insufficiente al rispetto dell'obbligo convenzionale proprio con particolare riguardo al *nucleo essenziale della Convenzione*: vale a dire rispetto all'obbligo per gli Stati di legiferare, in mancanza di una norma già presente con quei contenuti nell'ordinamento, affinché qualsiasi atto di tortura (come pure il tentativo di praticare la tortura o qualunque complicità o partecipazione a tale atto) fosse espressamente e immediatamente contemplato come "reato nel diritto penale interno", in conformità alla definizione di tortura prevista all'art.1 della Convenzione, e sanzionato con pene adeguate in considerazione della gravità della condotta.

A tal proposito va anzi ribadito che la Convenzione, all'art. 1, *definisce puntualmente la nozione di tortura rilevante ai sensi e per i fini della Convenzione* come "qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione", qualora - precisa ancora il disposto convenzionale - "tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito".

Ora, se questo è il quadro convenzionale, è evidente che per i fini del rispetto dell'obbligo internazionale (art. 4, in combinato con l'art.1 della Convenzione di New York) sarebbe stato necessario, sin dal 1989, senza possibilità di alternative, l'emanazione di norme penali interne non potendo bastare, per i fini del compiuto rispetto della Convenzione, quella "copertura" penale non specificamente volta alla repressione della tortura<sup>32</sup>. S'impondeva, dunque, non solo l'emanazione di una nuova fattispecie criminosa definita con le parole dell'art.1 della Convenzione medesima, ma anche la fissazione di pene adeguate alla sua gravità, senza esimenti. E questo è quanto, del resto, vanno sostenendo da gran tempo sia il Comitato dei diritti umani sia il Comitato contro la tortura<sup>33</sup>. Tanto più che la mancanza di norme di adattamento ordinario alla Convenzione di New York non solo si traduce in un adattamento incompleto su d'un punto qualificante del regime posto da quella Convenzione; incide altresì – come subito si dirà – anche sul pieno rispetto dell'art. 3 della Convenzione europea, in considerazione del fatto che, in mancanza di una specifica norma incriminatrice dei fatti di tortura, il giudice interno non può che assimilare tali fatti alle fattispecie previste nel codice penale, quali ad esempio, il sequestro di persona, la violenza privata, le lesioni personali, l'ingiuria, la minaccia,

<sup>32</sup> Non sono mancati disegni di legge che hanno avuto per oggetto l'introduzione del reato specifico di tortura, fra cui anche quello indicato dalla Repubblica italiana in risposta alle Osservazioni del Comitato (v. *supra*, nota 28) risalente alla XV legislatura mai definitivamente approvato per effetto dello scioglimento anticipato delle Camere. Successivamente sono stati presentati, nel corso della XVI legislatura molti disegni di legge volti allo stesso fine, anche se essi presentano differenze consistenti riguardo alla definizione degli elementi qualificanti della fattispecie e anche sotto il profilo della determinazione della pena da infliggere all'autore del reato. Sulle proposte e i disegni di legge volti all'introduzione del reato di tortura cfr. pure SENATO DELLA REPUBBLICA (XVI LEGISLATURA), COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, 2012, *Appendice*, pp. 187 ss.

<sup>33</sup> Sul punto v. *supra*, nota 28; in dottrina v. A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, spec. pp. 463, 465, e, conclusivamente, pp. 474-475 e, insieme, C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, pp. 555 ss. Sempre con riguardo alla portata degli obblighi posti dalla Convenzione di New York v. A. MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, a cura di L. Zagato e S. Pinton, Padova, Cedam, 2010, pp. 23 ss.



l'abuso di autorità nei confronti di arrestati o detenuti, le percosse, con tutte le conseguenze che ne derivano anche a fini processuali, fra cui il maturare della prescrizione e la concessione dell'indulto.

3. La consapevolezza del giudice circa il suo ruolo di *primaria garanzia* degli obblighi internazionalmente assunti dallo Stato in materia di protezione dei diritti umani tocca dunque i vari profili cui s'è fatto cenno e che meritano di essere ora trattati ancora nel seguito delle riflessioni di Giovanni Battaglini e alla luce degli sviluppi della recente giurisprudenza interna.

Si ponga mente, anzitutto, alla questione dell'interpretazione delle norme interne conformi a quelle contenute in trattati internazionali in vigore per la Repubblica italiana. E' da considerarsi consolidato - ora anche secondo l'orientamento della giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>34</sup> - l'obbligo per il giudice di interpretare le norme interne conformi alla luce dell'ordinamento d'origine e, trattandosi della Convenzione europea, avendo speciale riguardo alle pertinenti pronunce della Corte di Strasburgo<sup>35</sup>. Escluso, dunque, che si possano utilizzare percorsi interpretativi nel solco della *nazionalizzazione* della norma internazionale, il giudice interno è chiamato a collocare, anzitutto, la norma di derivazione internazionale nell'ordinamento di appartenenza: e ciò non solo a fini interpretativi del suo "significato", ma anche di qualificazione della natura della norma pattizia, rifuggendo dalla tentazione di interpretarla alla stregua dei canoni ermeneutici interni. Riecheggia, insomma, specialmente nelle ultime sentenze della Corte costituzionale, la "forza" già sottesa nelle pagine di Giovanni Battaglini quand'egli si confrontava con pronunce dei giudici (anche di Cassazione) che, viceversa, ancora ricostruivano il contenuto delle norme pattizie senza affidarsi ai criteri ermeneutici dell'ordinamento d'origine<sup>36</sup>.

La corretta ricostruzione della norma convenzionale e la conseguente necessità di garantirne il rispetto, deve quindi orientare il giudice del caso a risolvere da sé - senza coinvolgere immediatamente la Corte costituzionale, come del resto già indicava Giovanni Battaglini<sup>37</sup> - le antinomie. E' questo è quanto ora afferma la Corte costituzionale quando ribadisce che nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, è il giudice nazionale che deve, anzitutto, "procedere ad un'interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica"<sup>38</sup>.

Il coinvolgimento della Corte costituzionale, da escludersi ove l'antinomia sia risolvibile in via interpretativa, diviene *ineludibile* solo quando non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa. Diversamente da quanto è in potere del giudice quando il contrasto riguardi norme dell'ordinamento dell'Unione europea, nel caso in cui

<sup>34</sup> Si vedano già le sentenze 348 e 349 del 2007, 311 e 317 del 2009, nonché la sentenza n. 80 del 2011 (n. 2 cons. dir.): per la Corte, infatti, "ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione", tenendo conto che le norme della CEDU devono comunque essere interpretate "nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione".

<sup>35</sup> Per una compiuta ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (in particolare del suo art.3) v. F. JACOBS, R. WHITE, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 5° ed., Oxford, 2010, pp. 167 ss; D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, E. BATES, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2° ed., Oxford, 2009, pp.69 ss.

<sup>36</sup> V. *supra*, par.1.

<sup>37</sup> V. *supra*, Premessa.

<sup>38</sup> Così Corte Cost., sentenza n. 311 del 2009 (n. 6 cons. dir.), su cui cfr. le osservazioni di F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea*, cit, spec. p. 649.

l'antinomia riguardi le norme della Convenzione europea il giudice dovrà infatti sollevare la questione di legittimità costituzionale poiché spetta alla Corte, ove ritenga sussistente il contrasto, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art.117, 1° comma della Costituzione, con riguardo alla norma della Convenzione europea invocata<sup>39</sup>.

Vero è però che l'interpretazione adeguatrice del sistema vigente – e cioè a dire delle norme interne nel coordinamento con le norme pattizie - presenta un limite intrinseco, essendo infatti utilmente percorribile solo se la disposizione interna lo consenta. La possibilità, per il giudice, di ricavarne un significato compatibile con la norma d'origine convenzionale presuppone infatti pur sempre che dalla disposizione interna possano derivare diverse interpretazioni, tra cui quella che, per l'appunto, dà corpo ad una norma che è conforme alla norma pattizia rilevante nel caso concreto.

E' quanto accade ora nel procedimento penale per i fatti avvenuti a Genova del 2001 nella caserma di Bolzaneto e nella scuola Diaz utilizzate quali centri di temporanea detenzione per gli arrestati e fermati in occasione delle manifestazioni di contestazione avvenute durante il vertice internazionale G8. A seguito della sentenza della Corte d'Appello di Genova che, pur avendo riconosciuto le responsabilità degli imputati si trovava pur tuttavia costretta a dichiarare l'estinzione dei reati ascritti agli imputati per *intervenuta prescrizione*, emerge - sia pure solo in una fase ormai troppo avanzata, ossia in sede di proposizione di ricorso per Cassazione da parte del pubblico ministero – la piena consapevolezza del *giudice interno* di dover assolvere a quel ruolo di garante del rispetto della Convenzione europea, del suo art. 3 in particolare, inducendolo a “ricercare più a fondo una soluzione pienamente e realmente conforme ai valori dell'ordinamento”, per evitare un epilogo processuale che non si vuole con ogni mezzo considerare «ineluttabile»<sup>40</sup>.

In effetti, è pur vero che nel giudizio di primo e secondo grado il pubblico ministero non aveva mancato di sottolineare come la gravità in taluni casi dei comportamenti tenuti dagli imputati poteva configurarsi quale tortura “ai sensi delle convenzioni internazionali e segnatamente della CEDU” alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte di Strasburgo. E per verità, non era neppure mancata, nel corso dei giudizi di merito (specialmente in secondo grado), la piena consapevolezza del collegio giudicante circa l'assenza nel diritto interno dell'autonoma fattispecie incriminatrice della “tortura”, “nonostante lo Stato italiano abbia ratificato da oltre vent'anni la Convenzione ONU che ne prevede l'obbligo”<sup>41</sup>. Ma, in mancanza di una specifica fattispecie criminosa, poiché di atti di tortura si è trattato, bene fa ora il pubblico ministero a invocare – in sede di proposizione del ricorso per cassazione - quanto meno quel divieto assoluto contenuto nell'art.3 della Convenzione CEDU, con quel “corredo interpretativo” che la Corte europea si è, nel tempo, fatta carico di costruire.

Ecco dunque opportunamente richiamata nel ricorso la copiosa giurisprudenza della Corte europea relativa sia alla nozione di tortura riconducibile al divieto di cui all'art.3, con particolare riguardo ai “comportamenti” vietati, sia specialmente la rilevante posizione della Corte di Strasburgo secondo cui “ogniqualevolta un rappresentante dello

<sup>39</sup> Sul rango delle norme CEDU con riguardo ad una loro possibile “copertura costituzionale” in forza dell'art.11 della Cost. v. già G. BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., pp. 410 ss.: “appare pertanto opportuno l'intervento ora della Corte a dirimere negativamente il dubbio: la prospettiva contraria, invero piuttosto forzata, era se non altro la più attendibile fra quelle ultimamente suggerite in rapporto all'eventuale evoluzione della giurisprudenza della Corte (nella presunzione della *contiguità* con la materia comunitaria) e finalmente sembra esclusa, almeno allo stato attuale, dalla sentenza in discorso”.

<sup>40</sup> Cfr. Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Genova, Dichiarazione di ricorso per Cassazione del Pubblico Ministero 27 ottobre 2010, p. 12 su cui v. il commento di V. ZANETTI, *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz*, in *Studium iuris*, 2012, pp. 430 ss. e i riferimenti bibliografici ivi richiamati.

<sup>41</sup>Cfr. la Dichiarazione di ricorso, p.6.

Stato è stato incriminato per fatti di tortura o di maltrattamento, è di estrema importanza ai fini di un «rimedio effettivo» che i procedimenti penali e i giudizi non siano soggetti a prescrizione e che sia possibile concedere amnistia o grazia<sup>42</sup>. Così, dopo aver correttamente interpretato l'art. 3 della Convenzione europea alla luce della pertinente giurisprudenza, norma rilevante nel giudizio, il pubblico ministero giunge a chiedersi se la dichiarazione di prescrizione pronunciata dalla Corte d'appello in relazione alle contestazioni rivolte agli imputati "sia irrimediabile e comunque l'unica corretta secondo il vigente ordinamento e il sistema di valori codificato a livello sovranazionale", anche alla luce della sentenza della Corte d'appello che, pur avendo rilevato l'impossibilità di disapplicare la norma interna in materia di prescrizione, e verificata l'impraticabilità di un'interpretazione adeguatrice, aveva ciononostante omesso di sollevare la questione avanti alla Corte Costituzionale, pur nella consapevolezza che avrebbe potuto (dovuto?) sollevare essa stessa la questione innanzi alla Corte<sup>43</sup>.

La determinazione della Procura di proporre al giudice di legittimità il coinvolgimento della Corte costituzionale in sede di ricorso per cassazione prova, in verità, lo sforzo di porsi quale organo di garanzia della convenzione europea: quello di adoperarsi per impedire, sia pure forse troppo tardivamente, la "inevitabile" violazione di un obbligo internazionalmente assunto dalla Repubblica, facendo ricorso all'ultimo strumento di cui dispone. Ma prova, insieme, i guasti di adattamenti incompleti dell'ordinamento interno, provocati dalla persistente inerzia del legislatore, rispetto agli obblighi internazionali di contrasto della tortura. La situazione processuale che si è venuta determinando è, in effetti, provocata da un quadro normativo non adeguato alla repressione dei fatti di tortura.

Orbene, se e quando si avrà un pronunciamento della Corte costituzionale<sup>44</sup> su d'una questione di particolare delicatezza anche sotto il profilo degli effetti in *malam partem* che possono derivare dalla (eventuale) dichiarazione d'incostituzionalità della norma penale di favore, si potrà determinare l'esclusione dalla prescrizione e dall'indulto di delitti "comunque nominati e qualificati ai sensi del diritto interno", quando integranti condotte in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea. E' quanto varrebbe – in ultima analisi e per quanto qui importa – a scongiurare, da un lato, l'indifferenza dell'ordinamento nei confronti del pieno rispetto degli obblighi internazionalmente assunti nella data materia da parte della Repubblica, dando così ragione alla *resistenza* del giudice del caso di sfuggire dall'esito processuale altrimenti ineludibile; dall'altro lato, a provocare il legislatore ad introdurre quelle necessarie modifiche dell'ordinamento interno per la protezione degli individui dalla tortura e dagli altri trattamenti vietati dai regimi pattizi vigenti, da gran tempo, per la Repubblica.

4. Da ultimo occorre sottolineare – ancora nell'insegnamento di Giovanni Battaglini<sup>45</sup> – quale sia l'incidenza della questione esaminata rispetto all'operare della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni anche alla luce dell'effettività dei rimedi presenti nell'ordinamento.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>43</sup> Così, ancora da Dichiarazione di ricorso per Cassazione del Pubblico Ministero, cit., secondo cui la Corte d'appello "verificata l'impraticabilità di un'interpretazione adeguatrice" ha peraltro omesso di considerare quale "doverosa alternativa" il ricorso alla Corte costituzionale.

<sup>44</sup> Sull'esito si potrebbe ipotizzare una decisione che arrivasse "a dichiarare l'incostituzionalità delle norme impugnate con una sentenza additiva di principio" (così V. ZANETTI, *La tortura*, cit., p. 432).

<sup>45</sup> Cfr. G. BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., pp. 204 ss. secondo cui la regola "si riconnette al processo formativo dell'illecito internazionale: se e quando vi sia ancora la possibilità di evitare che il fatto illecito si perfezioni o quando, altrimenti, sia venuta a maturazione la colpa dello Stato come elemento costitutivo di un suo illecito internazionale" (p. 205).

Nel sistema della Convenzione europea la regola del previo esaurimento opera solo se l'ordinamento interno dia modo di esaurire ogni via utile *effettivamente e adeguatamente* predisposta: come ha, ad esempio, affermato la Corte europea nel caso *Scordino* “nulla obbliga a fare uso di ricorsi che non siano né adeguati né effettivi...o quando è provata una prassi consistente nella ripetizione di atti vietati dalla Convenzione e nella tolleranza ufficiale dello Stato, in modo che tutte le procedure risultino inutili o inefficaci”<sup>46</sup>. E' quanto, anche in tema di trattamenti degradanti egualmente vietati dall'art.3 della Convenzione europea, la Corte è andata precisando, nell'affare *Hénaf*, riconoscendo che “the domestic authorities did not take the positive measures which the circumstances required to bring the matter to a conclusion”, arrivando così a concludere che “the remedy open to the applicant was not normally available and sufficient to allow him to obtain reparation of the violation which he alleges”<sup>47</sup>. Si tratta, del resto, di un orientamento costante nel sistema di garanzia della Convenzione europea se già nel 1973 la Commissione, a proposito del caso *Donnelly* e altri contro il Regno Unito in cui erano in questione maltrattamenti e finanche pratiche di tortura ad opera della polizia locale e dell'esercito inglese, aveva ritenuto che l'inefficacia dei rimedi interni da esperire derivava, da un lato, dall'estrema difficoltà di reperire adeguati mezzi di prova e, d'altro lato, da inchieste incomplete e deviate con nulle – o estremamente scarse – probabilità di successo<sup>48</sup>.

L'obbligo del previo esaurimento delle vie interne di ricorso giurisdizionale di cui all'art. 35 della Convenzione europea è pertanto da intendersi con riguardo alla effettività del rimedio giurisdizionale interno, nel senso che la vittima ricorrente a Strasburgo non è obbligata ad esperire quei rimedi - prima istanza, appello e cassazione - il cui esito non risulti *prevedibilmente positivo* per la stessa parte ricorrente. In quest'ottica la Corte europea è addirittura giunta ad ammettere – nel caso *H. G. e G.B. contro Austria*<sup>49</sup>- l'inutilità di un secondo grado di giudizio dal momento che non era, appunto, prevedibile l'esito positivo per il ricorrente sulla base dei precedenti giurisprudenziali dell'ordinamento interno austriaco.

E se dunque, ancora ad oggi, l'ordinamento italiano non contempla – come prova la vicenda esaminata - rimedi efficaci ed effettivi con riguardo a fatti di tortura, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni posta dalla Convenzione europea non può impedire alle vittime di proporre ricorso a Strasburgo, come invero è accaduto, all'indomani della sentenza della Corte d'Appello del marzo 2010 con cui s'è disposto di non doversi

<sup>46</sup> *Corte europea dei diritti dell'uomo, Caso Scordino e altri contro Italia*, 27 marzo 2003, ricorso n.36813/97, par.56: “la Corte ricorda che la regola del previo esaurimento impone a coloro che intendano proporre ricorso contro uno Stato davanti ad un organo giudiziario internazionale l'obbligo di esperire preventivamente i ricorsi offerti dal sistema giuridico di tale Stato...tale regola si basa sull'assunto che il sistema interno offra un ricorso effettivo per la violazione dedotta. Nel quadro dell'art.35, un ricorrente deve avvalersi dei ricorsi che sono normalmente disponibili e sufficienti per permettergli di ottenere la riparazione delle violazioni che deduce. Questi ricorsi debbono esistere con un grado sufficiente di certezza, sia in pratica che in teoria, ed essere dotati della effettività ed accessibilità richiesta.”

<sup>47</sup> *Corte europea dei diritti dell'uomo, Caso Hénaf contro Francia*, 27 novembre 2003, ricorso n.65436/01, parr. 38-39.

<sup>48</sup> Si vedano, sul punto, le osservazioni di M. TAMPIERI, *Illecito internazionale e previo esaurimento dei ricorsi interni nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, cit., pp. 235 ss., spec. 244; In generale sul tema del previo esaurimento, con riguardo alle convenzioni a tutela del divieto di tortura, A. MARCHESI, *Obblighi di condotta e obblighi di risultato. Contributo allo studio degli obblighi internazionali*, Milano, 2003., spec. pp. 155 ss.

<sup>49</sup> *Corte europea dei diritti dell'uomo, Caso H. G. e G.B. contro Austria*, 2 giugno 2005, ricorso n. 11084/02, par.38, secondo cui l'art. 35, riguardando il previo esaurimento dei ricorsi interni, va applicato con un certo grado di flessibilità, e senza eccessivi formalismi tenendo conto delle circostanze del caso concreto; sicché, se tali circostanze fanno oggettivamente ritenere che un grado di ricorso sarebbe stato inefficace al fine di trovare giusta riparazione a una violazione, può ritenersi adempiuto tale requisito anche quando non siano stati percorsi tutti i gradi di giudizio.

procedere nei confronti degli imputati per intervenuta prescrizione<sup>50</sup>. Resta solo da interrogarsi sull'incidenza – ai fini della regola del previo esaurimento così come interpretata dalla Corte europea – del ricorso in cassazione eventualmente determinante anche, e specialmente, ai fini del futuro coinvolgimento della Corte costituzionale ad opera della Corte di legittimità che potrebbe decidere di farsi finalmente carico di sollevare la questione di costituzionalità. Una catena di “se” dall'esito quanto meno incerto il cui cammino si presenta, per vero, tutto in salita: ne è, del resto, pienamente consapevole anche il pubblico ministero quando afferma “che i margini di sindacabilità ammessi dalla Corte costituzionale in merito alla norma penale di favore sono assolutamente ristretti, forse troppo ristretti”. Escluso allora che l'evoluzione processuale successiva alla proposizione del ricorso a Strasburgo si rifletta sulla tempestività della sua proposizione, non si può peraltro negare che il coinvolgimento della Corte costituzionale varrebbe, quanto meno, a ri-proporre con forza la questione di un improcrastinabile intervento legislativo ai fini del rispetto *in buona fede* di obblighi internazionalmente assunti, in coerenza con quanto ora dispone l'art.117, 1° comma.

Anche la Convenzione contro la tortura e i trattamenti disumani e degradanti contempla l'istituzione di un Comitato cui possano rivolgersi individui che pretendano di essere vittime di violazioni, commesse da uno Stato parte, dei diritti che la Convenzione tutela. La Repubblica italiana è fra gli Stati che hanno dichiarato di riconoscere la competenza del Comitato ai sensi degli artt.21 e 22 della Convenzione medesima. Gli individui possono pertanto rivolgersi al Comitato quando ritengano di esser vittime di una violazione degli obblighi convenzionali da parte dello Stato italiano, previo l'esaurimento dei ricorsi interni: e sempre che, beninteso, la stessa questione non sia stata o non sia già all'esame di un'altra istanza internazionale, quale la Corte europea di Strasburgo (per violazione del divieto di cui all'art.3 della Convenzione europea) o il Comitato sui diritti umani sulla base del Protocollo facoltativo del Patto sui diritti civili e politici per violazione del suo art.7<sup>51</sup>.

Orbene, anche la Convenzione contro la tortura, pur prevedendo che per poter adire il Comitato l'individuo debba aver prima esaurito tutti i ricorsi interni disponibili, ha avuto cura di precisare che quando le procedure di ricorso superano termini ragionevoli o è poco probabile che darebbero soddisfazione alla persona vittima della pretesa violazione, la regola non può dunque trovare applicazione (art.22, comma 4, lett. b). Così, quando i rimedi risultino, appunto, “unreasonably prolonged, or that it is unlikely, after a fair trial, to bring effective relief to the alleged victim” il Comitato ritiene già “aperta” la via all'istanza internazionale<sup>52</sup>. Va da sé, allora, che quando l'individuo lamenti la violazione del *divieto di tortura* - secondo la nozione dell'art.1 della medesima Convenzione - e manchi, nell'ordinamento interno, la previsione del reato specifico, non si pone neppure un problema d'esaurimento di ricorsi interni poiché la condotta legislativa (omissiva) preclude addirittura di per sé i vari rimedi.

## Parte II

### La prospettiva del costituzionalista

1. La giurisprudenza costituzionale, come si è detto, affida oggi al giudice comune un compito interpretativo primario, volto a garantire la corretta applicazione della

<sup>50</sup> La notizia è riportata da V. ZANETTI, *La tortura*, cit., p. 432.

<sup>51</sup> In tema v. F. SALERNO, *Rapporti fra procedimenti concernenti le medesime istanze individuali presso diversi organismi internazionali di tutela dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp. 363 ss.

<sup>52</sup> Così – ma si tratta di costante giurisprudenza del Comitato contro la tortura – la decisione del 15 novembre 2010, *Communication No. 333/2007, T.I. v. Canada*, par. 6.2, in <http://www.2.ohchr.org/english/bodies/cat/A.66.44>.

CEDU nell'ordinamento interno; e non deve trarre in inganno il fatto che la Corte abbia escluso il rilievo, in questa materia, dell'art. 11 Cost., "non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale", con la conseguenza che non è consentita la non applicazione da parte del giudice della norma interna confliggente con la CEDU<sup>53</sup>. Il giudice costituzionale propone dunque un'interpretazione restrittiva della portata dell'art. 11<sup>54</sup>, sottolineando la differenza *ontologica* fra l'ordinamento dell'UE e quello della CEDU: interpretazione, questa, esplicitamente sostenuta da Giovanni Battaglini, secondo il quale il contenuto dell'art. 11 Cost. è stato, anzi, "fin troppo dilatato in sede interpretativa", dal momento che, a rigore, "non avrebbe potuto suggerire che ipotesi di *autolimitazione della mera libertà di fatto nel proprio interno* (...) e solo in vista di far fronte alle immediate esigenze di coordinazione con le organizzazioni internazionali per il fine diretto (o quanto meno indiretto) di promuovere la pace e la sicurezza «fra le nazioni» in una col rispetto del diritto". Bene ha fatto dunque la Corte, già nella sentenza n. 15 del 1982, a dirimere negativamente il dubbio circa il rilievo costituzionale della CEDU, evitando un "ulteriore allargamento" derivante da una "interpretazione analogica dell'art. 11 ad opera della stessa Corte costituzionale, in modo da ricomprendervi una superiore esigenza di adattamento alla Convenzione europea"<sup>55</sup>. E il fatto che una simile costruzione teorica conduca di necessità a non ammettere la "disapplicazione" diretta da parte del giudice della norma interna in conflitto con la CEDU<sup>56</sup> non prefigura affatto un indebolimento del sistema di tutela dei diritti: non a caso, Valerio Onida, il quale ritiene che le norme della CEDU abbiano valore costituzionale, in quanto proteggono standard minimi di diritti fondamentali, si pronuncia contro tale disapplicazione, "che contrasterebbe con i principi di fondo del nostro ordinamento costituzionale, e aprirebbe la strada a troppe incertezze e conflitti giurisprudenziali"<sup>57</sup>. Al giudice comune viene così correttamente riconosciuta la funzione ermeneutica *preventiva* che Battaglini auspicava: egli deve "interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme". Soltanto ove "ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la norma convenzionale «interposta»" dovrà investire

<sup>53</sup> Sentenza n. 349 del 2007 ( n. 6.1 cons. dir., con testuale richiamo alla sentenza n. 188 del 1980). Con la successiva, e già ricordata, decisione n. 80 del 2011, la Corte ha precisato che anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona restano valide le considerazioni "riguardo all'impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione (...), 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 (oggi del diritto dell'Unione)". Rimane tuttora valida "la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale".

<sup>54</sup> A.SPADARO, *Breve introduzione al "circolo costituzionale": prima la storia fa le "Corti costituzionali" e poi le Corti fanno la "storia costituzionale"...*, in *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C.Salazar e A.Spadaro, Milano, Giuffrè, 2009, p. 10.

<sup>55</sup> G.BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 44.

<sup>56</sup> Secondo la Corte costituzionale, "allo Stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza fino al punto da consentire la non applicazione della norma interna confliggente" (sentenza n. 349 del 2007, n. 6.1 cons. dir.).

<sup>57</sup> V.ONIDA, *Adottare il "punto di vista" dei diritti fondamentali*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di R.Bin, G.Brunelli, A.Pugiotto, P.Veronesi, Torino, Giappichelli, 2007 (e-book), 178. Secondo l'A. (che scriveva prima delle sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007), "la norme di una Convenzione che discende direttamente dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ed è volta ad attuarla dovrebbero essere intese, diversamente da quelle contenute in un qualsiasi trattato internazionale, come norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Ma oggi c'è anche la via facile del nuovo art. 117, comma 1".

la Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.<sup>58</sup>.

2. Anche i temi relativi alla costruzione dei rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla *peculiarità* del sistema CEDU vengono declinati dalla Corte costituzionale, nelle decisioni del 2007, in modo analogo a quanto Battaglini aveva proposto nello scritto del 1988. Egli, da un punto di vista teorico-generale, respingeva ogni ipotesi di "nazionalizzazione" dei trattati internazionali attraverso la loro *ricezione materiale* (cioè il loro *inserimento*) nell'ordinamento statale, perché ciò "porterebbe ad interpretarli alla stregua di quest'ultimo, complessivamente considerato", con la conseguenza "di travisare sovente i loro significati normativi originari, di deformarne sinanche il contenuto degli obblighi nei contesti di diritto interno ove risulterebbero imprigionati"<sup>59</sup>. Quanto, specificamente, alla CEDU, soltanto se le sue norme non diventano il contenuto di norme interne *in bianco* "si dovrà, fra l'altro, tener conto nella loro interpretazione, non solo grammaticale ma logica e sistematica, della giurisprudenza dei rispettivi organi internazionali". Ci troviamo dunque di fronte ad un *rinvio formale* "o di «produzione giuridica» (in Italia) delle distinte norme via via «conformi» in tutto e per tutto alla Convenzione (anche per come viene internazionalmente interpretata)"<sup>60</sup>.

Due sono quindi le precisazioni di Battaglini: a) l'ordinamento italiano opera un rinvio *di produzione giuridica* alla Convenzione; b) ciò consente, fra l'altro, di tener conto dell'interpretazione giurisprudenziale della Convenzione stessa, devoluta ad un'apposita Corte. E le due precisazioni si ritrovano perfettamente nella giurisprudenza costituzionale: con l'art. 117, co. 1, Cost., afferma la Consulta, si è realizzato "un *rinvio mobile* alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata «norma interposta»; e che è soggetta a sua volta (...) ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione"<sup>61</sup>. E la "caratteristica peculiare" della CEDU, rispetto agli altri trattati, consiste esattamente "nell'aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa"<sup>62</sup>. Pertanto, la rilevanza della Convenzione "così come interpretata dal «suo» giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale"<sup>63</sup>.

In definitiva, la Corte, proprio come Giovanni Battaglini, colloca la CEDU tra i comuni trattati internazionali, pur rinvenendone una peculiarità essenziale nella presenza di un giudice creato *ad hoc* per la sua interpretazione<sup>64</sup>. Eppure, anche la *materia* da essa regolata (i diritti fondamentali) ha una ricaduta precisa sul sistema delle competenze: per il

<sup>58</sup> Sentenza n. 349 del 2007 (n. 6.2 cons. dir.). Per U.DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, testo della relazione per l'incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e la Corte federale tedesca su "Problemi per le Corti nazionali a seguito degli ulteriori sviluppi dell'Unione Europea ed in relazione alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo" (Karlsruhe, 19-21 novembre 2009), in [www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do](http://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do), p. 5, le sentenze del 2007 "non negano minimamente il preliminare compito interpretativo dei giudici ordinari delle norme espressive degli asseriti obblighi internazionali, compito che appare invero indispensabile per verificare se effettivamente sussista un legittimo dubbio di irrimediabile conflitto con il primo comma dell'art. 117 Cost."

<sup>59</sup> G.BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 193.

<sup>60</sup> G.BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., pp. 194 e 196.

<sup>61</sup> Sentenza n. 349 del 2007 (n. 6.2 cons. dir.).

<sup>62</sup> Sentenza n. 348 del 2007 (n. 4.6 cons. dir.).

<sup>63</sup> Sentenza n. 349 del 2007 (n. 6.2 cons. dir.).

giudice interno, scriveva Battaglini nel 1988, è arrivato il momento di attivarsi finalmente quale primo organo di garanzia “*dei diritti umani* come sono sanciti anche dai *patti internazionali, a cominciare* dalla Convenzione di Roma”<sup>65</sup>. E la Corte costituzionale, a sua volta, non manca di riconoscere in via di principio la “*peculiare rilevanza* delle norme della Convenzione, *in considerazione del contenuto della medesima*, tradottasi nell’intento di garantire, soprattutto mediante lo *strumento interpretativo*, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e a realizzare”<sup>66</sup>. In altre parole, anche una netta prospettiva formale-procedimentale, che nulla conceda ad incerte ipotesi interpretative di ordine assiologico-sostanziale<sup>67</sup>, sembra in grado di assicurare un livello soddisfacente di tutela dei diritti fondamentali.

3. Del resto, si tratta di un punto di vista perfettamente conciliabile con una creatività interpretativa capace di individuare e proporre soluzioni giuridiche originali ed efficaci, ispirate all’esigenza di una piena tutela delle libertà e dei diritti individuali. Il giudice, scrive Battaglini, deve “uscire allo scoperto ed affrontare la tematica della coordinazione di norme di pari grado, non escluse ovviamente quelle conformi ai Trattati internazionali, se già possibile per lui direttamente, nella fattispecie concreta”<sup>68</sup>. Ed affronta, da questo punto di vista, due temi di assoluto rilievo anche per il costituzionalista: la legislazione di emergenza e la tortura.

Alla prima questione è dedicato il più volte ricordato saggio *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*, pubblicato nella *Giurisprudenza costituzionale* a commento della notissima sentenza n. 15 del 1982, secondo la quale i limiti massimi della carcerazione preventiva estesi con il decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito nella legge 6 febbraio 1980, n.15, non potevano considerarsi irragionevoli, risultando disposti in ragione delle “obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali” nei procedimenti aventi ad oggetto “i delitti commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell’ordine democratico”<sup>69</sup>. Con la precisazione, peraltro, che

<sup>64</sup> E proprio la circostanza che le disposizioni della CEDU abbiano un interprete esclusivo nella Corte di Strasburgo “impedisce al giudice ed alla stessa Corte [costituzionale] di fermarsi alle *disposizioni* della Convenzione, obbligando ad attingere alla loro costante (ri)definizione giurisprudenziale”: così C.SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo, giudici: «affinità elettive» o «relazioni pericolose?»*, in *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007*, cit., p. 64.

<sup>65</sup> G.BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., 190 (corsivi non testuali).

<sup>66</sup> Sentenza n. 349 del 2007, n. 6.1.2 cons. dir. (corsivi non testuali).

<sup>67</sup> Ipotesi non accolte, come si è visto, dalla Corte costituzionale. Emblematica, a questo riguardo, la sentenza n. 317 del 2009, nella quale si è inteso scorgere un orientamento “a favore di un sindacato spostato sul terreno sostanziale della tutela dei diritti, piuttosto che di tipo formale-astratto dei rapporti tra fonti”, orientamento in seguito non confermato (così A.RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale* (17.06.2011), in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), par.2). Ora, a parte che i due profili (garanzia dei diritti e logica formale-astratta dei rapporti tra fonti) non sono tra loro in contrasto, come mostra proprio il pensiero di Giovanni Battaglini, va detto che la pronuncia del 2009 sembra piuttosto ispirata dall’intento di delineare un *sistema* compiuto e coerente di protezione dei diritti : “(...) la tutela dei diritti fondamentali deve essere *sistemica* e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”. Dall’incidenza “della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela *per tutto il sistema dei diritti fondamentali*”. Il «margine di apprezzamento» nazionale “può essere determinato avuto riguardo soprattutto al *complesso dei diritti fondamentali*, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e *del giudice comune*, ciascuno nell’ambito delle proprie competenze” (n. 7 cons. dir., corsivi non testuali).

<sup>68</sup> G.BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 421 (corsivo non testuale). In questa stessa chiave l’A. interpreta non solo in senso procedurale, ma anche in senso *logico-funzionale*, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni ex art. 35 CEDU (G.BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 207).

<sup>69</sup> Sentenza n. 15 del 1982 (n. 5 cons. dir.).



l'emergenza<sup>70</sup> "è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea", per cui le "misure insolite" adottate dal legislatore "perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo", e che, in ogni caso, "non si giustificerebbe un troppo rilevante prolungamento dei termini di scadenza della carcerazione preventiva, tale da condurre verso una sostanziale vanificazione della garanzia"<sup>71</sup>. Giovanni Battaglini non critica la decisione della Corte costituzionale (ritenendo anzi che la questione di legittimità proposta fosse "azzardata", per lo meno "sotto i profili dell'adattamento al diritto internazionale"<sup>72</sup>), ma ricorda quanto avrebbe potuto fare *direttamente* il giudice ordinario, il *primo soggetto* chiamato a garantire nell'ordinamento interno la corretta applicazione dalla CEDU, come strumento di tutela dei diritti umani. E, per delineare questa essenziale funzione del giudice, identifica con chiarezza la nozione di *ragionevolezza* emergente dalla Convenzione (nozione che la Corte aveva sottovalutato, ritenendo che l'art. 5, par. 3, CEDU, invocato dalla Corte di assise di Torino, non proponesse alcun criterio concreto, astenendosi dal fornire qualsiasi specificazione<sup>73</sup>), e in particolare dal combinato disposto degli artt. 15 e 5, comma 3. Per Battaglini, "*la ragionevolezza in circostanze d'emergenza ha (...) un limite fisso* – e fissato, quindi, in conformità dalle norme italiane di adattamento, in virtù della legge italiana di esecuzione del 4 agosto 1955 – sia per il primo che per il comma 3 di detto articolo 15 della Convenzione", nel senso che sussiste "*in via assoluta* il limite di una *doppia condizione sospensiva* della facoltà (...) di ricorrere in una grave situazione d'emergenza a misure in deroga anche all'art. 5<sup>74</sup>: a) ai sensi del comma 1, deve essere provata la loro necessità «nella stretta misura in cui la situazione lo esige»; b) ai sensi del terzo, deve essersi verificata la condizione che tali misure in deroga non contravvengano, fra gli altri obblighi internazionali, soprattutto a quello di notificarle formalmente al Segretario Generale del Consiglio d'Europa tenendolo «parimenti» informato «dei motivi che le hanno ispirate» e «della data in cui queste misure hanno cessato d'esser in vigore e le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione»<sup>75</sup>. Ecco perchè, nel caso di specie, il giudice, invece di investire la Corte con una "azzardata" questione di costituzionalità, avrebbe dovuto "uscire allo scoperto", subordinando "il disposto del decreto convertito in legge sul prolungamento dei termini della preventiva detenzione alle condizioni dell'art. 15 della Convenzione europea dei diritti umani, da verificare giudizialmente, dovendosi invalidare ogni applicazione del diritto interno speciale *per la emergenza* che non si regga, da un lato, sulla notifica e la motivazione al Segretario del Consiglio d'Europa sulle misure in deroga e via via della loro durata o rinnovo, e dall'altro sull'applicazione – o la possibilità dell'applicazione – dei criteri concreti di *controllo* del Consiglio e della Commissione"<sup>76</sup>. In questo modo, il giudice avrebbe conseguito il doppio risultato di evitare di porre in essere l'inadempimento italiano alla Convenzione e di tutelare in via diretta la posizione dell'imputato di fronte ad un

<sup>70</sup> Determinata nel caso di specie dalla peculiarità e gravità del fenomeno terroristico, caratterizzato "non tanto, o non solo, dal disegno di abbattere le istituzioni democratiche come concezione, quanto dalla effettiva pratica della violenza come metodo di lotta politica, dall'alto livello di tecnicismo delle operazioni compiute, dalla capacità di reclutamento nei più disparati ambienti sociali" (n. 4 cons. dir.).

<sup>71</sup> Sentenza n. 15 del 1982 (n. 7 cons. dir.).

<sup>72</sup> G.BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 422.

<sup>73</sup> E "una valutazione della ragionevolezza che non sia ancorata ad un criterio concreto, ma solo ad una concezione vaga ed elastica, può riuscire opinabile in difetto di un'analisi più articolata ed approfondita" (n. 3 cons. dir.). Sull'uso del criterio di giudizio della ragionevolezza nella decisione del 1982 si vedano le diverse posizioni di L.CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sentenza n. 15?*, in *Giur.cost.*, 1982, I, pp. 98 ss. e di A.PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, *ivi*, pp. 108 ss.

<sup>74</sup> L'art. 5 CEDU (rubricato *Diritto alla libertà e alla sicurezza*), prevede tra l'altro, al par. 3, che "Ogni persona arrestata o detenuta (...) ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura".

<sup>75</sup> G.BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., pp. 420-421.

<sup>76</sup> G.BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 423.

(convenzionalmente) illegittimo prolungamento della carcerazione preventiva. Ancora una volta: concezione rigorosa e formale del rapporto tra ordinamenti e del sistema delle fonti, che non impedisce affatto, ma anzi agevola, l'individuazione di una soluzione concreta di garanzia giurisdizionale di un diritto fondamentale.

4. Quanto al divieto di tortura previsto dall'art. 3 CEDU<sup>77</sup>, Battaglini ne sottolinea l'assolutezza e tassatività, che non consentono in alcun modo di affermarne la natura soltanto programmatica. Anzi, dalla giurisprudenza degli organi della Convenzione si ricavano in modo puntuale le nozioni di "tortura", "pena", "trattamento inumano" e "trattamento degradante"; con l'ulteriore precisazione che, secondo tale giurisprudenza, il divieto si rivolge *in primis* alle "persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali" ex art. 13 CEDU, senza alcuna possibilità di deroga: deroga che, viceversa, è prevista per altre disposizioni della Convenzione (ad es., gli artt. 5 e 6 in rapporto all'art. 15), ancorchè *self-executing*<sup>78</sup>. E, benché nulla dica la norma convenzionale circa una corrispondente fattispecie criminosa che i diritti penali interni debbano necessariamente contemplare, e circa le pene – o la misura della pena – da comminare per una tale reato, al fine di un adempimento *di buona fede* della disposizione pattizia si sarebbe potuto far uso del procedimento ordinario di adattamento per "emanare *direttamente* norme di diritto penale (più o meno) uniformi a quelle degli altri contraenti, nella speciale materia"<sup>79</sup>. E l'assenza di tali norme di adattamento dovrebbe essere rilevata criticamente dalla giurisprudenza, laddove questa non sia in grado di fornire un rimedio (almeno parziale) alla lacuna, ad esempio negando la concessione di qualsiasi attenuante a soggetti condannati per trattamenti in violazione dell'art. 3 della Convenzione di Roma<sup>80</sup>. Questo, è chiaro, a condizione che il giudice abbia piena consapevolezza di trovarsi investito della funzione di primo organo di garanzia della Convenzione, tenuto – come tale – a valutare se e in che misura le norme interne create dall'ordine di esecuzione non risultino "integrate quanto è necessario ai fini del rispetto dell'accordo da altre norme interne, di adattamento ordinario", o comunque da criteri applicabili autonomamente "nel dare la norma del caso concreto, il più possibile in armonia con il fine di «adattamento» per lo stesso ordine di esecuzione del trattato"<sup>81</sup>.

Si tratta di una linea interpretativa oggi seguita dalla giurisprudenza: emblematica, sotto questo profilo, la decisione della Corte d'Appello di Genova, Sezione II, n. 678/2010, pronunciata il 5 marzo 2010, sui fatti accaduti nella caserma di Bolzaneto, adibita nel luglio del 2001 a centro di detenzione temporanea per gli arrestati e fermati in occasione delle manifestazioni di contestazione al vertice internazionale del c.d. G8. Accogliendo

<sup>77</sup> Secondo il quale "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". Per una più approfondita analisi della questione, si veda la Parte I di questo saggio, parr. 2 e 3.

<sup>78</sup> G.BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., pp. 199-200. Per F.SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 638, nota 7, il divieto di tortura stabilito dall'art. 3 CEDU "è di incontrovertibile natura consuetudinaria generale".

<sup>79</sup> E in ogni modo già conformi – in qualche misura – a quelle imposte dalla "Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, disumani o degradanti" adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 agli Stati che l'abbiano ratificata, una volta che sia entrata in vigore (G. BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 202). Com'è noto, tale Convenzione, vigente dal 27 giugno 1987, è stata ratificata dall'Italia con legge n. 489 del 3 novembre 1988, ma nel diritto positivo italiano è tuttora assente un'autonoma fattispecie incriminatrice della tortura.

<sup>80</sup> Giovanni Battaglini fa esplicito riferimento alla sentenza del Tribunale di Padova del 15 luglio 1983, di condanna di appartenenti alle forze dell'ordine per le violenze inflitte ai brigatisti arrestati per il sequestro del generale Dozier. Una pronuncia "civilmente ispirata", scrive Battaglini; e tuttavia, "[c]ome negare che la stessa sentenza dovesse trarne da sé, contro gli imputati di trattamenti in violazione dell'art. 3 della Convenzione di Roma (...), serie conseguenze sfavorevoli alla concessione di qualsiasi attenuante se il giudice avesse riconosciuto di trovarsi, allora, soprattutto investito della funzione di *primo organo di garanzia* della Convenzione?" (G.BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., pp. 202-203). V. *supra*, Parte I, par. 2.

<sup>81</sup> G.BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 204.

l'approccio ermeneutico della pubblica accusa, la Corte ha sottolineato come la gravità di taluni comportamenti di appartenenti alle forze dell'ordine ben potesse condurre alla loro definizione in termini di "tortura" ai sensi delle convenzioni internazionali, e in particolare della CEDU e della relativa interpretazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, a ciò non costituendo ostacolo la mancanza di un'autonoma fattispecie tipica nell'ordinamento nazionale. Nel ricorso per cassazione presentato dal Pubblico ministero contro la decisione d'appello (nella parte in cui essa, dopo aver riconosciuto (tutte) le responsabilità individuali, ha dichiarato l'estinzione per prescrizione dei reati ascritti agli imputati), si legge che "[l]e accuse elevate a carico degli imputati, *indipendentemente dalla loro qualificazione che si articola in diverse fattispecie* (art. 324 c.p.; 608 c.p., 581, 582, 612, 594, 610 c.p.), riguardano *condotte in violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, sottoscritta e ratificata dall'Italia". In particolare, la condanna per delitto di abuso d'ufficio di alcuni degli imputati con responsabilità di comando all'interno della struttura di detenzione "esplicita formalmente, tra le violazioni di legge rilevanti per la qualificazione della condotta, la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito solennemente da tale norma che, nella considerazione della Corte di Strasburgo da lungo tempo espressa, custodisce uno dei valori più fondamentali della società democratica (*"enshrines one of the most fundamental values of democratic society"*) e rappresenta uno dei diritti assoluti ed essenziali garantiti dalla Convenzione stessa (*"one of the core and absolute rights guaranteed by the Convention"*)"<sup>82</sup>. Ad avviso della Procura ricorrente, la disamina dei comportamenti vessatori perpetrati nella caserma di Bolzaneto contenuta nella pronuncia d'appello, il cui accertamento era in gran parte già presente nella sentenza di primo grado, "è un impressionante concentrato di fatti perpetrati in violazione dell'art. 3 della Convenzione, commessi in danno di persone detenute o sottoposte al controllo delle forze di polizia, con riferimento all'imponente casistica giurisprudenziale della Corte europea"<sup>83</sup>. Giurisprudenza che si pone, alla luce delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, "come necessario parametro interpretativo per il giudice nazionale nell'accertamento dei fatti che comportano lesione dei diritti umani protetti dalla Convenzione"<sup>84</sup>.

Il giudice penale, comportandosi, secondo l'auspicio di Giovanni Battaglini, come primo organo di garanzia della Convenzione, ha ritenuto che i comportamenti contestati agli imputati (nella loro totalità, anche nelle modalità meno gravi e non assimilabili alla nozione di "tortura") siano da considerarsi trattamenti inumani e degradanti ex art. 3 CEDU, perpetrati da appartenenti ad apparati istituzionali dello Stato, nella specie alle forze di polizia. A fronte di ciò, la dichiarazione di prescrizione anche in relazione ai fatti più gravi contestati agli imputati, derivante dall'applicazione dell'art. 157 c.p., che esclude tale forma di estinzione del reato solo per quelli puniti con l'ergastolo, si pone in evidente contrasto con il principio, consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, secondo cui, ove vi siano accuse a carico di rappresentanti dello Stato per delitti riguardanti fatti che violano l'art. 3, i relativi procedimenti penali non devono essere soggetti a limitazioni temporali (*must not be time barred*)<sup>85</sup>. Verificata l'impraticabilità di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 157 c.p. una volta decorso il termine, la Corte d'appello non ha tuttavia ritenuto di

<sup>82</sup> Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Genova, Dichiarazione di ricorso per cassazione del Pubblico ministero, 18 maggio 2011, foglio 4 (corsivo non testuale).

<sup>83</sup> Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Genova, Dichiarazione di ricorso per cassazione, cit., fogli 5-6.

<sup>84</sup> "In questo quadro – prosegue il ricorso – numerose sono le pronunce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo che possono essere invocate come precedente persuasivo, per la corretta valutazione dei fatti contestati, pur nella diversità delle fattispecie di reato ascritte agli imputati e (...) indipendentemente da tali qualificazioni" (Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Genova, Dichiarazione di ricorso per cassazione, cit., foglio 5).

<sup>85</sup> V. *supra*, Parte I, par. 3.

investire della questione il giudice delle leggi, secondo le chiare indicazioni della sentenza n. 349 del 2007. Per questo, la Procura chiede alla Suprema Corte di proporre eccezione di legittimità costituzionale dell'ordinario regime di prescrizione stabilito dall'art. 157 c.p., in quanto contrastante con l'art. 3 CEDU e quindi censurabile ex art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non esclude dalla prescrizione i delitti, *comunque nominati e qualificati ai sensi del diritto interno*, integranti condotte in violazione dell'art. 3 CEDU.

5. Ci troviamo dunque di fronte ad un meccanismo complesso di tutela dei diritti fondamentali, che agisce su diversi piani e a diversi livelli e che, per quanto concerne l'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana, individua proprio nel giudice comune quel soggetto privilegiato di garanzia della Convenzione che Giovanni Battaglini aveva indicato prima di chiunque altro.

Si tratta di una dinamica che ha trovato riscontro, recentemente, anche in ulteriori vicende giurisprudenziali, compendiate ora nel cd. "caso Dorigo". Il loro problematico denominatore comune è rappresentato dall'immediata eseguibilità (ex art. 46.1 CEDU) delle sentenze della Corte di Strasburgo che contengano una condanna ai sensi dell'art. 6 CEDU e della sua incidenza su un giudicato penale, anche in assenza di strumenti processuali idonei a recepire immediatamente la pur cogente sentenza convenzionale. Non è qui necessario ricostruire analiticamente una vicenda, durata tre lustri, in tutti i suoi passaggi giurisprudenziali, incluso l'approdo per ben due volte del problema alla Corte costituzionale veicolato da mirate questioni di legittimità promosse in via incidentale dalla Corte d'appello di Bologna<sup>86</sup>. Ai fini del ragionamento di fondo fin qui condotto, sono due i tornanti giurisprudenziali che meritano un particolare richiamo.

Il primo attiene all'affermarsi di un orientamento della Corte di cassazione che pare ricalcato sulla teoria battagliniana del giudice quale primo organo di garanzia della CEDU. Stretta tra l'obbligo di conformarsi alla decisione della Corte di Strasburgo e l'assenza nella disciplina codicistica di un'apposita ipotesi di revisione del giudicato penale, la Cassazione ha individuato – autonomamente ed in prima battuta – un rimedio possibile: l'ineseguibilità della condanna perché la sentenza nazionale non è più titolo legittimo di detenzione<sup>87</sup>.

E' vero – come è stato fatto notare<sup>88</sup> - che la soluzione giurisprudenziale individuata presenta i tratti del paradosso, con una cosa giudicata collocata in una sorta di «limbo processuale» perché – ad un tempo - non eseguibile né rinnovabile. Tuttavia appare di grande interesse segnalare come, a livello di Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, la soluzione giurisprudenziale di non dare esecuzione alla condanna sia stata ritenuta sufficiente per archiviare il "caso Dorigo"<sup>89</sup>: la garanzia a tutela della legalità

<sup>86</sup> Cfr. le decisioni costituzionali nn. 129 del 2008 e 113 del 2011. Per una ricostruzione complessiva dell'intera vicenda vedi ora P. TANZANELLA, *Il "caso Dorigo", paradigma dei rapporti ordinamentali tra Roma e Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2012, pp. 291 ss. Sulla sentenza del 2011 vedi A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, Studi dell'anno 2011, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 313 ss.

<sup>87</sup> Cfr. Cassazione, sez. I pen., 1 dicembre 2006 – 25 gennaio 2007, n. 2800, *Dorigo*, annotata da A. GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Vedi anche, in fattispecie diversa, Cassazione, sez. I pen., 12 luglio – 3 ottobre 2006, n. 32678, *Somogyi*, annotata da P. TANZANELLA, *La svolta della Cassazione sull'applicazione diretta delle sentenze di Strasburgo*, in *Quad. Cost.*, 2007, pp. 189 ss.

<sup>88</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Vent'anni dopo l'insegnamento di Giovanni Battaglini*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, cit., pp. 192-193.

<sup>89</sup> Cfr. la Risoluzione finale CM/ResDH(2007)83, che fa anche leva sulla presentazione da parte del Governo di apposito disegno di legge recante *"Disposizioni in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"* (A.S. 1797, 18 settembre 2007), sul quale cfr. A.

convenzionale, individuata dal giudice comune quale suo primo custode, appariva pertanto idonea ad impedire ulteriori violazioni dell'art. 6 e 46 CEDU.

L'altro tornante meritevole di segnalazione nella dinamica del "caso Dorigo" attiene proprio alla natura del giudicato costituzionale ora intervenuto con la recente sentenza n. 113/2001. La Consulta ricorda che – alla luce della portata precettiva riconosciuta all'art. 46 CEDU dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – è necessario garantire la *restitutio in integrum* in favore dell'interessato, nella forma della riapertura del processo penale. Soluzione non praticabile, allo stato, nell'ordinamento italiano perché il mezzo straordinario di impugnazione rappresentato dall'art. 630 c.p.p. non consente la revisione nel caso di specie. Da qui la sua dichiarazione di illegittimità costituzionale "*nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione*".

Si tratta – secondo la nomenclatura propria della giustizia costituzionale – di una cd. sentenza additiva di principio. Tramite essa la Corte costituzionale accerta un'illegittima omissione normativa, colmandola attraverso l'introduzione di un principio che segna il solco di una prossima addizione per via legislativa. Principio che, nel frattempo, funge da bussola per i singoli giudici comuni, chiamati ad identificare soluzioni giurisprudenziali idonee ad implementarlo.

Nel caso di specie, è proprio la soluzione a suo tempo pionieristicamente individuata dalla Cassazione a venire certificata nella sua praticabilità: negare al giudicato penale (perché pronunciato al termine di un procedimento che la Corte EDU ha accertato come "non equo") il valore di titolo legittimo di detenzione. Con il che il cerchio si chiude: la lentezza o l'inerzia del legislatore non può tradursi in sistematica violazione convenzionale e, pertanto, in negazione delle posizioni soggettive di libertà riconosciute al singolo dalla CEDU. In attesa di un suo intervento strutturale, spetta al giudice comune l'esercizio – ad un tempo geometrico e creativo – della funzione giurisdizionale a garanzia delle norme interne di adattamento a quelle delle Convenzioni sui diritti e le libertà.